

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS: DIREITO
CONSTITUCIONAL

*HABEAS CORPUS ALÉM DO USUAL: ESTUDO DE CASOS QUE FOGEM DO
STATUS QUO*

PEDRO LÉO ALVES COSTA

Lisboa
2018

PEDRO LÉO ALVES COSTA

HABEAS CORPUS ALÉM DO USUAL: ESTUDO DE CASOS QUE FOGEM DO
STATUS QUO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a conclusão do curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas com perfil em Direito Constitucional sob a orientação da Professora Doutora Raquel Alexandra Jesus Gil Martins Brízida Castro.

Lisboa

2018

RESUMO

A presente dissertação pretende investigar e refletir a respeito do remédio heróico e constitucional do *habeas corpus*, no qual assegura a fruição completa do direito fundamental da liberdade de ir, vir e ficar (permanecer) do homem, enquanto ser. A análise do instituto clássico, *writ* que remonta desde o Direito Romano, se dará pelo estudo de quatro casos concretos que saem da linha tradicional da sua usabilidade, sendo os seguintes *cases* em questão: o *habeas corpus* coletivo; o uso do *habeas corpus* para os animais não humanos; o uso do *habeas corpus* para se garantir a prática do ensino domiciliar (ou *homeschooling*) no Brasil, sem a possibilidade de ser imputado no crime de abandono intelectual aos pais que utilizam desse método alternativo de ensino e o uso do *habeas corpus* para se garantir o tratamento com substâncias provenientes da *cannabis* por pacientes com severas enfermidades, sem a possibilidade destes, ou seus familiares, serem criminalizados nas condutas da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) e do Código Penal Brasileiro. Também se adentrará nesta pesquisa, englobando o contexto da matéria, a questão dos direitos fundamentais *per se*, envoltos com o direito de liberdade, sua estruturação, características, contexto histórico, compreensão nas Constituições Brasileira e Portuguesa, bem como aplicação no que se chamou de “sistema de direitos fundamentais”. No que tange ao instituto do *habeas corpus*: sua conjuntura histórica, características, conceitos, espécies, aplicação, legitimidades (ativa e passiva), bem como o sistema recursal. Assim, de forma geral, buscam-se novas percepções atuais e hodiernas da matéria, havendo o interesse de se investigar o tema, pela justificativa básica de tentar se contribuir com os debates a respeito de um instituto tão antigo, como o é o *habeas corpus*, em contextos atuais e que trazem a reflexão em novo ideário social, tanto em relação aos direitos coletivos, quanto à educação, direito ambiental, direito de saúde e constitucional.

Palavras-chave: Direito Constitucional, *habeas corpus*, estudo de casos, direitos fundamentais, remédio constitucional.

ABSTRACT

This work intends to investigate and reflect about the heroic and constitutional writ of habeas corpus, which ensures the full enjoyment of the fundamental right of human freedom. The analysis of the classic institute dates back to the Roman Law, will be given by the study of four concrete cases that leave the traditional line of use: collective habeas corpus; habeas corpus for non-human animals; habeas corpus to guarantee the practice of homeschooling in Brazil, without the possibility of being charged in the crime of intellectual abandonment to parents and habeas corpus to ensure treatment with substances derived from cannabis, by patients with severe illness, without the possibility of these, or their family, being criminalized in the conduct of Law number 11,343 / 2006 (Drug Law) and of the Brazilian Penal Code. The paper deals about the question of fundamental rights, the right to liberty, structure, characteristics, historical context, inferences in the Brazilian and Portuguese Constitutions and application in what has been called the "fundamental rights system". About habeas corpus: historical conjuncture, characteristics, concepts, species, application, legitimacies (active and passive) and recursal system. In general, new perceptions of this work are sought and it is interesting to investigate the subject for the basic justification of trying to contribute to the debates about an institute as old as habeas corpus in leading cases that bring reflection on new social contexts, collective rights, education, environmental rights and health rights.

Keywords: Constitutional law, *habeas corpus*, leading cases, fundamental rights, constitutional writ.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO-----	08
-----------------	----

CAPÍTULO 1 - PREMISSAS TEÓRICAS: LIBERDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E NECESSIDADE DE PROTEÇÃO

1. Liberdade em sua acepção conceitual (jus) filosófica-----	14
1.1 Liberdade e filosofia-----	14
1.2 Liberdade e extensão jurídica-----	20
2. Liberdade como apanágio que adveio da evolução paulatina de vários modelos estatais-----	25
3. Liberdade e os direitos fundamentais-----	40
3.1 Aspecto dimensional dos direitos fundamentais-----	47
3.1.1 Primeira dimensão dos direitos fundamentais: as liberdades-----	48
3.1.2 Segunda dimensão dos direitos fundamentais: direitos sociais-----	49
3.1.3 Terceira dimensão dos direitos fundamentais: direitos coletivos-----	51
3.1.4 Quarta dimensão dos direitos fundamentais: globalização dos direitos fundamentais-----	52
3.1.5 Quinta dimensão dos direitos fundamentais: direito à paz-----	53
3.1.6 Sexta dimensão dos direitos fundamentais: direito à água potável-----	54
3.2 Aspecto da sistemática dos direitos fundamentais nas Constituições do Brasil e de Portugal-----	55
3.3 Aspecto da defesa, da prestação e da participação dos direitos fundamentais-----	60
3.4 Direitos de liberdade em espécie-----	64
3.4.1 Liberdade de manifestação do pensamento-----	65
3.4.2 Liberdade de consciência, religião, crença e culto-----	68
3.4.3 De ir, vir e ficar (locomoção <i>stricto sensu</i>)-----	70
3.5 Proteção necessária aos direitos de liberdade-----	72

CAPÍTULO II – ANÁLISE PROPEDÊUTICA: *HABEAS CORPUS*

4. Linhas Históricas do <i>Habeas Corpus</i> -----	75
4.1 Das raízes do direito romano-----	75
4.2 <i>Habeas Corpus</i> na Inglaterra-----	76
4.2.1 Magna Carta (1215-1298)-----	76
4.2.2 Carlos I e a <i>Petition of Rights</i> (1628)-----	79

4.2.3 <i>Habeas Corpus Amendment Act</i> (1679) e a importância do contexto atual da Inglaterra no instituto do <i>Habeas Corpus</i> -----	81
4.3 <i>Habeas Corpus</i> nos Estados Unidos da América-----	85
4.3.1 Constituição Americana de 1789 e seus antecessores legais-----	85
4.3.2 Aplicação no sistema americano-----	88
4.4 <i>Habeas Corpus</i> no Brasil-----	94
5. Conceito, natureza jurídica e processamento do <i>habeas corpus</i> -----	100
5.1 Processamento do remédio heroico constitucional-----	102
5.2 Espécies de <i>habeas corpus</i> -----	104
5.3 Legitimidade ativa-----	106
5.4 Autoridade coatora ou legitimidade passiva-----	110
5.5 Competência para julgamento do <i>writ</i> -----	111
5.6 Admissibilidade-----	113
5.6.1 Quando não houver justa causa -----	114
5.6.2 Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei-----	115
5.6.3 Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo---	116
5.6.4 Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação-----	116
5.6.5 Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza-----	117
5.6.6 Quando o processo for manifestamente nulo-----	117
5.6.7 Quando extinta a punibilidade-----	118
5.7 Sistema recursal do <i>habeas corpus</i> -----	118
5.8 Conclusões do capítulo-----	119
CAPÍTULO III - ESTUDO DE CASOS QUE FOGEM DO STATUS QUO	
6. Estudo de Caso I: “ <i>Habeas corpus</i> coletivo” -----	121
6.1 Quanto ao contraponto da possibilidade do <i>habeas corpus</i> coletivo-----	126
6.2 Posicionamento adotado neste trabalho-----	136
7. Estudo de Caso II: “ <i>Habeas corpus</i> e o direito animal: ‘um ser não humano pode ser protegido diante de um constrangimento ou coação ilegal ante sua liberdade de locomoção?’”-----	140
7.1 Novos paradigmas do direito ambiental e o animal como possível sujeito de direito-----	140

7.2 Casos Brasileiros e a impossibilidade de animais serem sujeitos ativos na impetração do <i>writ</i> -----	150
7.3 Caso Argentino e a possibilidade da concessão do <i>writ</i> aos animais-----	153
7.4 Posicionamento adotado neste trabalho-----	161
8. Estudo de Caso III: “ <i>Homeschooling</i> no Brasil, a falta de regulamentação, o crime de abandono intelectual, o direito fundamental a educação e liberdade, o <i>habeas corpus preventivo</i> e salvo-conduto pela possibilidade aos tutores que queiram utilizar do <i>homeschooling</i> ” -----	164
8.1 <i>Homeschooling</i> no mundo-----	164
8.2 <i>Homescholling</i> no Brasil-----	168
8.3 Crime de abandono intelectual do artigo 246 do Código Penal-----	173
8.4 Análise do direito a educação na Constituição Federal de 1988 e o seu contexto no direito de liberdade-----	175
8.5 Possibilidade da impetração de <i>habeas corpus preventivo</i> e o consequente salvo-conduto aos pais que queiram utilizar do <i>homeschooling</i> no Brasil-----	180
9. Estudo de Caso IV: “Uso farmacêutico e terapêutico da <i>cannabis</i> e seus derivados, os crimes constantes na Lei 11.343/2006 e no Código Penal Brasileiro, o direito fundamental a saúde e liberdade e o uso do <i>habeas corpus preventivo</i> para assegurar a fruição do direito à saúde”-----	191
9.1 Efetividade do uso da <i>cannabis</i> em algumas patologias-----	193
9.2 Crimes da Lei 11.343/2006 e do artigo 334-A do Código Penal Brasileiro ---- -----	195
9.3 Questão do direito à saúde e liberdade-----	198
9.4 Possibilidade de deferimento de <i>habeas corpus preventivo</i> e o consequente salvo-conduto no caso em comento-----	201
CONCLUSÃO E TESES CONCLUSIVAS-----	208
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS-----	213

INTRODUÇÃO

A dissertação aqui apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal, como requisito parcial para a conclusão do curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas com perfil em Direito Constitucional, sob a orientação da Professora Doutora Raquel Alexandra Jesus Gil Martins Brízida Castro, possui o seguinte ponto de torque/partida ou questão central: “quando e como se poderia utilizar do remédio heroico constitucional do *habeas corpus*, para garantir o perfeito aproveitamento do direito fundamental básico de liberdade (ir, vir e ficar), seja de maneira liberatória, ou não, em algumas situações insólitas, inauditas e singulares que vão além daquelas encartadas na legislação operante?”.

Com isso, a análise acadêmica desemboca no estudo de quatro casos concretos, de contexto atual e hodierno, que fogem do *status quo* dominante, ou seja, que perpassa para além dos julgamentos clássicos da impetração do *writ* pelos juízes e Tribunais feitos quase que diariamente no Poder Judiciário, mas que visa trazer ao leitor situações *sui generis*, excepcionalíssimas (já que o próprio uso do *habeas corpus* foge a normalidade), pelo qual venha a acicatar a curiosidade e a capacidade de refletir em como algumas das garantias constitucionais, alocadas pelo legislador originário, como a liberdade, enquanto direito fundamental, e seu meio de proteção precípua, que adveio a partir de preceitos antiquíssimos (o *habeas corpus* é instituto secular e que pode ter fundamento, inclusive no Direito Romano), poderão ser utilizadas em situações que fogem do senso comum, do *establishment* dominante e da nossa zona de conforto enquanto operadores do direito e hermeneutas constitucionais.

Mas para concretizar este estudo é preciso percorrer um longo caminho até a análise prática dos *leading cases* aqui propostos. Nesta feita, é que o trabalho foi subdividido em três capítulos, com diversos subtemas que conglobam todo esse contexto entre os direitos fundamentais constitucionais, o direito em espécime da liberdade e sua estruturação, bem como do próprio remédio heroico do *habeas corpus*.

O primeiro capítulo, intitulado de “PREMISSAS TÉORICAS: LIBERDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E NECESSIDADE DE

PROTEÇÃO”, conforme já aduz, trata das premissas iniciais dessa análise acadêmica. Aqui se estudará todo o fundamento da composição evolutiva do Estado, dos direitos fundamentais em suas várias vertentes, o direito de liberdade *per se* e suas espécies.

A importância deste capítulo é extremada, já que, para entender a jurisprudência e doutrina que trata do *writ* do *habeas corpus*, primeiro é preciso se saber em que contexto de direitos podem se dar as decisões e fundamentos, no qual haja o suporte para se impetrar o instrumento constitucional.

Assim, o primeiro ponto trará o direito de liberdade em sua acepção conceitual (*jus*) filosófica, ou seja, sua interligação com a filosofia, extensão jurídica e inserção com a evolução dos modelos estatais; os direitos de liberdade em espécie em sua caracterização prática, como a liberdade de manifestação de pensamento, liberdade de consciência, religião, crença e culto e, sobretudo, o direito de locomoção *stricto sensu*, ou seja, de ir, vir e ficar (ou permanecer).

Ainda nesse aspecto, serão analisados os direitos fundamentais de maneira mais profunda, sua interdisciplinaridade com o próprio direito de liberdade, os aspectos dimensionais (sendo a primeira dimensão tangente nas próprias liberdades; a segunda dimensão nos direitos sociais; a terceira dimensão como direitos coletivos; a quarta dimensão como a globalização dos direitos fundamentais; a quinta dimensão como o direito a paz e a sexta dimensão como o direito a água potável).

Será neste capítulo também abordada a feição da sistemática dos direitos fundamentais nas Constituições do Brasil de 1988 e da Constituição da República de Portugal de 1976, como forma de trazer uma interpretação e estudo de direito comparado, de maneira a cotejar tanto a estrutura da Carta Política da nação brasileira, quanto da lusa.

E por fim, no capítulo primo, se explanará sobre o aspecto da defesa, da prestação e da participação dos direitos fundamentais, bem como finalizará o tópico trazendo à baila a questão da proteção necessária aos direitos de liberdade e abrindo caminho, assim, para a discussão sobre o remédio precípuo protetor do direito de liberdade: o *habeas corpus*, enquanto ferramenta processual constitucional.

O capítulo segundo, intitulado: “ANÁLISE PROPEDÊUTICA: *HABEAS CORPUS*”, trata de um estudo propedêutico por excelência. Se verá propriamente o remédio constitucional *per si*, sua estrutura, histórico, admissibilidade, impetrantes, competência para julgamento, sistema recursal e etc.

Inicia-se o tópico trazendo as linhas históricas do *writ*: desde as raízes precursoras do direito romano; o *habeas corpus* na Inglaterra, com a Magna Carta, a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Amendment Act* e a importância do contexto atual da Inglaterra no instituto do *habeas corpus*.

Depois, passar-se-á a vislumbrar o *habeas corpus* nos Estados Unidos da América, a Constituição Americana de 1789 e seus antecessores legais bem como sua aplicabilidade no sistema ianque.

E, por fim, trará o traçado histórico do remédio constitucional no Brasil, desde a época colonial (com a Constituição Imperial de 1824) até a criação da última Constituição brasileira, em 1988, a Carta Cidadã.

Traz-se à tona também a conceituação, natureza jurídica e o processamento do *habeas corpus*, com suas espécies, legitimidade ativa para impetração pelo paciente, quem é a autoridade coatora que integra o polo passivo da ação; as espécies de *habeas corpus*, como o preventivo e liberatório; a competência para julgamento do *writ*, forma de julgamento nos Tribunais Superiores e pelo juiz de primeira instância.

Analisar-se-á a admissibilidade do instituto no Brasil, tanto de forma geral (como aceitação global e não cerrado de aceitabilidade), quanto de forma restrita (pelo legislador infraconstitucional), onde os meios citados pela lei na possibilidade de impetração se darão quando não houver justa causa; quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; quando não for alguém admitido a prestar fiança; nos casos em que a lei a autoriza, quando o processo for manifestamente nulo; bem como quando for extinta a punibilidade.

E de último contexto passará a se apresentar o sistema recursal do *habeas corpus* na seara jurídica brasileira, bem como as conclusões do capítulo, perpassando, assim, para o ponto fulcral e central deste trabalho, através do terceiro e última parte deste mister acadêmico.

O capítulo terceiro traz os “ESTUDO DE CASOS QUE FOGEM DO *STATUS QUO*”. Como parte transcendental aplicável a tudo o que foi apresentado anteriormente, mas de maneira inovadora, já que oferece ao leitor *leading cases* que não são comumente vistos nos bancos dos tribunais, ou seja, na dinâmica da vida cotidiana.

São quatro casos, sendo o primeiro, do que trata do “*habeas corpus* coletivo”, onde se indaga: será possível ter um número indeterminado ou inespecífico de sujeitos ativos na composição da ação processual?

Diante desta *quaestio* instaurou-se a celeuma jurisprudencial e doutrinária, tanto quanto pela possibilidade, quanto pela impossibilidade, sendo este o diagnóstico trazido nesse *case*.

Analisam-se as feições dos novíssimos julgados do *writ* coletivo pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando os argumentos que se filia a corrente pela negatória: como a interpretação fiel da legislação processual penal e constitucional (avanço positivista dos Tribunais) e a omissão legislativa em não contemplar um *habeas corpus* coletivo nas leis.

E pela filiação da possibilidade, estuda-se a questão de uma mutação constitucional da norma, o novo amplexo de direitos coletivos, difusos e transindividuais, o alargamento da fruição de direitos fundamentais por uma parcela oprimida da população e a questão da efetividade da justiça, bem como da economia processual.

Por fim, colocando-se o posicionamento adotado neste trabalho acadêmico, bem como do porque dessa escolha.

O segundo estudo de caso, vem aduzir a relação do *habeas corpus* e o direito animal: “um ser não humano pode ser protegido diante de um constrangimento ou coação ilegal ante sua liberdade de locomoção”?

Trata de caso emblemático na sistemática do Direito Constitucional, o que ratifica sua transcendentalidade, já que faz englobar diretamente outras disciplinas, tal qual o Direito Ambiental e Direito Animal.

Serão trazidos para estudo os novos paradigmas do direito ambiental e animal como possíveis sujeitos de direitos. Os casos do Judiciário brasileiro e a impossibilidade nos julgados de animais serem sujeitos ativos na impetração do *writ*. O caso Argentino e a possibilidade da concessão do *writ* aos animais, através de uma decisão percursora.

E por fim, aduz sobre o posicionamento adotado neste trabalho, bem como as razões dessa escolha.

O terceiro caso prático trata da questão do *homeschooling* no Brasil, que nada mais é do que um meio alternativo de educação, que congloba o ensino domiciliar, doméstico ou *unschooling*.

Com a omissão da legislação desse instituto no Brasil e pela sistemática da educação, enquanto direito programático social, na Constituição Federal, bem como na legislação infraconstitucional, o que se percebe é uma intervenção estatal nesse quesito, havendo obrigatoriedade de matrícula em instituição regular de ensino dos filhos menores pelos pais.

Assim, diante de não se cumprir tal obrigação e optar pelo método alternativo de ensino, se pode vislumbrar, inclusive, a criminalização desses pais pelo crime de abandono intelectual do artigo 246 do Código Penal Brasileiro.

Trazendo a análise do direito à educação na Constituição Federal de 1988 e o sua inserção com o direito de liberdade, esse tópico estudará, assim, pela possibilidade da impetração de *habeas corpus* preventivo e o consequente salvo-conduto aos pais que queiram utilizar do *homeschooling* no Brasil, sem haver o perigo de que estes sejam processados criminalmente, detalhando-se seus fundamentos jurídicos e fáticos pela possibilidade.

O último estudo de caso vem a discorrer sobre o uso farmacêutico e terapêutico da *cannabis* e seus derivados, os crimes constantes na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) e no Código Penal Brasileiro, o direito fundamental a saúde e liberdade e o uso do *habeas corpus* preventivo para assegurar a fruição do direito à saúde.

O tópico abrangerá, pois, a efetividade do uso da *cannabis* em algumas patologias severas, bem como tratamento paliativo em diversas situações. Os crimes da Lei 11.343/2006 e do artigo 334-A do Código Penal Brasileiro, a questão do direito à saúde e a liberdade, enquanto direitos fundamentais e essenciais, e assim, por fim, pela possibilidade de deferimento de *habeas corpus* preventivo e o consequente salvo-conduto no caso em comento, ou seja, para quem queira utilizar, plantar, importar, exportar, manter, ou qualquer outra ação, tais substâncias, sem a possibilidade de ser processado pelos fatos penais da legislação antidrogas, frente ao direito fundamental à saúde. Assim,

finalizando a pesquisa com as conclusões e teses conclusivas de todo o contexto apresentado.

Quanto aos elementos essenciais, essa dissertação se compõe dos seguintes princípios: quanto aos fins emprega a pesquisa aplicada, tendo o norte que o estudo de casos inovadores na aplicação do *habeas corpus* e a busca de soluções destes casos, assinalando que a pesquisa é por vezes descritiva, visto que traz no contexto da pesquisa um estudo estruturado do tema, demonstrando com exatidão todas as temáticas já abordadas sobre o remédio constitucional.

Trata-se, precipuamente, também de pesquisa que utiliza o método dedutivo, porém sem deixar de lado as outras possibilidades de se vislumbrar o indutivo, por exemplo, de maneira na qual se possa aumentar os diversos cenários de análise e obtenção de respostas para os problemas e casos apresentados.

O procedimento empregado foi o da pesquisa bibliográfica, se baseando a pesquisa em diversas doutrinas, como a norte-americana, inglesa, portuguesa, brasileira, alemã e espanhola, além de obras clássicas das Filosofias grega (principalmente da Escola Aristotélica) e romana, além de obras clássicas e modernas do Direito Constitucional, Civil, Ambiental, Penal, Processo Penal, Processo Civil, Da Criança e do Adolescente, da jurisprudência brasileira e americana e ainda de várias legislações alienígenas a partir da observação de interpretação do Direito Comparado, como maneira de ratificar todo o esposado.

E que além deste, parte do estudo foi feito também através do método documental e jurisprudencial, daquelas produzidas pelas cortes Americana e Brasileira, como os Tribunais de Justiça estaduais, federais, o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Por fim, demonstra-se que a presente dissertação foi subscrita em português do Brasil, de acordo com a nova regra ortográfica da língua portuguesa,

CAPÍTULO I – PREMISSAS TEÓRICAS: LIBERDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E NECESSIDADE DE PROTEÇÃO

“Precisa-se de melhor prova de que a liberdade é benéfica?”¹

1. Liberdade em sua acepção conceitual (jus) filosófica

1.1 Liberdade e filosofia

A liberdade é o bem mais caro ao homem, isso é indubitável. Desta feita, discorrer sobre algo tão possivelmente “etéreo” e de importância incontestada, principalmente em uma arguição puramente acadêmica, num âmbito jurídico-filosófico, não é uma tarefa fácil, transmuta-se em um trabalho quase hercúleo.

Tanto é assim, que Robert Alexy² infere que essa caracterização é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros: sua aplicação parece ser quase ilimitada e a conotação “emotiva” positiva desta palavra, relativamente constante, pode ser interligada a significados descritivos cambiantes, levando a uma extensa e quase interminável filosofia jurídica, social e moral, mas que nem por isso merece deixar de ser analisada.

O *societas*, inerentemente gregário como o é, almeja, através de todas as eras, ser livre, na dicção de poder realizar tudo aquilo que deseja e planeia, sem a possibilidade de sofrer qualquer forma de interferência pelo seu grupo ou pelo próprio sistema ao qual se encontra inserido. Mas há o questionamento, seria realmente liberdade isso? Será que buscamos ser libertos sem ao menos refletir sobre o real conceito de liberdade?

O vocábulo liberdade hodiernamente assume uma máxima importância: “é a expressão com que todos os povos do mundo definem o maior de seus anelos e de suas aspirações para o futuro”. No decorrer da história tem sido tão efluente a opressão, escravidão e dominação de hostes totalitárias sobre o

¹ **MIRANDA**, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos)**. Campinas: Bookseller Editora, 2012, p. 371.

² **ALEXY**, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 218.

indivíduo, que a liberdade se transmutou em um símbolo expressivo para a humanidade, sendo uma prerrogativa natural de todos que convivem em sociedade.³

Para Marilena Chauí,⁴ há na filosofia três grandes concepções de liberdade. A primeira, na qual adveio da Grécia, que, em sua eterna sapiência, já aduzia a liberdade humana como uma forma de ação, ou seja, a possibilidade de ser capaz de orientar e governar a vontade, a fim de que esta escolha o que é justo, virtuoso e bom.⁵

Aristóteles, por exemplo, confirmando o alegado, diz que é livre aquele que possui internamente o livre arbítrio para agir ou não, ou seja, a sua ideia idiossincrática de liberdade estaria plenamente interligada ao seu próprio “eu” como causa não externa de suas próprias ações ou omissões. Tal entendimento vem a nos fazer refletir que da mesma maneira que uma boa ação é uma condição subjetiva de escolha dada a uma pessoa “X”, também de igual forma, vai depender deste em não empreender um ato contrário àquilo que foi sua escolha boa previamente (uma má ação, por exemplo).

Neste amplexo, é que a liberdade seria nada mais que o recurso pleno da vontade pelo qual essa pudesse ser determinante em si mesma. Disso se extraindo que, para o pupilo de Platão, a liberdade não poderia encontrar qualquer objeção, repressão ou coibição para o seu exercício.

É de se pensar, pois, em um ato ausente de constrangimentos de fora e de dentro, como uma capacidade que não possui obstáculos para ser posta em prática, quiçá que possa ser forçada a agir, tratando-se de uma espontaneidade completa do ser, que dá a ele próprio os meios e os fins de sua própria escolha.⁶

A liberdade, podendo-se soar até redundante, é um ato propriamente livre em todas as suas formas. Com isso, o ser possuidor de livre arbítrio, detinha em suas mãos um leque aberto de possibilidades de escolhas, através de seu poder de decisão: “sendo, pois, o objeto de escolha uma coisa que está a nosso alcance e que é desejada após deliberação, a escolha é um desejo

³ **RAUMSOL**, Carlos Bernardo Gonzáles Pecotche. **Coletânea da revista de logosofia**. Editora Logosofica, tomo II, p. 205.

⁴ **CHAUÍ**, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

⁵ *Ibidem*, p. 286.

⁶ *Ibidem*, p. 464.

deliberado de coisas que estão ao nosso alcance; porque após decidir em resultado de uma deliberação, desejamos de acordo com o que deliberamos”.⁷

Diante disso, resta irrefutável que no exercício dessa emancipação serão emitidos vereditos, atos próprios de vontade que inclusive poderia se coadunar com o bem-estar do indivíduo, a sua felicidade por exemplo. Já que tal autodeterminação libertária é o cânone competente para eleger dentre as possibilidades existentes qual seria a adotada, sobrelevando que todas as cousas possuiriam um fito, e este, conseqüentemente poderia ser o próprio júbilo: o homem livre poderia escolher ser feliz e alcançar sua plenitude.

É de se notar, com as reflexões do filósofo sobre liberdade, que este era um homem a frente de seu tempo, sem dúvidas. Sua didática poderia alcançar mesmo aqueles desprovidos de autodeterminação por imposições do sistema, já que se vislumbram conceitos interligados a ações morais e voluntárias internas, mais voltadas a sua *psique*, do que efetivamente a uma condição propriamente física exterior.

Destarte, apesar de discorrer tão profundamente a temática, Aristóteles se encontrava em uma civilização imbuída, à época, numa realidade escravocrata de predominante desigualdade social e política, onde só apenas os “homens livres” (não escravos) eram considerados “cidadãos” e vice-versa.⁸

⁷ **ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco.** São Paulo: Editora Abril, 1986, p. 86 do livro III.

⁸ Miguel Reale, um dos maiores juristas brasileiros, afirma: “...nem sempre foi assim, evidentemente. Não precisamos remontar aos povos primitivos, às sociedades ainda sem formação, quando nem mesmo se podia vislumbrar a ideia de pessoa ou personalidade. Se nos limitarmos ao mundo clássico, podemos verificar que nem todos os homens foram tidos como pessoas ou titulares de direitos. Havia escravos e homens livres. A ideia mesmo de liberdade civil, que nos parece conatural ao homem, pelo simples fato de ser homem, tinha um valor secundário resultante de uma situação política. O grego ou romano não eram livres por serem homens, mas sim, por serem cidadãos de Atenas ou Roma. O ‘status libertatis’ era uma decorrência do ‘status civitatis’. O ateniense e romano deviam, em primeiro lugar, satisfazer a certos requisitos de pertinência à sua cidade politicamente organizada, ou seja, à *polis* ou a *civitas* romana. O elemento fundamental, que dava a um indivíduo a sua qualidade de pessoa, era o elemento ‘grupalista’, ou seja, o elemento político. Somente aquele que tinha poderes para deliberar numa assembleia, votando e resolvendo em nome da polis, é que podia exercer os direitos na ordem privada. Enquanto que para o homem moderno o que há de fundamental é a liberdade civil, tanto ou mais que a própria liberdade política, no mundo antigo dava-se uma inversão, porquanto a liberdade, no plano dos direitos civis comuns, só era possível a quem possuísse preliminarmente a condição de cidadania...” in **REALE, Miguel. Lições preliminares de direito.** São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 228. Mas, mesmo assim, para quem possuía essa liberdade, esse direito era um bem aioso, conforme afirma Hegel: “na Grécia, vemos a democracia em seu aspecto mais encantador. A liberdade, como lá existiu, foi a

A segunda concepção de liberdade foi aquela desenvolvida inicialmente pelos estoicos, e que se avivou alguns séculos depois com grandes pensadores como Espinosa⁹, Hegel¹⁰ e Marx. Conservaram-se aqui as ideias de Aristóteles, pela qual a liberdade é a pura autodeterminação ou ser causa de si. Um homem seria livre na necessidade interior de sua potência e essência, onde se identificam a maneira de existência, de ação e de ser.

Não seria essa liberdade uma escolha irrefletida, nem uma ausência de causa: existe liberdade quando há capacidade para sermos os agentes ou sujeitos autônomos de nossa criação e sentimentos, de encontro com a causalidade interna de nosso *conatus*.¹¹

Aqui a liberdade também não poderia ser imiscuída de uma força contrária ou com algum teor de constrangimento, em nenhum sentido, deveria sim ser conduzida pela espontaneidade de uma pujança interna própria. A diferença sutil entre a primeira concepção e esta, é que naquela a liberdade é colocada como um ato de escolha realizada pela vontade individual, já nesta,

mais famosa que já houve sobre a face da Terra. Assim como o despotismo representou a peculiaridade da vida política oriental – a sua constituição, se é que disso se possa falar –, assim como a aristocracia foi a nota do mundo romano e a monarquia a dos povos germânicos e cristãos, a democracia, por sua vez foi a característica da Grécia.”. E ainda: “[...] houve em Atenas, uma liberdade viva e uma igualdade da moral e da educação espiritual, e, embora não se houvesse podido eliminar a desigualdade patrimonial, nunca alcançou pontos extremos. Ao lado dessa desigualdade e dentro dessa liberdade, puderam assentar-se livremente todas as assimetrias do caráter e do talento, todas as distinções de individualidade, e extrair-se do meio circunjacente o mais rico estímulo e desenvolvimento” in *Vorlesungen ueber die Philosophie der Weltgeschichte – Die griechische und die roemische Welt*, p. 602 apud **BONAVIDES**, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp.143/144. O que se pode analisar dos excertos é uma verdadeira dicotomia a respeito da liberdade antiga, mais precisamente da grega. Se por um lado ali se encontrava o berço da democracia ocidental e consequentemente das liberdades futuras que permeiam nossa sociedade. Por outro, tal liberdade, ainda que essencial e necessária, só era desfrutada por uma pequena parcela da sociedade: quem fazia parte do topo da pirâmide daquele meio. Os que detinham os plenos poderes intelectuais, políticos, econômicos e sociais, eram os realmente livres.

⁹ “*Ea res libera dicitur, quae ex sola suae naturae necessitate existit, et a se sola ad agentum derteminatur*” ou “Ser livre significa existir somente pela necessidade de sua própria natureza, e de determinar sozinho o seu agir” in Benedictus de Spinoza, *Ethica* in *Ophera apud ALEXY*, Robert. Op. cit., p. 220.

¹⁰ “Necessário é o razoável enquanto substancial e nós somos livres na medida que o reconhecemos como lei e o seguimos como a substância de nossa própria essência” in Georg W. F. Hegel, *Vorlesungen uber die Philosophie der Geschichte* (Theorie-Werkausgabe, v. 12), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1970, p. 57 apud **ALEXY**, Robert. Op. cit., p. 221.

¹¹ **CHAUÍ**, Marilena. **Espinosa: uma filosofia da liberdade**. São Paulo: Editora Moderna, 2001, pp. 52 e 107.

encontra-se conglobada na atividade do todo, pelo qual os indivíduos fazem partes pela sua própria inerência.¹²

Procurando unir as ideias das duas concepções filosóficas, eis que surge uma terceira concepção filosófica de liberdade. Afere-se que não somos um poder incondicionado de escolha de quaisquer possíveis, mas sim que essas mesmas escolhas são condicionadas de influências naturais, culturais, históricas, morais onde estamos inseridos: a liberdade não se trata de um mero querer alguma coisa, mas sim de fazer alguma coisa, distinção feita por Espinosa e Hobbes, e retomada algum tempo depois, por Voltaire.

Tal visão filosófica nos mostra a noção de “possibilidade objetiva”, que se traduz no fato de que o possível não é apenas algo que se percebe ou se sente no intrínseco, mas é também, sobretudo alguma coisa que advém da necessidade, sugerindo sermos nós os construtores do curso de uma situação de mudança, sob certa condição e direção: ser livre é ser capaz de avistar tais possibilidades e o poder de realizar ações que podem transmutar o curso das coisas, dando-os outras formas e sentidos diferentes daquelas inicialmente imaginadas.¹³

Em uma visão contemporânea, inclusive, consegue-se até vislumbrar uma quarta grande concepção de liberdade. Trata da “Teoria da Liberdade”, do professor irlandês Philip Pettit¹⁴, que se mostra de grande valia pela sua importância em conjugar aspectos filosóficos, políticos e jurídicos em um só estudo sobre a liberdade.

Para o autor, poder dizer que alguém é livre, em qualquer um dos contextos, significa comumente que este alguém pode ser responsabilizado por aquilo que faz no exercício da liberdade. Suponha que se diga que alguém não possui liberdade de vontade em certo domínio de atividade, isso implicaria diretamente que ele não deveria ser responsabilizado por aquilo que faz. Ou leve-se em conta que se diga que um indivíduo não sofra ausência de livre vontade como tal, mas sofre a falta de uma liberdade política específica, por exemplo, a liberdade de se manifestar contra um governo posto.

¹² Cf. **CHAUÍ**, Marilena. **Convite...** p. 465.

¹³ Ibidem, p. 466.

¹⁴ **PETTIT**, Phillip. **Teoria da Liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Similarmente, isso implica que esse indivíduo não pode ser responsabilizado (ao menos não completamente) por não ter tido a coragem de falar. Em cada caso existe uma interligação entre atribuição de liberdade e a imputação de responsabilidade e ninguém pode imaginar que seja um mero acidente. Isso mostra uma continuidade de uso e de significado por meio de todos os domínios da liberdade, que no caso exposto foi o de liberdade de expressão.

Por isso a abordagem sobre a liberdade se torna inovadora, sendo aduzida sobre três domínios: o da ação, do *self* e o da pessoa.¹⁵

O primeiro envolve a liberdade da ação praticada pelo agente em uma ou outra ocasião, o segundo fala sobre a liberdade do ser que se encontra implícita na habilidade do agente para identificar-se com as coisas realizadas e quando traz o âmbito da pessoa, relaciona à liberdade das pessoas em desfrutar a respeito de certo *status* social no qual transforma a ação em realmente delas, e não uma ação meramente provocativa sob a pressão dos outros.

Desta forma, praticar a liberdade pode se transmutar em ser diretamente responsável por aquilo que praticou, mas se a ação foi livre, então negativamente se tem como pensar em responsabilizar o agente pela resposta que ele deveria ter formalizado. Depois, é que a ação escolhida livremente é uma ação que o agente pode ter, divagando: isto carrega minha idiosincrasia, isto sou “eu”. E por fim, é que a escolha do agente não foi totalmente determinada por certa gama de antecedentes, não foi completamente determinada, tome-se como exemplo, por uma sugestão de terceiro ou um complexo inconsciente de condicionamento infantil.

A liberdade, como se disse, deve coexistir entre uma relação de ser livre e ser considerado responsável. “Dever” implica “poder” e vice-versa. Àquele é direcionado a um sujeito, supõe que exista um “poder” apropriado presente. Se existe uma obrigação posta, supõe-se que ele tenha a plena capacidade de exercê-la. O ser, dado como exemplo, é um agente liberto e a sua ação é livre na medida da sua possibilidade em ser considerado responsável pela escolha relevante. O ponto fulcral de sua tese, é que não faz sentido levar a fundo que

¹⁵ Cf. **PETTIT**, Phillip. Op. cit., pp. 9-10.

se alguém faz alguma coisa livremente, ainda assim não possa ser considerada responsável por isso, não adianta não sabermos o que é apenas ser livre, mas sim o que é ser responsável.¹⁶

Tal conceituação rememora bastante o conceito Aristotélico de liberdade, trazendo varias de suas concepções, como a liberdade escolha, entre uma boa ou má ação, a questão da penalidade por esta escolha e a conscientização de tais atos. Para Petit, um exemplo de aplicação que pode ser atrelado à liberdade e responsabilidade, é que se dá, por exemplo, nas sanções da lei. Assim, se mostra importante a questão da liberdade não em sentido puramente subjetivo, mas aquilo que a sociedade calca a nós, com forma de subsunção a certo padrão social da ordem posta em vigor.

Intermináveis podem ser as análises da liberdade em amplos e infinitos aspectos ideológicos, como se demonstrou, e apesar da filosofia jamais se dissociar do direito, não é demais de igual maneira rememorar que esta também se encontra envolta a uma concepção jurídica fundamental: a liberdade é um direito inerente ao homem.

1.2 Liberdade e extensão jurídica

É dentro dessa extensão jurídica, mais “corpórea” aos operadores do direito, que se é possível apresentar a liberdade agora em duas vertentes, tanto em um conceito mais amplo, bem como, a partir de um que sé é constitutivo: o da permissão jurídica.¹⁷

O primeiro caminho deve ser trilhado saindo da ideia *stricto sensu* de liberdade e indo a partir da indagação acerca de estruturação deste direito. Para Robert Alexy, a liberdade não é um objeto que meramente se tem, como se tem um livro, um sapato ou qualquer outro item. Não trata de uma posse, como o exercício de fato pleno de alguns dos poderes da propriedade.¹⁸

A base do conceito de liberdade é constituída por uma relação “triádica” entre um titular de uma liberdade (ou de uma não liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade, partindo-se do fato em que há uma

¹⁶ Ibidem, pp. 16, 17, 25, 26.

¹⁷ Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 219.

¹⁸ Cf. Artigo 1.096 do Código Civil brasileiro.

diferença primordial se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação ou somente uma ação. Para aquele o qual a liberdade consiste em fazer o básico ou o razoável, se pressupõe apenas uma ação, por mais abstrata que seja (liberdade positiva). Já a liberdade jurídica (para o autor, mais importante que a filosófica) existe quando o objeto desta for uma alternativa de ação (ou seu sentido negativo).¹⁹

O conceito *negativus* de liberdade existe na medida em que a ela não são proibidas tais alternativas de ação, nada dizendo acerca daquilo que a pessoa que é livre deve fazer ou, sob certas *conditions* irá fazer: ele diz apenas algo sobre suas reais possibilidades de fazer algo. Diferentemente, no amplexo *positivus*, o objeto da liberdade é uma única ação, como se citou acima. Aquela é mais ampla que esta.

Se a transmutação da situação de não liberdade tiver que se firmar de uma maneira juridicamente garantida pelo Estado, então, a ele pode ser concedido um direito a uma prestação em face do poder estatal, ou seja, uma ação positiva ou um *facere*. Já para a criação de uma conjuntura de liberdade jurídica é necessária, ao contrário, apenas uma abstenção do Estado, ou seja, uma ação negativa, um *non facere*: “para a garantia da liberdade não é necessário um direito a prestações, apenas um direito de defesa”.^{20 21}

¹⁹ Nessa situação é que Alexy ainda subdivide a liberdade negativa em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito, equivale-se aquele puramente liberal, onde “uma liberdade em sentido estrito é sempre também uma liberdade negativa em sentido amplo, mas nem toda liberdade negativa em sentido amplo é também uma liberdade negativa em sentido estrito.”. Daquele sento triádico infere o autor que “uma liberdade em sentido estrito é quando o objeto da liberdade são (sic) alternativas de ação e o obstáculo à liberdade são ações obstaculizadoras de terceiros, sobretudo o Estado. A fecundidade da concepção triádica de liberdade é demonstrada pelo fato de que diferentes conteúdos x, y e z fazem surgir diferentes liberdades. Com base nessa concepção é possível organizar a confusão de conceitos de liberdade, pois ela possibilita a criação de uma classificação abrangente, por meio de substituições cada vez mais diferenciadas para o titular da liberdade (x), para o obstáculo à liberdade (y) e para o objeto da liberdade (z).” in **ALEXY**, Robert. Op. cit., pp. 220, 223 e 224

²⁰ Ibidem, pp. 222 e 223. Tal conceituação é deveras importante, pois como se mostrará mais a frente a doutrina constitucional consegue dividir os direitos fundamentais como aqueles com uma obrigação de fazer ou não fazer do Estado: os direitos de liberdade e os direitos programáticos ou sociais.

²¹Modernamente, interessante aduzir a chamada “teoria dos custos dos direitos” desenvolvida pelo professor Cass Sustein e Stephen Holmes, reconhecendo nominadamente que todos direitos fundamentais, sejam eles os de liberdade (os negativos) ou sociais, detém custos ao Estado, já que estes, de alguma maneira, demandam uma prestação positiva estatal. Nesse sentido, lembra Gilmar Mendes que

Ou seja, diz ser negativo quando há uma limitação à ação do Estado, ou porque se faz como as liberdades, em enunciados que só a lei pode limitar, ou em instituições que o próprio Estado há de organizar, como a propriedade. Positivo, quando se obriga ao poder estatal a alguma prestação em simples regra programática, ou em regra de direito objetivo com cominação sancionatória ou sem ela, em regra de que advenha direito objetivo, acionabilidade e pretensão.²²

Por isso que Pontes de Miranda²³, partindo desse ponto de torque, pôde afirmar que a liberdade física é liberdade negativa e se transmuta no fato de não ser impedido de ir ficar e vir, senão em virtude de lei, em processo legal ou quando se trata de ordem que diz respeito a todos e só se refere à certa coisa ou espaço, como a proibição de tocar determinado quadro ou obra aos que não são funcionários de uma galeria de arte, por exemplo. Ou falar-se de liberdade de fazer ou de não fazer (fumar, casar), salvo vedação legal, liberdade que é especialização daquela. Ou liberdade moral propriamente dita, ou liberdade psicológica, como a de crença, de pensamento de expressão.

Toda liberdade há de ser, com isso, restringida pelo Estado. Seja a física ou a psíquica, a liberdade não pode ser absoluta, nenhum direito, por mais fundamental ao homem que seja, o é. Por isso que voltamos ao primeiro paragrafo do texto e nos deparamos com a divagação: será realmente a liberdade, poder fazer tudo aquilo que queremos, planejamos, sem sermos impedidos de alguma maneira por mais mínima que seja?

"É reconhecido que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, como bem indicado nas contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein. Para eles, 'levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez' (Stephen Holmes, Cass Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: New York, 1999.). Nesse contexto, passa a ter significativo relevo o tema da 'reserva do possível', especialmente ao evidenciar a 'escassez dos recursos' e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas". [...] A construção do Estado Democrático de Direito, anunciado pelo art. 1º, passa por custos e estratégias que vão além da declaração de direitos. Não há Estado Social sem que haja também Estado fiscal, são como duas faces da mesma moeda. Se todos os direitos fundamentais têm, em alguma medida, uma dimensão positiva, todos implicam custos. Conforme salientam Holmes e Sunstein, nenhum direito é apenas o direito de ser deixado só pelo poder público. Todos os direitos reivindicam uma postura positiva do governo. Logo, levar direitos a sério exige que seus custos também sejam levados a sério" in **MENDES**, Gilmar Ferreira e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

²² Cf. **MIRANDA**, Pontes de. Op. cit., p. 376.

²³ *Ibidem*, p. 322.

Parece-nos que não.

Nesta feita, é que se confirma que as liberdades foram limitadas, tanto de forma positiva ou negativa, seja do homem pelo Estado, do Estado pelo homem ou do homem pelo homem. A principal limitação é aquela trazida pela atuação legiferante do Parlamento, seriam estas as regras sobre “limites às limitações”.²⁴

Quanto à liberdade do pensamento, por exemplo, onde não se obrigue a declarar a crença ou a convicção. Onde ninguém, pode ser obrigado a comparecer a manifestações que importem adoção de certa convicção, religião, crença, opinião política ou social.

Quando se afirma que o Estado é laico. Quando não se exija juramento doutrinário ou religioso impositivo.

Onde não se vede à publicação de pesquisas ou de teorias científicas, literárias ou políticas. Nem se proíba ou dificulte conversão ou abandono de crenças ou ideias. Nem se persiga os que são ateus ou estabeleça a respeito deles qualquer desigualdade.

Quanto à liberdade física, que se vede a escravidão, por mais óbvio que isso seja, nem quando a pena passe da pessoa do apenado, nem a tortura, nem lei que não seja isonômica, onde não ouça o acusado e suas alegações. Nem o acesso amplo e irrestrito ao Judiciário, nem as penas degradantes, que não seja as privativas de liberdade, nem a prisão sem nota de culpa, ou o processo que não seja acusatório (onde se garanta a ampla defesa e o próprio contraditório), nem a prisão sem culpa formada.

Quanto à liberdade moral, pelo fato de não se impor ao indivíduo determinada regra de vida sexual, nem se estabelecer casamento obrigatório. Não se admitir outra classificação dos indivíduos sob o ponto de vista ético senão segundo os atos criminais ou as contravenções que hajam cometido, conforme prova apreciada em um procedimento justo, legal e imparcial. Onde não se vedem críticas nem pesquisas científicas ou filosóficas as regras morais de um determinado povo, ou de um grupo social, ou do homem *per sí*.

Quanto à liberdade de emissão de pensamento, em que não se proíba a expressão de opinião, pela escrita ou pela fala, imagens, ou qualquer outra

²⁴ Ibidem, pp. 387, 388 e 389.

maneira, e a legislação que abstenha a opiniões ofensivas tem de se dar de forma ampla. Nenhuma condição de trabalho ou emprego pode servir de pretexto ou subterfúgio para que se coíba o exercício pleno desse direito, nem que se sofra dano material ou moral por exercê-lo. Nem as derrogações à liberdade de emissão de pensamento, no que toca à cinematografia, rádio, comunicações, em geral, proteção da infância e adolescência e os interesses militares, podem escapar à apreciação de constitucionalidade de leis ou atos. Onde não se permita a censura.

Quanto à liberdade de cultos, pelo fato de não se restringir do exercício desses, salvo se se ponha em perigo a integridade moral, a vida dos indivíduos ou a paz pública. Não se proíba a propaganda religiosa, ou antirreligiosa. Não se estabeleçam preferências, ou exceções, ou dignidades, em relação aos cultos religiosos e seus adeptos.

E, por fim, quanto à liberdade de circulação, que é especialização da liberdade física, não se proíba qualquer indivíduo de viajar, instalar-se, circular, demorar, ou sair de qualquer parte da nação, nem emigrar, quiçá o nacional de entrar no território ou voltar dele.

Insta salientar ainda que a liberdade, nesse contexto, assim protegida, também pode ser definida como uma liberdade que não se dissocia da igualdade real/isonomia. Liberdade igual, nesse contexto, significa uma não limitação negativa que possa apenas se exercer sobre qualquer liberdade: se se garante o direito da inviolabilidade do domicílio, também deve se garantir o direito a casa. Se se garantir o direito à vida e a liberdade física, que se conceda o direito a cuidados de saúde. Se se garanta o direito de expressão, que também se garanta a possibilidade de formar a própria opinião. Se se garanta o direito a livre escolha do trabalho e do emprego, que se garanta a efetiva posse de um posto de trabalho.²⁵

É por isso que a liberdade se torna uma verdadeira e pura expressão dos direitos humanos, como a mais genuína locução do conteúdo da própria vida. Através dela é que se pode garantir tanto a igualdade, democracia, dignidade da pessoa humana, como tantos outros bens similarmente imprescindíveis a boa condição do homem em sociedade.

²⁵ **CANOTILHO.** J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 7. Ed, p. 480.

Desde o início, a projeção consciente, que vai fundamentar a conquista milenar da liberdade, esteve ligada a reflexão, à personalidade, e não ao egoísmo, ou imposição de si mesmo, é um meio que interliga todo convívio humano: “as correntes normais, tranquilas, ainda que entusiásticas, a favor da liberdade, partiam da reflexão, da necessidade de se comunicar às assembleias, as reuniões, o que, dentro de si, vencera as ‘outras’ tendências e os ‘outros’ impulsos e as ‘outras’ informações. Os homens que quiseram ser livres, isto é, que quiseram poder dizer o que pensavam e poder fazer o que achavam certo, tinham alguma coisa que merecia ser dita, ou ser feita”.²⁶

Destarte, é que se pode concluir, que podemos ter a liberdade como princípio assente certo, que não pode mais ser discutido de forma a ser mitigado, por mera liberalidade de alguém. São verdadeiras categorias de princípios pertencentes às chamadas “regras de fundo das Constituições”, ou seja, ao próprio cerne inalterável delas.

Há ela não se vai de encontro, a ela se harmoniza e se aplica, de forma interina e não meada. Por isso que diversos institutos foram positivados, criados e melhorados para a proteção de tantas liberdades, como o *habeas corpus*, o direito de petição e etc.

Mas como contextualizar essa liberdade, em uma sistemática constitucional e historicista, que surgiu da evolução paulatina de diversos paradigmas de organização social?

O direito à liberdade como se vislumbra hodiernamente, passou por diversos sistemas, desde um sistema clássico, feudal, absoluto, liberal, até a atual sistemática de um Estado social e democrático de direito, este pelo qual nos conduz tal sistema jurídico moderno, analisemos.

2. Liberdade como apanágio que adveio da evolução paulatina de vários modelos estatais

Não se pode obliterar que a temática aqui esposada encontra-se totalmente entreposta e relacionada, com o contexto do chamado Estado Liberal de Direito, onde foram elevados os direitos fundamentais de primeira

²⁶ Cf. **MIRANDA**, Pontes de. Op. cit., p. 324.

geração, ou, simplesmente, as liberdades humanas. Por isso, para se chegar a um entendimento prévio dessa interligação, nada mais justo que trazer à baila, para análise, a questão evolutiva do Estado²⁷, nos quais foram gestadas tais liberdades (físicas e psicológicas) enquanto direitos jusfundamentais do homem.

Nos primórdios da acepção evolutiva do Estado, o chamado “Liberal” adveio a adquirir sua feição atual com a quebra de diversos paradigmas e mudanças no pensamento do corpo social, através do tempo.

Inicialmente, o que se vislumbravam eram os sistemas medievais e feudais, que impropriamente não se pode proclamar de verdadeiramente “Estado”. Havia uma multifacetada pluralidade de poderes privados, classes, ordens, como expressão da situação de cada pessoa. Direitos como privilégios, regalias ou imunidades que uns possuíam e outros não, com características territoriais, primordialmente religiosas e perfunctoriamente sociais: os feudos, senhorios, vassalagens ou burgos.

²⁷ Insta salientar que conforme a Teoria pura do Estado, este (o Estado) pode ser versado sob diferentes óticas, tais como “Estado” no sentido do “Direito do Estado” e do “Direito Internacional”: “aquele que se dá de acordo com o seu ordenamento jurídico interno, e no tocante a sua relação externa, ou seja, a relação que exerce com outros Estados.” Ou então, “Estado” no sentido do “Direito Constitucional” como sendo aquele que “se embasa no fundamento único e exclusivo a partir do ordenamento jurídico da associação que justamente reivindica para si a qualidade de Estado.” E ainda, “Estado” no sentido do “Direito das Gentes”: “o que esta de acordo com a Comunidade das Nações, por exemplo, aqueles só Estados que podem oferecer proteção diplomática aos seus membros, só Estados que respondem por violações de determinados tipos de contratos, no sentido da fenomenologia jurídica, não só num interesse para a definição, como também uma obrigação, com o intuito de satisfazer uma exigência do direito positivo[...]” in **DOEHRING**. Karl. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008, pp. 31/37. Neste trabalho, o que se quer analisar é a evolução deste “Estado”, como uma racionalização institucional das sociedades modernas num aspecto constitucional envolto nas perspectivas de direitos fundamentais, como os de liberdade e os sociais. Apesar de **CANOTILHO** afirmar que existe uma “significativa corrente da historiografia moderna que põe em causa a sucessão linear de modelos de Estado como a aqui colacionado (Estado Estamental → Estado Absoluto → Estado Liberal), e censura mesmo a transposição ‘acritica’ para Portugal de conceitos elaborados para outros quadrantes políticos-culturais, como, por exemplo, os de ‘absolutismo’, ‘despotismo’, ‘Estado moderno’” in **CANOTILHO**. J. J. Gomes, op. cit., pp. 90-91. É de se afirmar que essa acepção de modelos se mostra bem mais didática e sintética de entendimento, em vista da complexidade da envoltura entre os direitos fundamentais e a mudança de pensamento da sociedade (econômica, social e política) através dos tempos. Apesar se adotar este posicionamento, esta forma supostamente “linear”, na prática, como se vai afirmar ao longo do texto, não ocorreu perfeitamente horizontalizada. É assim mostrada, como se disse, apenas para trazer no bojo da explanação o didatismo que se pretende na academia.

Aqui a organização política e social da época era de um prisma bastante alargado, assentado em vínculos entre o senhorio e a vassalagem, numa teia interligada, hierarquizada e com dependências mútuas.²⁸

Nessa rede de vínculos, cada qual era sujeito de obrigações e deveres, mas também de direitos (apenas) com seu senhorio ou, similarmente, para com aquele no qual se acoitava de sua tutoria. Tais direitos, caracterizados como legitimamente obtidos, eram ratificados pelos tribunais comuns.

Porém, como aduz Jorge Reis Novais, se for se comparar aos direitos como vistos os atuais, estes na verdade eram “pseudodireitos”, pois tais posicionamentos jurídicos, foram antes privilégios advindos da casta social que o titular ocupava na labiríntica hierarquia feudal, do que qualquer outra coisa.²⁹

De forma paulatina, com a desagregação de tal sistemática medieval, o resultado foram processos de centralização do poder político e da sustação dos privilégios e corporativismos feudais.

Houve uma troca por uma relação direta, em uma via de mão única, sem intermediários entre o poder Estatal, no papel do Rei, e a sociedade, no papel dos súditos. Todos agora eram submetidos ao tal poder cêntrico, em uma autoridade pública e unificada na dependência dessa monarquia. É nessa nova acepção societária, que exsurge pela primeira vez a ideia de nação, onde cada uma desta deveria se interligar a um Estado, ou seja, este tende a ser a fusão política da sociedade, com toda sua natureza histórica, religiosa e linguística.³⁰

Sob alva influência da secularização (ou laicidade), separação entre política e religião (o que se traduz na autonomia do poder político estatal da anterior dependência do Sumo Pontífice) e soberania, onde o Estado é concebido como poder supremo e independente, se tornando, pois, ali figura

²⁸ **NOVAIS**, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 15 e **MIRANDA**, Jorge. **Curso de Direito Constitucional – Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, v. 1, pp. 44-45.

²⁹ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis, *ibidem*. Já Jorge Miranda afirma que nessa sociedade, o único direito comum que parecia mesmo existir era o de petição e de queixa *in* **MIRANDA**, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 25.

³⁰ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. *Op. cit.*, pp. 15-16.

central daquela esfera, surge aí o advento de um “Estado Absoluto”, sendo esta a primeira manifestação histórica do “Estado Moderno”.³¹

No absolutismo houve duas fases distintas, nas quais devem ser aludidas. A primeira, que a doutrina³² historicista dita de patrimonial, onde o Estado é considerado um bem que integra a herdade do Monarca e pelo qual o poder deste é justificado como sendo de origem na deidade. O conceito de soberania, pelo qual se comentou anteriormente, como uma característica dessa sistemática, acobertava a assunção de poderes absolutos por parte do Rei.

A segunda fase, ou do Estado de polícia, onde a justificação do poder já não advém de uma origem divina, mas sim racional, na medida em que o Rei, já não mais o único proprietário do Estado, mas antes seu servidor primo, se sente na obrigação de tudo implementar para trazer o bem-estar social e psicológico de seus súditos. Teve seu apogeu no século XVIII, ou século das luzes, dos déspotas esclarecidos, submetendo a subjugação dos poderes à ideia do “direito de polícia”, no qual o rei poderia intervir, em nome da racionalidade, em todos os âmbitos sociais, culturais e afins, ou até mesmo da vida privada da sociedade com vista à consecução do interesse e bem público.³³

³¹ Cf. **MIRANDA**, Jorge. **Manual...**, p. 25; **NOVAIS**, Jorge Reis, *ibidem* e **MIRANDA**, Jorge. **Curso...**, pp. 47 e 58. Jorge Reis Novais leciona em sua obra que “entre a desagregação do sistema medieval e o advento do Estado absoluto, é ainda possível autonomizar historicamente um Estado de transição designado por Estado estamental. Neste tipo de Estado, a progressiva centralização e concentração do poder na pessoa do Rei tinha ainda como contrapartida a existência das assembleias representativas estamentais (cortes, dietas, parlamentos). Nestas assembleias representativas, as várias classes e sectores sociais – os estamentos – procuravam a conservação dos privilégios adquiridos na sociedade medieval e resistiam, nessa medida, aos esforços de centralização do poder e de unificação de direitos prosseguidos pelo Monarca. No entanto, esta situação de relativo equilíbrio entre o novo poder real e os poderes tradicionais dos estamentos cederá, na maior parte dos casos, perante as tendências de afirmação do poder absoluto do Rei” in **NOVAIS**, Jorge Reis. *Ibidem*. É de se notar, pois, que os estamentos se constituíam em um claro legado da Idade Média, sendo que esse regime também possuía determinados privilégios em alguns estamentos próprios (não é absolutamente corretamente falar “classe” ao invés de “estamento”, visto que “classe” veio a surgir de conceituação Marxista, tempos depois). Tais estamentos perduraram até o fim do século XVIII, à época da Revolução e do governo de Luiz XVI.

³² Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 17.

³³ A base do estado de polícia do absolutismo é claramente aquela que influencia e influenciou os ditames do Direito Administrativo moderno, onde os interesses públicos tem supremacia sobre os individuais: “em nome do primado do interesse público,

Reis Novais lembra que esse Estado era um “Estado acima do Direito”. Independentemente de qualquer coisa, os particulares tinham que se submeter ao subjugo do Estado, no papel do Rei, não dispondo de quaisquer meios de garantias jurídicas defronte a atuação deste ou de sua estrutura administrativa. Existia uma zona de policia, nos quais os direitos individuais cediam perante a razão do Estado.³⁴

“O rei atinge todos e todos estão sujeitos ao rei”. Sob esse ditame, que o Estado Absoluto se pretendia legítimo e não tirânico, apesar da imposição na figura apenas de um, foi fundamental para a prescrição de direitos fundamentais, universais ou globais, em vez de situações especiais, privilégios ou imunidades, como se viu na sistemática anterior. Além de criar condições jurídicas de isonomia (mesmo que de forma tímida), o Estado Absoluto ocasionou conjunturas para que se lutasse pela liberdade.³⁵

Ora, a situação de um estado policialesco fazia surgir, sem dúvidas, um sentimento de insegurança a todos que estivessem ao alvedrio da intervenção ilimitada e arbitrária da parte do Estado. A insuficiência de garantias individuais e a negativa em dar a sociedade direitos básicos, como os políticos, tornavam-se cada vez mais inadmissível no século da racionalidade. E a quem afetava? A parte da sociedade que estava em ascensão, precipuamente a burguesia comercial e industrial, pelo qual o prestígio econômico, sequer chegava a alcançar o poder político.

De fato, é que se, num primeiro momento, o advento deste Estado beneficiou a subida da burguesia como “classe”, pois inicialmente a centralização do poder veio a acabarem com os privilégios, barreiras

inúmeras transformações ocorreram, houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender as necessidades coletivas, com a consequente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de policia do estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. [...]” Exsurge, de igual ordem, as limitações administrativas, tendo como base o poder de policia do Estado, em que “se impõe obrigações de caráter geral a proprietários indeterminados, em benefício do interesse geral, afetando o caráter absoluto do direito de propriedade, ou seja, o atributo pelo qual o titular tem o poder de usar, gozar e dispor da coisa da melhor maneira que melhor lhe aprouver” in **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, pp. 64 e 115.

³⁴ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. *Ibidem*.

³⁵ Cf. **MIRANDA**, Jorge. **Manual...**, p. 25.

corporativas e protecionismo econômico que advinha o medievo, por outro lado, é de se realçar que essa situação não duraria eternamente.

Tanto é assim, que com o amadurecimento (intelectual quanto financeiro), desse setor mesocrático da sociedade, foi que os mesmos se viram com a capacidade de se desprender do dirigismo do absoluto, pelo qual tinha se transmutado em uma verdadeira barreira para o crescimento econômico³⁶ e num entrave a garantir os direitos individuais pelos quais a classe intelectual se viu no direito de refletir que possuía.

O Estado agora, ao invés de ser apenas um poder único e inquebrantável, deveria ser caracterizado como um ente encarregado de zelar ao bem comum e servir a todos. Os abusos de poder cometidos pela a autoridade única e absoluta, na figura do Rei, e a progressiva violação de direitos fundamentais do homem, levaram a conclusão que os poderes estatais deveriam, dessa maneira, serem controlados, ao mesmo tempo em que colocava em xeque o modelo de poder até então assentado.

Já se é possível, assim, avistar mais ainda a luta pela liberdade, pelo que infere Jorge Miranda foram os primeiros passos para a prescrição de direitos fundamentais, universais ou gerais, em face de privilégios e imunidades, típicos das classes mais próximas da vivência da Corte.

Esse ideário de cunho racionalista vertia-se na necessidade de polir o poder político, trazendo sob sua dinâmica uma pré-regulamentação e limitação jurídica, colocando a atividade administrativa a par da submissão do verdadeiro império legal, certificar a completa promoção da economia, protegendo esta de intervenções desnecessárias do Estado que não fossem previsíveis e, desta maneira, mesmo que de forma perfunctória e inicial, garantir, como se disse, a completa fruição da liberdade de todos os cidadãos.³⁷

Vislumbra-se, assim, a concepção *ab ovo* de mais uma nova forma de Estado, sua caracterização e inter-relação com o povo. Diferentemente do que poderia acontecer anteriormente, o poder estatal contava agora com uma limitação e organização jurídica, com vista a proteger os direitos básicos gerais, trazendo em seu bojo, as noções de uma lei fundamental regente: a Constituição. E com essa produção legiferante maior, a autonomia, liberdade e

³⁶ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. Op. cit., p. 18 e **MIRANDA**, Jorge. Op. cit., pp. 25 e 26.

³⁷ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. Op. cit., p. 19.

segurança da sociedade advinham como consequência natural através da nova seara jurídica.

Nos findos dos séculos XVIII e com as chamadas Revoluções (tanto a Francesa quanto a Americana) um novo projeto político se torna um marco, inspirado na ideologia liberal, que anunciava a instalação de uma nova modalidade social ao longo dos próximos séculos: eis que daí advem um profícuo avatar estatal, na figura do alcunhado “Estado Liberal de Direito”.

É de se perceber, que essas mudanças de pensamentos são verdadeiras lutas políticas de movimentos contra os vigentes, diante de situações que levaram a muitos repensar o *status quo* dominante. Mas instando salientar, que essa irrupção não veio de forma abrupta e delimitada, tão pouco veio uniforme em diversos lugares ou com processos semelhantes. Houve uma diferenciação ao longo do tempo em cada lugar, com cada forma idiossincrática e com vários processos de institucionalizações e vicissitudes.³⁸

Por exemplo, iniciou-se na França e nos Estados Unidos da América nos fins do século XVIII, na Germânia e em algumas outras partes da Europa, durante o século XIX, já na Inglaterra, que não usufruiu do antigo estado de absolutismo, o advento do liberal, foi bem antes, no século XVII.

No que tange a forma e processo de estruturação, na Alemanha, se deu de forma paulatina e sob uma solução de compromisso com os ditames monárquicos tradicionais. Na França e na nação ianque, através de processo de rupturas revolucionárias com o *Ancien Regime*. Na Bretanha deu-se com uma evolução quase natural, de um equilíbrio histórico típico das instituições daquela nação, com a aceitação das noções de que os poderes deveriam ser limitados juridicamente, consagrando a soberania do seu Parlamento e, mais importantes, a não violação das liberdades e direitos individuais.³⁹

Essa tal concretização, nos leva a concluir que a concretização de um Estado de direito liberal se deu de forma plurívoca diante de várias experiências, o que foi positivo, já que tais movimentos foram embrionários para o que hoje se concebe de estado constitucional moderno, com as características decisivas de garantias de direitos fundamentais, a separação de

³⁸ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. Op. cit., p. 20.

³⁹ *Ibidem*.

poderes e democracia, com o sufrágio universal e o voto secreto, livre e universal.⁴⁰

O Estado Liberal pode ser definido sucintamente como um limitado e organizado positivamente com os meios de assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, por isso sua importância em ser analisado.

Como se percebeu, ele cresceu em meio a rupturas políticas e ideológicas, com a afirmação da burguesia como aquela que se encontrava na cúspide da pirâmide econômica, totalmente influenciada pela hegemonia do liberalismo, assim é que Jorge Reis Novais⁴¹ informa que esta só possa ser compreendida à luz das concepções ideológicas liberais.

Destarte é que o ideário do Estado de Direito se propõe a garantir a propriedade, liberdade e segurança de todos através das seguintes características⁴²: com a mutação progressiva de toda a atividade Estatal em uma atuação fundada, organizada e limitada juridicamente de uma acepção jurídica, regulada pelo Direito, desta relação entre o poder do Estado e o povo; de uma contração desta mesma atividade ao mínimo exigido para a garantia da harmonia social e das condições objetivas que possibilitam o encontro tanto das autônomas subjetivas quanto o livre desenvolvimento da *psique* de cada

⁴⁰ J. J. Gomes Canotilho em suas lições lembra que esse movimento constitucional de um estado liberal na Alemanha se tomou forma com o que se aduzia de *rechtsstaat*: “onde o constitucionalismo alemão se situava entre propostas constitucionais do chamado constitucionalismo da restauração com o seu princípio estruturante – o princípio monárquico – e o constitucionalismo da revolução, com o seu princípio, também estruturante, da soberania nacional (ou popular).” Na França esse movimento se aduziu de *l'état legal*, “concebido como uma ordem jurídica hierárquica, onde no vértice da pirâmide hierárquica situava-se a *Déclaration* de 1789, no qual se traduzia, numa supra-constituição e uma pré-constituição: supra-constituição porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria constituição; pré-constituição porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira lei superior. A constituição situa-se num plano imediatamente inferior a Declaração. A lei ocupa o terceiro lugar na pirâmide hierárquica e, na base, situam-se os actos do executivo de aplicação das leis.” E na Inglaterra se aflorou o *the rule of law*, ou império da lei. Que possuía quatro dimensões básicas: “em primeiro lugar, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade; em segundo lugar, significa a proeminência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real; em terceiro lugar, aponta a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento; e por fim, terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*common law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos)” in **CANOTILHO**. J. J. Gomes. Op. cit, pp. 93 a 97.

⁴¹ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. Op. cit., p. 21.

⁴² Idem.

um; além de uma saliente separação entre o Estado e a sociedade, de modo que permita a esta construir um espaço autorregulado onde habitem e concorram as esferas de autossuficiência econômicas e morais dos homens.

Tal separação de conformação era inerente ao projeto de uma sociedade liberal, partindo do princípio que o Estado deveria ser apenas o provedor do básico ao que os homens necessitavam, como a segurança, liberdade e propriedade, deixando a economia livre para ser guiada pelas concepções legais do livre comércio.

Por isso que os direitos básicos de primeira geração, como as liberdades, eram aqui encarnados como preceito básico a ser garantido pelos poderes públicos, sem se negar que tais direitos fundamentais eram moldados pelos valores morais da época, ou seja, pelo valor burguês, envolto na dogmática da iniciativa privada, bem como da propriedade. O que não retira, é claro, com isso, a importância de se poder afirmar que a garantia de direitos fundamentais se tornam os fins primordiais do Estado Liberal de Direito.

Tal pressuposto de autonomia entre o ente estatal e a sociedade numa preservação jurídica dessas esferas é exatamente a função dos direitos fundamentais. Através destes é que se perfazem zonas jurídicas onde a liberdade do ser é, *a priori*, ilimitada, enquanto a faculdade de o Estado as invadir é limitada. Podemos inferir, que os direitos fundamentais aqui são, sobretudo as liberdades negativas, ou seja, posições jurídicas subjetivas cuja plena realização requer, não qualquer intervenção de ajuda por parte do Estado, mas antes sua inércia.⁴³

As constituições liberais elaboradas nos séculos XVIII e XIX foram as que garantiram esses direitos de liberdade de cunho negativo, que protegiam os cidadãos autossuficientes, mais precisamente, como se disse, suas esferas de autonomia e liberdade pessoal, como a vida, propriedade, liberdade, das interferências e invasões não planejadas do Estado e da Administração. Essa liberdade individual inerente ao homem era colocada como pré e supraestatal no qual o Poder Público e sua Lei Maior apenas reconheciam e respeitavam,

⁴³ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. Op. cit., p. 23.

sob a pecha de não existir o próprio conceito de se ter uma lei suprema, ou Constituição.⁴⁴

Perpassada a transição do século XIX para o XX, os novos experimentos políticos, observadas principalmente pelo legado da Primeira Grande Guerra, e certa crise dos pressupostos, valores e ideologia que se embasavam na liberalidade anteriormente citada, houve por bem surgir mais uma vez uma superação de paradigmas, o que se era de esperar com mais uma evolução da consciência das sociedades, em uma verdadeira reavaliação dos fins estatais e de reconstrução das relações deste com a sociedade, permutaram-se os valores trazendo para o mundo agora o “Estado Social Democrático”⁴⁵ de *Direito*, lembrada também Estado de bem-estar social, ou ainda *Welfare State*.

Esse novo modelo de Estado delineou algumas das mais importantes constituições sociais e que foram o marco de outras Constituições do pós-guerra que trouxeram em seu bojo esse amplexo programático, foram elas a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919⁴⁶. Aqui há uma

⁴⁴ **NOVAIS**, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 66.

⁴⁵ **SILVA**, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 119 e **NOVAIS**, Jorge Reis. Op. cit., p. 30. No que toca ao acréscimo da semântica “Democrática” e “Social” em “Estado de Direito”, Jorge Reis Novais leciona que isto não retira sua univocidade conceitual nem sua finalidade inerente, visto que “tal como o temos vindo a caracterizar, o Estado de Direito, da nossa época é, por definição, social e democrático, pelo que, em rigor, seria desnecessária, por pleonástica, a referida adjectivação. Todavia, a sua utilidade reside na transparência com que elucida as dimensões essenciais de uma compreensão actualizada do ideal de limitação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do cidadão. De facto, ela sugere imediatamente a confluência no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de modelação da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática [...]” in op. cit., p. 37.

⁴⁶ Flavia Piovesan faz uma profícua diferenciação entre as Constituições do estado Liberal e Social. Para a autora a do Estado liberal é aquela Constituição antigoverno e antiestado, já do Estado Social traz uma sociedade reconciliada com o Estado, que exige sua intervenção em domínios fundamentais. Por isso, que esta não se apresenta como um instrumento jurídico de conformação do *status quo*, mas vem renascer como um instrumento diretivo e transformador social, similarmente como implementador de políticas públicas. “Constata-se aqui a emergência de um renovado rol de direitos, não mais reduzido aos direitos típicos do liberalismo, a saber, o direito à liberdade, segurança e propriedade. Enquanto os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social resumem-se num direito geral à igualdade. A igualdade converte-se, assim, em valor essencial do sistema constitucional, tornando-se critério imperativo para a

verdadeira reversão daquela integralidade do ideário de limitação jurídica dos poderes administrativos perante a sociedade e as garantias individuais focadas apenas nas liberdades, onde se vislumbra uma reedificação do elo entre ambos.

Não se trouxe com isso, insta salientar, uma substituição cândida e simples, mas sim, uma continuidade do legado do Estado de Direito Liberal, com moldagens necessárias às novas necessidades, idiosincrasias e vicissitudes do pensar dos séculos XX e atual⁴⁷, o que asperge em uma revalorização dos direitos fundamentais e suas diversas vertentes, o que se inclui claramente os *new social rights*.

Prima facie, a sociedade deixa de ser vista como puramente autossuficiente, e passa a ser vislumbrada como um objeto pelo qual o poder estatal deve dar aporte e estrutura, com a visão de alcançar valores de justiça social, mais do que propriamente do progresso econômico. Depois, esse mesmo Estado, que de maneira consciente e tencionada, no processo de arrecadação, redistribui em forma de melhorias à sociedade, no mesmo caminho da planificação do processo econômico. A justiça social e a igualdade

interpretação constitucional em matéria de direitos sociais.” In **PIOVESAN**, Flávia Cristina. **Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 29 e 30. Apesar da brilhante ideia da professora, é imperativo não cingir totalmente os âmbitos ideológicos dos direitos do Estado Social e Liberal. É de se adotar o posicionamento, já citado no corpo do texto, que o Estado Social, apesar de albergar outros direitos, além dos clássicos de liberdade, como o fez o Estado Liberal é uma verdadeira continuidade do Estado Liberal, sem perder características importantes desse modo de pensar.

⁴⁷ Vital Moreira lembra que “a ideia subjacente à concepção do Estado social, é, sem dúvida, a de que este se propõe fazer valer perante o econômico valor próprio do político e do jurídico (justiça, igualdade, paz social, etc.). E se é certo que uma decisão pelo Estado social se tornou necessária, esta necessidade tem explicar-se, não a partir do estado e do direito mas a partir da própria sociedade. A transformação da representação do Estado e do direito e das suas tarefas e funções no plano da economia reflete uma previa da representação desta e da sua realidade. Deste modo, o Estado social é o Estado característico da sociedade industrial e a ideia dele está vinculada a pressupostos reais, econômicos e sociais. No fundo do Estado social está uma concreta estrutura econômica, uma forma econômica em que predomina a concentração da produção, a concentração social (produto da socialização da produção), uma técnica evoluída, um processo racional de trabalho, necessidades standardizadas, uma sociedade dividida em classes, e ainda uma determinada forma cultural. A autonomia e o papel dominante do político, como característica do Estado social, aparece, assim, menos como uma causa do que como uma consequência.” in **MOREIRA**. Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Lisboa: Caminho, 1987, p. 92.

material (e não apenas a igualdade perante a lei) são elevadas a categorias de fins essenciais do Estado, que assim se aloca como “Estado Social”.⁴⁸

Há de existir certas duvidas e suspeições ao que se defina de Estado Social, ainda que se lhe ajunte o termo “democrático”: por que a palavra “social” esta sujeita a várias interpretações, visto que é um conceito indeterminado; e ainda porque que o importante seria não o “social” qualificando ao Estado, mas sim que devesse qualificar o Direito.⁴⁹ Mas nem por isso se retira a importância do “social” que vem desta nova concepção, que nasce e cresce da outra “liberal”. Os direitos sociais são paritários, harmônicos e equilibrados agora aos direitos de liberdade, como feito da nova percepção de Estado e do seu lidar com os indivíduos que estão sob a sua tutela.⁵⁰

O atual Estado Social, não só trespassa, como cuida do legado liberal anterior e, assim, direitos sociais baseiam-se, programaticamente, não apenas no ideal de se construir uma sociedade superior, de índole meramente socialista, mas em um espectro que se alarga sempre, perpassando desde a concepção de uma sociedade mais justa (incluindo neste sentido os valores de uma solidariedade cristã ou em uma concepção substancialista da dignidade da pessoa humana) e vai até o mero pragmatismo de uma racional forma de pensar econômica utilitarista, que se sobrepõe a nossa zona de conforto, incluindo novos e alastrados projetos alternativos emancipatórios desenvolvidos em nome das chamadas “periferias excluídas da sociedade global”,⁵¹ talvez daí venha a sua importância que transpassa a mera feição glossológica.

Os direitos sociais em um “Estado Social de Direito” hoje expressam, pois, o amadurecimento máximo de novas exigências da sociedade, quiçá de novos valores, que estão em contínuos e constantes movimentos.^{52 53}

⁴⁸ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. Op. cit., pp. 30-31.

⁴⁹ Cf. **SILVA**, José Afonso da. Op. cit., p. 120.

⁵⁰ Cf. **MIRANDA**, Jorge. **Manual...**, p. 37.

⁵¹ **NOVAIS**, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 20-23.

⁵² **BOBBIO**, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 20.

⁵³ Não se pode negar que com o bônus também a de advir algum ônus, nem tudo são flores. Com o florescimento de direitos, a modernidade, trazendo a globalização, dentre diversos alguns outros elementos, foram responsáveis por alguns fatores negativos nesse novo “Estado”, o que culminou em uma verdadeira crise e fez com que novos mecanismos fossem criados, principalmente pela Justiça Constitucional,

Dessa feita, é que sobre este estratagema três direções principais são vislumbradas com as mudanças para o Estado Social (Democrático) de Direito.⁵⁴ A fundamentação dos direitos fundamentais, agora não mais ocorre apenas com os de liberdade, mas também com os sociais, culturais e econômicos. Ou seja, ao lado daqueles, estes se transmutam de essencialidade, sob a exigência de prestações positivas materiais a se realizar pelo Poder Público em favor da sociedade.

para que se garantisse a proteção (ao menos mínima) de tais direitos fundamentais. Amalgamadas a questões de supressão econômicas (os custos de serviços aumenta inversamente proporcional as necessidade crescentes da sociedade), causas administrativas (multiplicação de serviços e intervenções em face do peso dos grupos corporativos na Administração), aumento populacional, escassez de recursos, a mundialização trouxe exorbitantes níveis de exclusão social e a perda de alguns desses mesmos direitos outrora já garantidos, inclusive em países tidos como de “primeiro mundo” ou “em desenvolvimento”. Dentre tais reflexos da tal crise do *Estado Social*, o professor Ingo Sarlet destaca a clara exclusão da cidadania, notadamente no meio das classes mais pobres, fenômeno este interligado aos altos níveis de desempregos, ou ainda, subempregos; redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais imprescindíveis (previdência, saúde, educação e assistência social), o corte destes ou, pelo menos, a “flexibilização” dos direitos dos trabalhadores em face dos empregadores; ausência ou diminuição de instrumentos de meios judiciais ou instâncias oficiais, no sentido de criadas ou ao menos fiscalizadas pelo “Estado”, capazes de controlar o âmbito processual, resolvendo lides destes oriundos, e manter o equilíbrio social, piorando o problema da ausência de efetivação dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal. Tal agrura, apesar de aparentemente parecer que reverbera apenas no prisma dos direitos sociais, também influi em toda a amplitude dos direitos fundamentais, basta por exemplo trazer a baila o impacto da tecnologia na vida íntima e privada das pessoas, em um âmbito de informatização pura, bem como no desenvolvimento da ciência genética, ou ainda sobre a poluição dos mares, ar e meio ambiente, demonstrando que, dessa forma, até o progresso científico pode colocar também em riscos os direitos fundamentais da pessoa humana. É uma crise que não mais se sobreponha apenas na efetividade (no sentido do flagrante déficit de proteção dos direitos jusfundamentais assegurados pela autoridade estatal), mas na esfera do próprio ato de reconhecer a confiança do papel de tais direitos numa *societas*: parece que tais direitos foram agora vistos, como privilégios de uma casta em certos grupos específicos. Dessa forma, diante do esboço projetado pela crise aventada nesse moderno “Estado Social de Direito”, fica claro que esta foi crucial para que se voltassem os olhos para os direitos sociais, mas agora também sob outro ângulo. O Estado, principalmente através do Poder Judiciário, já que o Legislador, muitas das vezes falha em criar reais mecanismos que possam proteger ou garantir realmente tais apanágios sociais, teve que criar, melhorar e aplicar meios elementares, técnicas, regras, etc., que contribuíssem para uma adequada proteção contra atos externos, ou até omissões, que viessem a diminuir ou tentar excluir esses direitos programáticos. In **SARLET**, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, V. 81, pp. 325-386 e **MIRANDA**, Jorge. **Curso...**, p. 75.

⁵⁴ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. **Os Princípios Estruturantes...**, pp. 33 e 34.

Aqui não se visualiza uma mera abstenção estatal, mas sim, uma intervenção positiva com o fito de que nos sejam conferidos uma realidade existencial.

Num segundo aspecto, há uma reinterpretação devida dos próprios direitos, liberdades e garantias tradicionais daquele Estado Liberal a guisa de uma nova visão de sociabilidade, ou seja, o exercício destes direitos passa similarmente a ser conservado por uma nova integração comunitária numa igualdade material dos concidadãos (e não uma mera igualdade jurídico-formal), significando, desta maneira, que o poder público não se limita à apenas proclamar que existem liberdades negativas, mas em possibilitar a existência fática de seu pleno exercício, acautelando os abusos, mediando conflitos e colisões, quando surgirem, entre os direitos fundamentais e outros similarmente dignos da mesma proteção jurídica, sem obliterar da importante obrigação no que tange aos particulares, pois são valores que se impõe genericamente a toda a sociedade, e conseqüentemente nas relações jurídicas de âmbito privado.⁵⁵

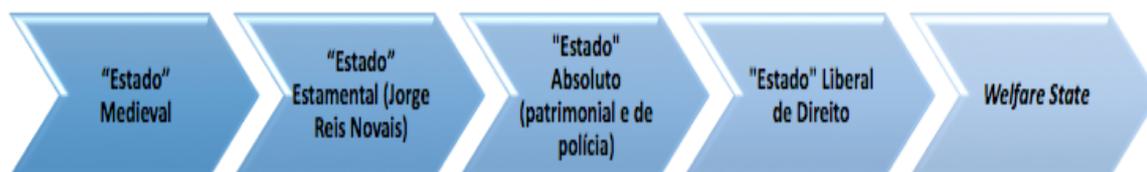
E por último, eis que erguem-se novos tipos de direitos atinentes a uma integração e responsabilização social de todos e sob as exigências de solidariedade geracional e global (indo além da regional), como sejam os direitos próprios de certas categorias (muitas das vezes minorias) sociais, por exemplo, os direitos dos idosos, crianças, mulheres, indígenas, sexuais e agora dos refugiados⁵⁶, entre outros, bem como, os novos direitos do meio ambiente saudável ou os direitos dos povos ao desenvolvimento.⁵⁷

⁵⁵ Ou seja, o Estado, de forma global, é recebedor (e não titular) das normas definidoras de direitos sociais fundamentais e, como tais, são assim obrigados por ela, não se derivando de tais direitos por sua concepção natural uma opção de direito subjetivo, da forma que acontece com as normas privadas dos direitos privatistas (contratuais, consumeristas ou imobiliárias, por exemplo). Modernamente, Canaris afirma que “a vinculação do legislador de direito privado aos direitos fundamentais é imediata e não apenas mediata.” Estes “devem ser aplicados a leis de direito privado como direito imediatamente vigente, de forma imediata, inclusive estas servindo para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais e sua proteção” in **CANARIS**, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 32, 34, 36, 129.

⁵⁶ Jorge Miranda nos ensina que a questão dos refugiados é algo tão atual que não pode deixar de ser rememorado. Para o catedrático “o refugiado é alguém que procura escapar à perseguição ou à ameaça de perseguição política, étnica, religiosa, cultural, a uma calamidade natural ou tecnológica de grandes proporções, a uma crise alimentar sem paralelo, ou a qualquer outra ameaça à sua vida no país ou no lugar

Assim, é de se perceber que a mudança de paradigmas que se mostrou essa forma de se ver os direitos fundamentais do homem. Antes se não existiam direitos, ou muitos poucos (Medieval e Absolutismo), as liberdades negativas, foram surgindo, como forma de abstenção do Estado (Estado Liberal). Depois o que se sobrelevou foi um direito globalizado, onde o Estado em vez de se omitir, deve agora agir de forma comissiva, para garantir os programas encartados em sua didática, através dos direitos sociais (Estado Social).

Esposado, pois, essa interessante colação evolutiva, na qual assim pode se esquematizar:



Trespasada esta análise, importante, agora, é fazer um estudo estruturado dos direitos fundamentais e consequentemente encastrar o direito de liberdade *per si*, dentre essas diversas divisões doutrinárias para os próprios direitos fundamentais, como um todo.

donde vem. Dessa maneira há uma obrigação no que toca ao país aonde chega ou aonde pretende chegar, com garantia de liberdade e segurança e com as prestações de bens sem as quais não sobreviveria.” In **MIRANDA, Jorge. Direito de Asilo e Refugiados na Ordem Jurídica Portuguesa**. Lisboa: Universidade Católica Editora – série argumento, 2016, p. 9.

⁵⁷ Sob esse aspecto atual dos direitos fundamentais, há uma clara interligação entre o que se chama de *direitos das gerações futuras e sustentabilidade*, onde o professor **Jorge Miranda** infere que *ao se olhar para as futuras gerações, este também é o olhar da sustentabilidade, sob diversos aspectos: ambiental; cultural, perante a globalização de estereótipos que ameaçam as identidades locais; financeira dos serviços sociais, perante o envelhecimento das populações e a quebra da natalidade ou o crescimento exponencial em diversos locais do mundo; e ainda a laboral, perante as inovações tecnológicas constantes que ameaçam a estabilidade de empregos* in **MIRANDA, Jorge. Manual de Direito...**, pp. 51-52.

A investigação que se fará no tópico posterior deve ser investigada em um contexto global, imiscuindo, pois, um desses direitos (o de liberdade) no todo (direitos fundamentais por completo) para que se entenda como uma necessita do outro para sua completude e vice-versa.

3. Liberdade e os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais hoje foram elevados ao patamar de normas substanciais constitucionais que ditam os critérios que regem a identidade material do Estado⁵⁸, ou seja, possuem uma natureza constitucional tanto material, quanto formal.

Formal, porque consagrados na Lei Maior de um Estado: a Constituição. Material, porque inerente à própria ideia básica de pessoa, como privilégio que transpõe a base jurídica da vida humana, em seu âmbito hodierno de dignidade da pessoa humana.⁵⁹ São exatamente posicionamentos jurídicos que possam ser oponíveis em face da autoridade pública estatal consagrados em uma Lei Fundamental.

Tal consagração retiraram os direitos fundamentais daquela pecha de serem meras proclamações morais e/ou políticas, se transmutando em realidades jurídicas operativas, colocando-os em um pedestal superior da ordem jurídica, ou seja, no aspecto formal da Constituição, apresentando-se como garantias jurídicas em face do Poder Legislativo, sendo este poder eminentemente proibido de afetar inconstitucionalmente seu conteúdo e conseqüentemente o fazendo vincular diretamente a todos os outros poderes instituídos, incluídos os poderes constituintes derivado reformador e decorrente, tornando parâmetro material de todas as decisões dos órgãos judiciais, administrativos ou executivos.⁶⁰

⁵⁸ **MORAIS**, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em tempo de Crise do Estado Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, T. 2, V.2, p. 451.

⁵⁹ Cf. **MIRANDA**, Jorge. **Manual...**, pp. 10-13.

⁶⁰ **ALEXANDRINO**, José Melo. **Direitos Fundamentais: introdução geral**. Cascais: Príncipia Editora, 2016, p. 23-24 e **MENDES**, Gilmar Ferreira e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. **Curso...**, pp. 162-176. Interessante trazer a ideia que esse pensamento leva a mesma ideia do que a doutrina costuma chamar de “Constituição-quadro” ou “Constituição-moldura” em que “a metáfora da moldura, no campo da teoria constitucional, é usada para designar uma Constituição que apenas sirva de

Esses direitos possuem as características⁶¹ inefáveis de serem fundamentais, visto que, definindo relações qualificadas do homem e do Estado, moldam respostas a necessidades fundamentais e constantes do ser humano, consabidas nas esferas do poder, da autonomia e da existência. Históricos, já que é um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto historicista.

Universais, de todas as pessoas. Permanentes, pois são direitos que não podem deixar de ser, apenas inexistindo com a morte do indivíduo ou por uma decisão legiferante de valor constituinte que o suprima. Pessoais, pois imbricados à pessoa, à sua vida e personalidade, sendo dela inerente. Não patrimoniais, pois inalienáveis, impenhoráveis ou intransmissíveis e indisponíveis, deixando claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito em ela consentir. Nessa perspectiva, por exemplo, seria inalienável o direito a vida, característica que tornariam inadmissíveis atos de disponibilidade patrimonial do indivíduo que o reduzissem à miséria absoluta.

limite para a atividade legislativa. Ela é apenas uma moldura, sem tela, sem preenchimento. À jurisdição constitucional cabe apenas a tarefa de controlar se o legislador age dentro da moldura. Como o legislador age no interior desses limites é uma questão de oportunidade política. Segundo Starck, entender a Constituição como moldura significa sustentar que nem tudo está predefinido pela Constituição e que inúmeras questões substanciais estão sujeitas à simples decisão da maioria parlamentar no processo legislativo ordinário. Definir a 'largura' da moldura, que funcionará como simples limitação ao poder estatal, é a tarefa da interpretação constitucional. Mas essa seria sua única tarefa. Todo o resto é questão de oportunidade política." ou seja, tal teoria aplicada aos direitos fundamentais significa que "a Constituição e os direitos fundamentais não só impõem deveres e vedações, mas também deixam 'espaços abertos', para os quais a Constituição não tem uma resposta e que devem, por conseguinte, ser preenchidos pelo legislador e, subsidiariamente, pelos operadores do direito e pelos particulares nas suas relações entre si." Nesse sentido, Alexy resume que "aquilo que a Constituição deixa em aberto é o que se encontra no interior da moldura e aquilo ela impões ou proíbe constitui a moldura em si." apud **SILVA**, Luis Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: direitos os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 116-118 in **LENZA**, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 90. Ou seja, os direitos fundamentais se apresentam como verdadeiros limites, ou molduras, para o legislador, quiçá para todos os poderes estatais. Ela se transforma em uma verdadeira limitação para as suas atuações, onde o poder de conformação existe no espaço em branco e tudo que ultrapasse daquele espaço vai ao seu encontro como norma fundamental.

⁶¹ Cf. **ALEXANDRINO**, José Melo. **Direitos Fundamentais...**, idem.

E vinculativos, pois impede que os poderes constituídos considerem os direitos fundamentais como meras autolimitações passíveis de serem alterados ou suprimidos ao talante destes.

Por óbvio, tais direitos possuem uma verve claramente subjetiva, como é de sua característica imanente, já que por serem direitos individuais são inerentes ao espaço existencial do cidadão. Mas não podemos ficar em pretensão meramente minimalista: a doutrina hoje é pacífica em inferir que além do aspecto pertencente ao ser, esses direitos vão além, são direitos que se coadunam em uma perspectiva global, mesmo os de liberdade, que são historicamente analisados sobre a conjuntura da pessoa *per sí*, numa moldagem que transcenda a um lado meramente isolado: eles respingam na coletividade, como valores ou fins que esta se propõe a levar a diante, em grande parte através de ações estatais que reforçam a imperatividade dos direitos fundamentais e ampliariam sua influência normativa no ordenamento e no corpo social.⁶²

Esse cariz é tudo aquilo que se propalou anteriormente, significando os direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional, envoltas na essência de um Estado Democrático de Direito, agindo como limitação dos poderes e como guia de suas ações.

As constituições, que resvalam em Democracia, principalmente aquelas dogmáticas e promulgadas, assumem uma sistemática de valores pelos quais esses direitos revelam e positivam. Tal fenômeno faz com que haja uma verdadeira influencia sobre toda a seara jurídica, servindo de norte para a comissão de todos os poderes constituídos. E essa dimensão objetiva produz consequências notáveis.⁶³

Por exemplo, os direitos fundamentais podem legitimar restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e alcance destes em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente importantes.⁶⁴

⁶² **ANDRADE**, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Lisboa: Almedina, 2001, p. 111.

⁶³ Cf. **MENDES**, Gilmar Ferreira e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 190.

⁶⁴ Gilmar Mendes citando Suzana de Toledo Barros aduz o exemplo do efeito limitador das liberdades resultante dessa característica objetiva, como o uso do cinto de segurança em automóveis: “o livre arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante

Há de haver, também, um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões seja de terceiros públicos, particulares, Estados estrangeiros e etc. Tal obrigação, mostra-se interligada, sobretudo, mas não isoladamente, aos direitos à vida, liberdade e integridade física, onde se abarca o direito à saúde, por exemplo. O Poder Estatal deve criar medidas, até de âmbito criminal, que possam proteger efetivamente esses direitos fundamentais. Tais ações, ou providências, podem ser de ordem material, jurídica ou de qualquer outro âmbito, mas que resguardem os bens protegidos. Essa decorrência, apenas ratifica a interferência na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, atribuindo-lhe reforço de efetividade.⁶⁵

A dimensão objetiva travestiu os direitos fundamentais como autênticos espécimes de “mais-valia” jurídica que dota estes com uma ampla carga de juridicidade ao compô-los à produção de efeitos que vão além do significado individual, a ideia não parece se esgotar no direito subjetivo, como se pensava a clássica noção doutrinária dos direitos fundamentais, são valores agora comunitários (que do ponto de vista objetivo da existência da norma na ordem jurídica, sejam aplicáveis potencialmente a uma infinidade de sujeitos)⁶⁶ e estruturais, na medida em que ambas se completam.

E dentre tantas consequências jurídicas ao se analisar essa amplitude objetiva, algumas delas nos fazem mirar ao assunto que ora se põe em questão, pelo qual vai ser analisado mais a frente, pois é a partir desse ponto, que se pode perceber que o Estado não apenas deve se estorvar de violar direitos fundamentais, mas sim, dar-lhes guarita: a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe uma proteção e efetivação total destes.

Digo isso, porque o direito de locomoção (de ir e vir), por exemplo, é direito fundamental do homem. A este direito da personalidade é necessário o reconhecimento de uma liberdade pública, pelo Estado, qual seja: *o habeas*

do valor constitucional da vida ou da integridade física dos indivíduos, cuja proteção é requerida do Estado em cumprimento às suas finalidades.” Da mesma forma, pode-se argumentar, similarmente, a proibição do uso geral de drogas, por exemplo. In op. cit., p. 191.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ **SARLET**, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 144 e **NOVAIS**, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, p. 137.

corpus. Esse remédio é uma obrigação imposta ao Estado para que se garanta e se cumpra o direito de locomoção. O direito de locomoção e o *writ* encaixam-se com perfeição nesse aspecto: um direito fundamental se torna garantia salvaguardada, em razão desta ressalva e proteção do Estado.

Logo, a perspectiva objetiva se fez elevar os direitos fundamentais a um indicador de prevalência sobre as meras questões de Estado, de modo que se tem conferido aos mesmos, uma supremacia de natureza jurídica, formal e além de tudo, vinculativa de todos poderes públicos constituídos,⁶⁷ além de estabelecer que estes possuam um *state of mind* de caráter, eficácia e dimensão especial, que ultrapassa a mera questão de justiciabilidade pelo titular diretamente fundada na Constituição.⁶⁸

Há uma verdadeira eficácia dirigente que estes desencadeiam em relação aos órgãos estatais: contem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização, realização e promoção destes,⁶⁹ através de quaisquer meios a disposição para que se tornem possíveis tais objetivos.

Deve-se ainda propalar o que a doutrina (advindo da dogmática alemã) fez denominar de uma verdadeira força irradiante (*ausstrahlungswirkung*), ou uma espécie de interpretação conforme (os direitos fundamentais), que se desdobra a um dever de proteção por completude, no sentido que se incumbe zelar, ainda de forma preventiva, e não só contra os poderes públicos, em face de agressões vindas de outrem⁷⁰, avalizando-os, assim, na supereficácia desses direitos constitucionais vinculados a uma força maior, com certa capacidade de resistência, variável em intensidade, enquanto direitos que

⁶⁷ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais...**, pp. 17 e 199.

⁶⁸ **NETTO**, Luísa Cristina Pinto e. **Os Direitos Sociais como Limites Materiais à revisão Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, pp. 41-42

⁶⁹ Cf. **SARLET**, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 146.

⁷⁰ **FREITAS**, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 41 e 45; **SARLET**, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 147. Jorge Reis Novais a respeito da tal dimensão objetiva aplicada os direitos sociais lembra o que aqui foi mencionado de que “resultam sempre para os poderes públicos deveres de respeito proteção e promoção”, promoção está que há de ser levada “num e noutro sentido”, ou seja, “no sentido da progressão da protecção, mas também da não diminuição da protecção já alcançada” in **NOVAIS**, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, pp. 46 e 260.

advém de leis conformadoras, aos câmbios normativos que impliquem uma diminuição do grau de realização dos mesmos.⁷¹

A importância da dimensão objetiva aplicada aos direitos fundamentais também é encontrada infalivelmente na questão da referência para a verificação de legalidade do restante do ordenamento legal posto, ou seja, toda norma que se centre na Constituição, podem servir de parâmetro para a fiscalização da constitucionalidade pela Justiça Constitucional (controle de constitucionalidade). Há, sem sombras de dúvidas, eventual inconstitucionalidade por omissão no caso de negligenciamento a necessidade da respectiva promoção, de alguns direitos, precipuamente na falta de *intepositio legislatoris* necessária para lhes conferir a devida concretude e exequibilidade.⁷²

Bem como numa eventual inconstitucionalidade por ação, em caso de atuações das autoridades públicas opostas ao sentido normativo inscritos naqueles preceitos constitucionais, quiçá uma inconstitucionalidade superveniente de eventuais normas anteriores que se oponham ao sentido normativo normativos das positavações sobre direitos fundamentais.

Assim, esses direitos vão agir como um verdadeiro parâmetro para o controle de constitucionalidade de medidas que por um acaso violem-nos, visto que na condição de preceitos que absorvem determinados valores e vereditos essenciais que caracterizam sua essencialidade, avançam em um mero reforço único da juridicidade dos direitos fundamentais.⁷³

Desta forma, os direitos fundamentais, nessa perspectiva objetiva, exercem várias e relevantes funções na sistemática jurídica. Mas não podemos, de igual maneira, excluir também a aduzida dimensão subjetiva, nem isolar as duas por completo, mas de certa forma integra-las a fazer uma releitura interdisciplinar, sem retirar, é claro, a característica precípua da leitura subjetiva destes.

Os valores elencados na Constituição e assumidos pela sociedade definirão a primordialidade dos direitos e, por conseguinte, dos direitos fundamentais, inclusive os de liberdade.

⁷¹ Cf. **ANDRADE**, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 379.

⁷² Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, p. 182.

⁷³ Cf. **SARLET**, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 147 e **NOVAIS**, Jorge Reis. *Ibidem*.

Por outro lado, a ratificação de sua subjetividade assegura, aos seus dependentes, a possibilidade de se procurar, através do Poder Judiciário, por meio da aplicação de vários princípios e metanormas, a implementação não levada a cabo pelos outros poderes. Sem obliterar que a condição de direitos subjetivos autoriza o desenvolvimento de nupérrimos conteúdos, que sem se imiscuir no azo da subjetivação, assumem uma função de alta relevância na construção e idealização de um sistema que seja minimamente eficaz e coerente na sua própria efetivação e aplicação, esse foi o caso da criação dos remédios constitucionais, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança,⁷⁴ mandado de injunção⁷⁵ ou *habeas data*⁷⁶, todos os remédios constitucionais elencados na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Com tais atributos é que podemos sopesar inegavelmente a liberdade como um claro direito fundamental. Porém tal perspectiva pode ir além, já que esse conglobamento pode ser visto por diversos aspectos: como aquele que divide os direitos fundamentais em gerações e colocam a liberdade como de primeira geração. Ou então como aquele que divide os direitos fundamentais em de defesa, prestação e participação, colocando a liberdade como direitos defensivos. Ainda, como a clássica divisão da Constituição Portuguesa, que divide os direitos fundamentais em “direitos liberdades e garantias” e em “direitos econômicos, sociais e culturais”, diferentemente da Constituição Brasileira, como se verá adiante.

Conclui-se, pois, que apesar de todos esses aspectos, tais divisões carregam em seu bojo a mesma ideia nuclear de que os direitos fundamentais são aqueles de agir e outras de exigir. São dois os *status*, em polos (negativos ou positivos) ou em abstenção uma postura ativa ou passiva do Estado, a um

⁷⁴ Art. 5º, LXIX, CF/88: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

⁷⁵ Art. 5º, LXXI, CF/88: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

⁷⁶ Art. 5º, LXXII, CF/88: “conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

facere ou a um *non facere*, tudo a depender da sua metódica liberal ou prestacional (direitos de liberdade e direitos sociais).

Os direitos de liberdade são aqueles de libertação do poder e concomitantemente direitos à salvaguarda do poder contra outros instaurados com o escopo de limitação jurídica, os sociais, são aqueles de libertação da necessidade e igualmente de promoção, aqui sua tradução é simplesmente a organização da solidariedade.⁷⁷

Por isso, é que agora se necessita analisar todas essas facetas dos direitos fundamentais, para conjugar o direito de liberdade em uma análise comparativa de todo esse amplexo, estruturando-o num contexto maior dessa sistemática jurídica. Passemos a esse ponto.

3.1 Aspecto dimensional dos direitos fundamentais

Como se percebeu, uma das características dos direitos fundamentais é serem históricos, já que os mesmos podem ser proclamados sempre em determinado momento, deixando de existir em outras, ou se alterando ao longo do tempo. Possuem, com isso, feição deveras dinâmica. Sobrepuja-se a índole evolutiva dos direitos fundamentais, passando a se falar, com diversos estudos, das mais variadas doutrinas de gerações dos direitos fundamentais.

Houve, similarmente, crítica da doutrina no que tange a esta terminologia, já que havia uma errônea sugestão de que com o aparecimento de uma nova geração de direito fundamental, a anterior viesse a desaparecer ou perder sua força normativa. E não é assim.

Não houve sobreposição de direitos, hierarquia ou qualquer outra coisa do gênero, mas sim uma evocação separatista com ênfase doutrinária, apenas

⁷⁷ Cf. **MIRANDA**, Jorge. Op. cit., pp. 123-124. Jorge Miranda fala ainda que “nos direitos de liberdade, parte-se da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes. Nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de situações de necessidade e de desigualdades de facto - umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (economicos, sociais, geográficos, etc.) e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política”. in **MIRANDA**, Jorge. **Estado Social, crise económica e jurisdição constitucional**. Coimbra: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 55, nºs 1-2, 2014, p. 377.

para melhor se visualizar os direitos em determinada divisão histórica, o que se preferiu, com isso, alterar o vocábulo de gerações para dimensões.

Assim, como forma de abalizar o estudo das liberdades, pelas quais vão ser protegidas pelo instituto principal que se finca este trabalho, o *habeas corpus*, interessante trazer como a doutrina caracteriza os direitos fundamentais a partir de suas dimensões, analisando melhor a envoltura destes em vários tempos no qual passam os institutos jurídicos e sociais.

3.1.1 Primeira dimensão dos direitos fundamentais: as liberdades

Paulo Bonavides⁷⁸ rememora que no século XVIII, o lema revolucionário se insculpiu em três princípios cardeais que englobavam o conteúdo possível dos direitos fundamentais, prevendo, em uma análise de futurologia, a sequência histórica de sua paulatina institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, os direitos fundamentais, passaram na ordem constitucional a manifestar-se em três gerações⁷⁹ sucessivas, onde a universalidade material e concreta passou a ocupar o espaço da universalidade abstrata que estava contida no jusnaturalismo daquela época.

Os direitos de primeira dimensão são as liberdades, a exegese positiva dos sistemas constitucionais, em que estão praticamente em todas as cartas que surgiram nos Estados de Direito.

Traduz-se nos direitos civis e políticos, que correspondem em uma visão histórica a fase precursora do constitucionalismo ocidental. Mas se tais direitos afloram como básicos para o sistema jurídica mundial, em variadas eras apareceram em processos dinâmicos e ascendentes, com recuos, supressões que permitiram fazer olhar a amplitude máxima nos quadros concessivos da efetivação democrática dos poderes. Ou seja, não há uma Constituição digna desse nome que os não os reconheçam em toda sua estrutura; e se assim não o fizer trata de uma Carta distópica e supressora da inerência humana.

⁷⁸ Cf. **BONAVIDES**, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editora, 2017, 32. ed., pp. 577-578.

⁷⁹ Apesar do renomado autor utilizar o vocábulo de “geração”, a posição adotada neste trabalho é melhor refletida no uso da palavra “dimensão”, pelos motivos outrora esposados.

Tais direitos titulam o indivíduo, sendo oponíveis ao poder posto do Estado, como todos os outros direitos fundamentais. Trasladam-se como faculdades ou atributos da pessoa humana e trazem em seu bojo uma subjetividade inerente a sua afinação, concluindo-se que são direitos de verdadeira resistência ou de oposição perante toda a atuação estatal. Esses apanágios valorizam o homem-singular, o ser que possui liberdades desconstruídas (abstratas), o homem inserido em um contexto social altamente mecanicista que compunha a sociedade civil.⁸⁰

Estavam inseridos, por exemplo, na Magna Carta de 1215, Petição de Direitos de 1679 e na Lei do *Habeas Corpus* de 1679, Paz de Westfália (1648), *Bill of Rights* (1688), e mais modernamente, em cartas internacionais de aspecto de *jus cogens* como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, avalizado pela Organização das Nações Unidas em 1966 e incorporado, por exemplo, pelo Congresso do Brasil em 1992.

3.1.2 Segunda dimensão dos direitos fundamentais: direitos sociais

A segunda dimensão dos direitos fundamentais se cristalizou no século XX, como os das Constituições do México (1917), Weimar (1919), Tratado de Versalhes – OIT (1919) e na Constituição do Brasil (1934), são os sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos pelos Estados Sociais de Direito, como as Cartas Marxistas ou de Weimar, da Segunda Grande Guerra, que exsurgiram com o sentimento antiliberal e burguês do antigo regime. São inerentes a isonomia sem a qual não podem se separar, já que imiscuídos em suas estruturas, como fundamentais um ao outro.

Dependem de atuação legiferante, o que o faz passar por sérias crises de baixa normatividade, já que muitas vezes deixam de ser aplicáveis, sob a desculpa de carência ou limitação de meios materiais. Por isso que possuem eficácia diferida, como leciona Jorge Miranda, e estão na esfera programática.⁸¹

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Apesar de parte da doutrina ser relutante no que toca a estes direitos de segunda dimensão, é preciso desconstruir tais objeções, apenas para ratificar a importância

Concluindo que quase todos os sistemas jurídicos denotam a noção que apenas os direitos anteriores eram de aplicabilidade imediata e os direitos sociais tem aplicabilidade mediata, por via legislativa.

Os direitos sociais trouxeram a nova consciência de que tanto quanto resguardar o individuo *per si*, conforme a clássica dos direitos de liberdade, o importante era proteger as instituições, em uma realidade social muito mais pujante e aberta à participação de todos e a valoração não só da chamada solidão individualista, do homem abstrato e insular, agora se fala em garantias institucionais, que são pertinentes a instituições de direito público que

destes direitos perante o corpo social dominante do pós-guerra. Justificados sob um prisma especial, os direitos sociais como fundamentais, se previstos na Constituição de forma incompleta e que demandem uma atuação do legislador infraconstitucional, não deixam de ser fundamentais e ainda menos ausentam de um dever Estatal, muito pelo contrário. As normas programáticas que possuam um caráter fundamental não são ínfimos programas que não necessitam de obrigatoriedade, são imposições legislativas concretas, em que o Estado e todos os órgãos de poder, bem como as entidades públicas estão vinculadas, seja qual for seu trajeito ou forma de atuação, deve toma-las como referencial e fundamento, tendendo a conferir-lhes a máxima eficácia possível, assim como em relação ao conjunto dos preceitos normativos e atos jurídicos-públicos (ou administrativos) os quais devem criar condições capazes de permitir ao corpos sociais de usarem e gozarem efetivamente dos seus direitos em um âmbito de Estado Democrático de Direito, mesmo ainda que exista alguma alegação de incapacidade material e econômica para a execução de tais políticas para aplicação dos mesmos. Essa justificativa não enseja o fundamento necessário para que não haja uma serventia destes a sociedade. Restrições orçamentarias e escassez de recursos não seriam suficientes, de forma absoluta, para afastar a aplicação mínima de direitos sociais, pois o Estado tem de dispor e poder dispor dos correspondentes fundos econômicos objetivamente exigidos para a realização destes direitos. Deve-se levar em conta um *standart* mínimo (ou *minimum core*), prioridades de opções políticas acerca de um equilíbrio de recursos e necessidades para determinar a existência de direitos em cada caso concreto, dado que não são aceitáveis um imperativo de otimização, é claro, com um pressuposto necessário de gradualismo e flexibilidade de realização. In **ANDRADE**, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais...**, p. 153; **MIRANDA**, Jorge. Op. cit., pp. 382-383 e **NOVAIS**, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, pp. 59 e 243. Aliás a professora Katharine Young lembra que este tal de *minimum core* está amplamente interligado além da dignidade da pessoa humana a igualdade e a liberdade: “A value-based core goes further than the “basic needs” inquiry by emphasizing not what is strictly required for life, but rather what it means to be human. There is, of course, a connection between these teleological theories and those related to life, especially the most expansive conceptions of life, which seek to imbue human life with a special meaning and give substance to the right to live as a human being. Nonetheless, I distinguish the value-based core by its more pointed emphasis on human dignity, equality, or freedom. This Section focuses on how human dignity, a value that arguably represents the reigning ideology of both human rights and liberal constitutionalism, substantiates the minimum core.” In **YOUNG**. Katharine G. **The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content**. Connecticut: Yale International Law Journal 33, 2008, p. 133.

“compõem uma parte da administração de assuntos públicos”, conforme diz Carl Schmitt.⁸²

Emerge uma nova conceituação de direitos fundamentais, inovadora tanto quanto as diversas outras dimensões, mas que foi inaugurativa, já que vinculou materialmente a uma liberdade “objetivada”, envolta em vínculos normativos e institucionais, com valores sociais que demandam realização fática, onde o Estado se transmuta em um artífice e um agente de deveras importância para que se concretizem os direitos fundamentais desta segunda dimensão.

Esta concepção de objetividade fez com que a igualdade, quiçá a liberdade, tomasse um nuperrímo aspecto, deixando de ser apenas considerado um mero direito individualista que demanda cuidado igualitário e horizontal, para ir além, conforme demonstra os estudiosos do constitucionalismo alemão, por exemplo, em uma dimensão objetiva de garantir em face de abusos e arbítrios do Poder Estatal.⁸³

3.1.3 Terceira dimensão dos direitos fundamentais: direitos coletivos

Destarte sobrelevados tanto as liberdades quanto o social, dotam-se os direitos fundamentais, que se fortificam no fim do século XX, agora de altíssimos teores de universalidade e humanismo, que recaem não mais apenas sobre um indivíduo, grupo ou determinado ente Estatal, mas sim sobre o gênero aberto humano, em um momento de expressão afirmativo como valor máximo em termos de existência concreta, são direitos transdividuais. A doutrina constitucionalista, como aquela de Karel Vasak, agora infere a análise sobre temas como desenvolvimento, meio ambiente, comunicação e ao patrimônio único de todos os seres humanos, são estes os direitos de terceira dimensão.⁸⁴

⁸² Apud **SCHIMTT**, Carl in **BONAVIDES**, Paulo. Op. cit., p. 581.

⁸³ Ibidem, p. 583.

⁸⁴ Ibidem, pp. 583-584. O direito ao desenvolvimento pode ser traduzido numa pretensão ao trabalho, à saúde, à alimentação adequada, por exemplo. Nesse atual estágio de desenvolvimento frente ao Direito, este se exprime de três formas: “a) o dever de todo estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outro Estado (ou de seus súditos); b) ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza, para a superação das dificuldades

Dessa feita, advém que essa fase dos direitos fundamentais é marcada pela mudança significativa na comunidade internacional, de massa, com crescente desenvolvimento tecnológico e científico, onde se identifica com severas problemáticas, inerentes a estes mesmos direitos, como as questões das necessidades de preservação natural e as imensas dificuldades para a proteção consumerista, por exemplo.⁸⁵

São os direitos, pois, de solidariedade e fraternidade⁸⁶, que para Bobbio se transmutam de “novos direitos”⁸⁷, verdadeiros escudos de proteção em garantir direitos coletivos e difusos.⁸⁸

3.1.4 Quarta dimensão dos direitos fundamentais: globalização dos direitos fundamentais

A doutrina se divide quanto a essa dimensão dos direitos fundamentais. Para Bobbio, trata-se dos avanços da engenharia genética, referentes aos efeitos cada maiores e traumáticos das pesquisas biológicas, onde se permitem manipulações do patrimônio genético de cada um.⁸⁹

Já Bonavides, trata esta fase como uma globalização política na esfera da normatividade jurídica, que corresponderia, assim, a uma derradeira fase de

econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferencias de comercio em favor de países, afim de liquidar *déficits*) e c) uma coordenação sistemática de politica econômica” apud **MBAYA**, Etienne-R. **Menschenrechte im Nord-Sud Verhaeltins in BONAVIDES**, Paulo. Op. cit., p. 584.

⁸⁵ Cf. **LENZA**, Pedro. Op. cit., p. 1158.

⁸⁶ Cf. **TAVARES**, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 471.

⁸⁷ Cf. **BOBBIO**, Norberto. Op. cit., p. 09, nota de rodapé 9.

⁸⁸ Esses direitos vieram a influenciar, indubitavelmente, a legislação infraconstitucional brasileira, como a Lei 8.078/1990, ou Código de Defesa do Consumidor, que assim descreveu os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: “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.”

⁸⁹ *Ibidem*.

institucionalização do Estado Social. São os direitos a democracia (direta), informação e o pluralismo.⁹⁰

Tais direitos fundamentais não apenas culminam a objetividade das duas gerações citadas anteriormente como incorporam a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira dimensão. Por isso que, juntamente com os de segunda e terceira dimensões, estes não se interpretam, mas na verdade, se concretizam. São, assim, o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de toda a humanidade, sendo estes imprescindíveis para legitimar e possibilitar a globalização política.⁹¹

3.1.5 Quinta dimensão dos direitos fundamentais: direito à paz

Recentemente, Bonavides passou a admitir uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, onde se consubstancia o direito à paz, axioma da democracia participativa, ou, indo mais além, um supremo direito da humanidade.

Encartado em diversos documentos internacionais, tais como na “Declaração das Nações Unidas sobre a preparação das sociedades para viver em paz” ou na proclamação da “OPANAL/Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina acerca da paz como direito do homem” e na “Declaração do Direito dos Povos à Paz”, trata-se de “um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais”.

A dignidade jurídica da paz advém do reconhecimento universal e amplo que se lhe deve enquanto pressuposto de qualidade da convivência humana, elemento de conservação da própria espécie, um reino de segurança dos direitos. Essa dignidade se impõe, em termos constitucionais, pela elevação

⁹⁰ Sarlet nos diz que essa proposta do professor Bonavides “comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversas das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações reduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade”. Apud **SARLET**, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 51 in **LENZA**, Pedro. Op. cit., pp. 1158-1159.

⁹¹ Cf. **BONAVIDES**, Paulo. Op. cit., pp. 586-587.

autônoma e paradigmática da paz a direito de quinta geração⁹², em que parte da doutrina acredita ser a última.

Fazendo parte de aspirações humanas de muitas eras anteriores, a paz é o corolário de todas as justificativas que a razão, sob o azo da lei, da norma e da justiça, fundamenta o ato que rege a sociedade, de modo, por exemplo, a punir uma célula terrorista, julgar um ditador que cometeu crimes de lesa humanidade, encarcerar o torturador, manter incólumes as bases do pacto (ou contrato) social, manter, respeitar e fomentar as regras, princípios e cláusulas da comunhão política. Esses fatos exteriorizam a paz perante o direito. Sendo a paz um direito inato ao homem e aos povos, que esteve em um estado latente de natureza no contratualismo social de Rousseau ou que ficou indireto como um dogma na paz vigente de Kant.⁹³

O direito a paz, pois, como de quinta dimensão, é o se dá de forma perpétua, em caráter universal, em uma feição que acresce a solidariedade, em um plano humanizador de todas as etnias, povos e culturas, sistemas e crenças que a dignidade da pessoa humana propugna, luta, concretiza e legitima, é um verdadeiro direito fundamental por excelência. O direito à paz é um supremo direito da humanidade.

3.1.6 Sexta dimensão dos direitos fundamentais: direito à água potável

A nova doutrina já começa a registrar que a desertificação e a falta de água são os problemas que mais vão afetar os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento na próxima década, um quinto da humanidade já não possui acesso a água potável⁹⁴, por isso que os estudiosos do Direito Constitucional Ambiental já colocam o acesso à água potável como fundamental e de sexta dimensão.⁹⁵

⁹² Ibidem, pp. 598-599.

⁹³ Ibidem, p. 606.

⁹⁴ **SANTOS**, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2001, p 24.

⁹⁵ Cf. **ZULMAR**, Fachin e **SILVA**, Deis Marcelino. **Acesso à Água Potável – Direito Fundamental de Sexta Dimensão**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Como se pode perceber, a partir de certa época, não mais apenas se preocupou apenas com as liberdades e o social, agora o coletivo e o humano se sobrepujam, onde os direitos foram elevados a uma condição de todos.

A escassez de água potável no mundo, sua má distribuição, o uso sem cerimônias, a poluição dos mananciais fizeram exsurgir uma grave crise ambiental a comprometer a existência de todos neste planeta. Com isto, essa preocupação fez-se criar um novo direito fundamental, que seja imprescindível a condição humana, o que nos faz analisar que as circunstâncias históricas e sociais geram a necessidade de criação destes *new rights* como resultado do esforço político de um conjunto de grupos com relevância constitucional.

Assente que essa criação de novas dimensões de direitos não quer dizer o enfraquecimento de direitos anteriormente citados ou já avalizados pela história, mas sim o seu robustecimento. Esse direito fundamental a água potável de sexta dimensão significa um acréscimo importante aos já existentes, o que exige uma nova forma de comportamento da sociedade e do Estado em proteger esse bem tão essencial a todos, como a proteção por meio de legislação local e internacional ou políticas públicas vinculadas a efetivação e ajustes dos mesmos.

Assim, o acesso à água potável, passa a receber de todos, o tratamento essencial a permitir, através de proteção as gerações atuais e futuras, a sua preservação. Garantindo com isso uma vida mais saudável e que possa atravessar eras sem o temor de sua extinção.

Desta maneira, com esse aspecto dimensional dos direitos fundamentais, foi importante tal explicitação para cotejar o encaixe dos diversos direitos fundamentais através do tempo, da história e da doutrina. Podendo, com isso, analisar cada um desses direitos e sopesá-los em comparação de um com outros, adentrando na sua evolução que perpassou desde o direito único (como o da liberdade) até os direitos de todos, universais e coletivos, inclusive até sobre um bem natural, como a água potável.

3.2 Aspecto da sistemática dos direitos fundamentais nas Constituições do Brasil e de Portugal

No que tange a sistematização dos direitos fundamentais nas Constituições Portuguesa e Brasileira, é mais que crucial fazê-la, analisando suas particularidades, bem como suas similitudes, pois com isso mostra-se conveniente e oportuno firmar um propósito de direitos fundamentais enquanto organização de direitos numa Constituição considerada em concreto, dentro de um sistema que ocupa um lugar de destaque, concebidos como elementos estruturantes tanto em termos materiais (aquela ideias básicas, extraídas pelo sistema social, que foram objetos de recepção, concretização e incorporação pela Constituição), instrumentais e auxiliares, pelos quais corroboram a unidade e dinamicidade de todo o conjunto normativo Constitucional.⁹⁶

Em ambos os sistemas é capaz de se perceber algumas características semelhantes, quanto a estes direitos: ilustram uma configuração possível do (tipo de) Estado constitucional ocidental, assentados nos elementos infirmadores da democracia representativa, da teoria da separação dos poderes, da “rule of law” e garantia efetiva de pelo menos um núcleo básico de direitos e de colaboração política⁹⁷ sendo por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana como *prima pricipium* básico de parâmetro para a construção de direitos sociais, conferindo equilíbrio e ordem aos sistemas em consonância com a liberdade, igualdade e solidariedade (art. 1º, III, da CF/88 e da CRP/76)^{98 99}; a acepção dos direitos sociais como direitos que não meramente se dirigem objetivamente ao Estado; certa preocupação no que tange a efetividade dos direitos jusfundamentais (Art. 5º, § 1º, da CF/88 e art. 18, 1, da CRP/76)¹⁰⁰; bem como a abertura a direitos que extrapolam a

⁹⁶ **ALEXANDRINO**, José Melo. **A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2006, v. II, pp. 81 e ss. e **ALEXANDRINO**, José Melo. **Direitos Fundamentais...**, pp. 63 e ss.

⁹⁷ Alexandrino apenas cita o caso da Constituição Portuguesa, mas de forma análoga, tal ideia pode ser aplicada ao caso brasileiro in **ALEXANDRINO**, José Melo. **Direitos Fundamentais...**, p. 32.

⁹⁸ Cf. **MIRANDA**, Jorge. **Manual de Direito...**, pp. 239 e ss.

⁹⁹ Constituição Brasileira: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” e Constituição da República de Portugal: “Artigo 1.º República Portuguesa - Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

¹⁰⁰ “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

autoridade da Constituição (ou a conhecida cláusula aberta, Art. 5º, § 2º, da CF/88 e art. 16, 1, da CRP/76).^{101 102}

Destarte os direitos sociais, a Constituição do Brasil os positivou nos artigos sexto ao décimo primeiro, de forma espaçada, o que se infere a impossibilidade de tê-los sob uma ótica estanque a suas previsões constitucionais. Confirme-se isto pelo fato que há direitos que mesmo estando inseridos nesse rol não são considerados direitos sociais (como direitos a prestações fáticas do art. 7º da CF/88)¹⁰³, bem como dos que são sociais e

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” e “Artigo 18.º Força jurídica - 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

¹⁰¹ Cf. **NETTO**, Luísa Cristina Pinto e. Op. cit., pp. 47-48.

¹⁰² “Art. 5º, § 2º, Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” e “Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

¹⁰³ “Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943) XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º) XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

não estão sob o manto desse título; diferente da Constituição Portuguesa, que elencou de forma bem mais organizada o título dos direitos sociais em “Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais” (arts. 58 e ss. da CRP/76).¹⁰⁴

A Constituição Brasileira também não trouxe uma distinção explícita quanto aos direitos de liberdade e os direitos sociais, apesar dessa “bifurcação aberta” dos direitos fundamentais estarem de uma maneira ou de outra em quase todas as Constituições feitas após a primeira grande guerra ou, de igual sorte, na legislação infraconstitucional de quase todos os países.¹⁰⁵

Tome por exemplo o artigo sétimo e seguintes inseridos no capítulo II dos Direitos Sociais, que salvaguarda a respeito de direitos dos trabalhadores, mas que tanto podem elencar direitos de liberdade, como o de greve (Art. 9º da

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.”

¹⁰⁴ Alexandrino também relembra que relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais na CRP/76, “o legislador afastou-se da tradição constitucional, que colocara sempre no universo dos direitos individuais um direito social mínimo, para preferir um catalogo desenvolvido de direitos e deveres economicos, sociais e culturais, embora o reconhecimento desse direito a um mínimo para uma existencia condigna tenha reaparecido no final do século XX, pela via da jurisprudencia do Tribunal Constitucional” in **ALEXANDRINO**, José de Melo. **A Estruturação do Sistema de Direitos...**, pp 108, 567 ss. e 626 ss.

¹⁰⁵ Cf. **MIRANDA**, Jorge. Op. cit., p. 192.

CF/88)¹⁰⁶, ou direitos claramente sociais, como a garantia do salário (Art. 7º, VII, da CF/88); diferente da nação lusa que deixa essa separação às claras (com o título outro dos “Direitos, liberdades e garantias” nos artigos 17 e seguintes).

Sob essa perspectiva de secessão organizada e sistematizada entre direitos sociais e de liberdade é interessante tecer alguns comentários sob a ótica da doutrina portuguesa. Essa divisão certa e pontual na Constituição Portuguesa se torna relevante no que tange aos “Direitos, liberdades e garantias” visto que não se transpõe em um simples esquema classificatório, mas sim um verdadeiro regime jurídico-constitucional especial que se caracteriza materialmente destas espécies de direitos fundamentais.

E não é só isso, essa diferença exata também serve de paradigma material a outros direitos semelhantes dispersos na Carta Magna lusitana, o que se atribui a estes uma força vinculativa e uma densidade aplicativa (ou aplicabilidade direta), no qual aponta a um reforço generalizado normativo destes preceitos se relacionando a outras normas constitucionais, o que inclui normas referentes a outros direitos jusfundamentais.¹⁰⁷

Quanto aos “Direitos e deveres economicos, sociais e culturais”, essa partição constitucional vem a calhar, pois não se trata de uma divisão contraposta aos “Direitos, liberdades e garantias”, mas apenas aos que possuem diferenças a estes, sujeitos a um regime geral de direitos fundamentais, que não se beneficiam do outrora indigitado regime especial dos direitos de liberdade, exceto se não constituírem direitos de natureza semelhantes a estes.

Cabendo lembrar que muitos desses direitos sociais são a “prestações”, com a inclusão de alguns com natureza negativo-defensiva, trazendo esse esforço de sistematiza-los uma maior gama de direitos que os de liberdade, sem excluir a ótica que alguns direitos de caráter sociais sejam configurados como de natureza análoga aos de liberdade, mesmo apesar da divisão.¹⁰⁸

¹⁰⁶ “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.”

¹⁰⁷ Cf. **CANOTILHO**, J. J. Gomes. Op. cit., p. 398.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 403.

Dessa maneira, se conclui que a cisão, como feita na Constituição Portuguesa, pode trazer certos benefícios a esses espécimes: tornando mais fácil analisar sua natureza e características idiossincráticas, simplesmente pelo fato de sua sistematicidade, sem excluir que sua aplicação também se transmuta em ser deveras mais certa no que tange as questões constitucionais pelo qual se precisem utilizar tais direitos, sob o manto a que cada necessidade particular no caso concreto venha a requerer.

Desta forma, trazida a tona a organização dos direitos fundamentais em ambas as Cartas políticas, pode-se demonstrar na próxima análise outro aspecto estruturante dos mesmos, como o da defesa, prestação e participação. Analisemos.

3.3 Aspecto da defesa, da prestação e da participação dos direitos fundamentais

Um esforço de sistematização dos direitos fundamentais em diversas vertentes nos ajuda a desenvolver outras estratégias a respeito das teorias doutrinárias aptas a entender melhor estes direitos que estão positivados nas Cartas Políticas estatais.

Varias são as teorias, como por exemplo, a “teoria dos quatro *status* de Jellinek”¹⁰⁹, os direitos fundamentais como os de fazer ou não fazer, como programáticos ou de liberdades, outrora analisados, e, mais ainda, os direitos fundamentais como defesa, prestação ou participação, agora analisado,

¹⁰⁹ Nos idos do século XIX, Jellinek estruturou a doutrina dos 4 *status* em que o ser pode encontrar-se em face do Estado. Por exemplo, o individuo pode encontrar-se em posição de subordinação aos poderes estatais, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. Este possui a competência para vincular o individuo, por meio de ordens e proibições, este é o *status subjectionis*, ou *status* passivo. O *status* negativo, é a circunstância de o homem ter personalidade que exige esse desfrutar de um espaço de liberdade em face das ingerências dos Poderes Públicos. Ordena-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvincilhado do império estatal, já que como o próprio autor infere, a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres”. Quando o individuo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação, este se vê com a capacidade de pretender que o Estado atue exatamente em seu favor, o seu *status*, é, pois, positivo ou *status civitatis*. E por fim, o último *status*, que este aduz de ativo, o individuo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, quando vota, exercendo seus direitos políticos. São, estes, assim, os *status*, ou a Teoria de Jellinek in **MENDES**, Gilmar Ferreira e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 178.

sobretudo por ser esta classificação ser a que nos relaciona com o próximo tópico do estudo: os direitos de liberdade em espécie.

Os direitos de defesa são aqueles observados por impor ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, de não se intrometer no espaço autodeterminante de cada um, já que estes objetivam a limitação da ação do poder estatal, ou seja, vedam intervenções estatais no âmbito de liberdade, e sob este aspecto, exalam normas de competência negativa para esse poder. Com isso, não se pode estorvar o direito de exercício de liberdade, quer seja no amplexo material, quer juridicamente.

Visam proteger bens jurídicos com ações estatais que os afetem, assim, contra o direito a vida, o Estado não pode assumir comportamentos que interfiram na existência humana, ou na privacidade, como quando o Estado não poder divulgar certos dados íntimos das pessoas. Neste amplexo, o direito de defesa ganha forma de direito à não afetação dos bens protegidos.

Mas não é só isso, a uma vertente da defesa em uma pretensão de que não se extirpem certas posições jurídicas, ou seja, uma garantia ordenada a que o Estado não derogue determinadas normas, ou ainda incluir a faculdade de não fruir da posição prevista nesta mesma norma. Como se explicitou logo no início, por exemplo, o direito de reunião implica igualmente o direito de não se reunir, ou ainda quando a Constituição Brasileira, no que tange ao direito de associação, infere que ninguém pode ser compelido a se associar ou a permanecer associado.¹¹⁰

A afronta a qualquer direito de defesa deve encontrar algum remédio no ordenamento jurídico, com vistas a compelir o Estado de se abster de praticar o ato inquinado e incompatível com estes direitos fundamentais ou ainda, quem sabe, anular o que já se praticou. É o que acontece, por exemplo, com o remédio constitucional fruto deste trabalho, o *habeas corpus*, pelo qual possui a finalidade básica de evitar ou fazer cessar a violência ou a coação ao direito básico e fundamental da liberdade de locomoção que decorre de alguma ilegalidade, abuso ou desvio de poder. Por isso, a importância da análise desse aspecto defensivo quanto a teoria geral dos direitos fundamentais, ela é a base do estudo de toda essa estrutura normativa desse direito em espécie.

¹¹⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 180.

Na nossa atual ordem jurídica estes direitos de defesa estão contidos basicamente no artigo quinto da Carta Política Brasileira. Por exemplo, encaixam-se nessa categoria o de não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelos Poderes Públicos senão em virtude de lei (inciso II), não ser submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (inciso III), a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), a liberdade de crença e de exercício de culto (inciso VI), a liberdade de expressão artística, científica e intelectual (inciso IX), a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (inciso X), o sigilo de comunicações (inciso XII), a liberdade de exercício do trabalho, ofício ou profissão (inciso XIII), a liberdade de locomoção (inciso XV), a liberdade de associação para fins lícitos (inciso XVII), a proibição de penas de caráter perpetuo (inciso XLVII, “b:), dentre diversos outros ali elencados. Se percebendo, pois, que tais direitos se consubstanciam em praticamente todas as liberdades que advém da conduta humana de ser livre.

Já os direitos a prestação exigem que o Estado atue para diminuir desigualdades, ou seja, propiciando moldes para o futuro da sociedade. Eles partem do pressuposto pelo qual o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades, transmutem em direitos de promoção, podendo estabelecer uma “igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política”, se inferindo pela intermediação da autoridade estatal, por isso, que favoreça as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo das liberdades dos direitos anteriores de defesa.¹¹¹ Os direitos a prestação, segundo Gilmar Mendes ¹¹², se subdividem de prestação jurídica e de prestações materiais.

Já em outra vertente, subsistem direitos fundamentais que se esgotam na satisfação pelo Estado de alguma prestação de natureza puramente jurídica, por exemplo, aquelas em que a Constituição define em normas jurídicas plenas ou de normas de organização e de procedimento (quando pune a prática do racismo, no artigo quinto, inciso XLI, tortura e terrorismo, inciso XLIII).

Ou há outros direitos que dependem essencialmente da conformação do legislador infraconstitucional para ganharem plenitude, bem como que se

¹¹¹ *Ibidem*, p. 181.

¹¹² *Ibidem*, pp. 182-188.

condicionam a normas externas que definam seu significado ou modo de exercício. Dentro desse contexto, há direitos que necessitam da criação, por lei, de estruturas organizacionais, para que tenham efetividade. Todo esse quadro trata de normas de direitos a prestação jurídicas, adotando critérios de razoabilidade, entregue ao subjetivismo político e legiferante do Poder Legislativo.

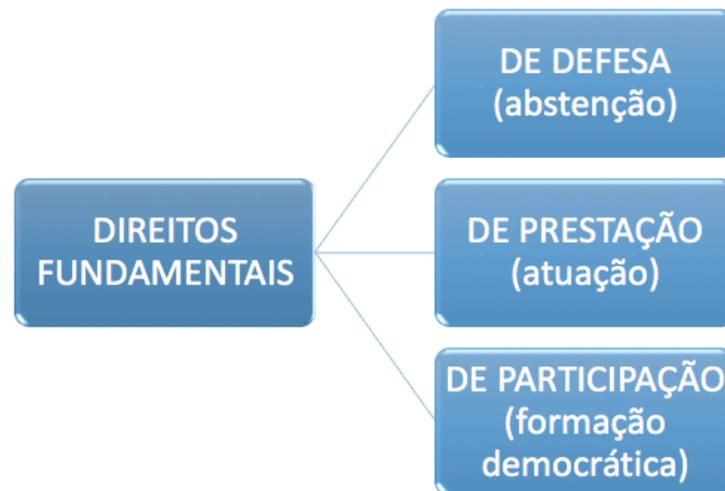
Os clássicos direitos sociais ou direitos sociais a prestação em sentido estrito são os de prestações materiais, propostos com a fidúcia de diminuir desigualdades de fato em todo o contexto social, ensejando que a libertação das necessidades aproveite as liberdades do homem efetivamente por uma maior quantidade de pessoas, essencialmente daqueles que mais necessitam, por isso que consistem numa utilidade concreta, de bens ou serviços.

Alguns desses direitos possuem alta carga densificadora de normação, ou seja, são postas pela Lei maior de modo a se perceber o seu conteúdo com a clareza necessária nos quais se produzam seus efeitos, não necessitando da interposição legiferante externa, mas estes são exceções. A regra é que a maioria desses direitos dependa do legislador para produzir efeitos plenos, mas não só, de todo um planejamento, orçamentos e diversos outros amplexos governamentais.

E por fim, os direitos fundamentais de participação são postos pela doutrina ao lado dos referentes aos direitos de defesa e aos de prestação. Seriam aqueles direitos orientados a garantir a participação popular na formação democrática da nação, ou seja, são os direitos políticos, que estão alocados na Constituição Brasileira nos artigos 14 ao 16.¹¹³

Concluindo que nesse amplexo, os direitos fundamentais podem assim ser esquematizados:

¹¹³ Gilmar Mendes rememora que há uma discrepância doutrinaria quanto a este grupo de direitos fundamentais. Tanto Canotilho, quanto Alexy situam os diversos direitos políticos ou entre os direitos a prestação ou entre os de defesa. Com isso, não cogitam dos direitos de participação como um grupo específico de direitos fundamentais. Mesmo quem adota essa terceira categoria não nega que esses direitos de participação possuem características mistas de direitos de defesa e direitos a prestação in **MENDES**, Gilmar Ferreira e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 189.



Assim, perpassada essa parte propedêutica por excelência dos direitos fundamentais, em um contexto global, pelo qual encartou o direito de liberdade, interessante trazer à tona agora a investigação desse mesmo direito de forma específica e em espécie própria, retirando-o do todo e analisando-o de maneira apartada. Para após adentrar na proteção básica e necessária deste e, assim, chegar, no ponto específico dessa defesa.

3.4 Direitos de liberdade em espécie

O tópico presente examina o catálogo das liberdades em espécies, onde muitos desses direitos estão colacionados nas Constituições promulgadas e democráticas do pós-guerra, influenciados pelo neoconstitucionalismo. A liberdade, ponto de nosso estudo, conjuntamente com a igualdade, torna a base essencial da dignidade da pessoa humana, metaprincípio básico destas Cartas Políticas.

Tais liberdades estão consagradas como parte de uma realização humana de se auto firmar, em que estes são totalmente responsáveis pela sábia escolha dos meios exatos de realizar suas potencialidades. O Estado de Direito Democrático bem como o Liberal, se apegam a meios pelos quais essas liberdades agora aduzidas sejam proclamadas e dotadas de eficiência, inclusive por medidas e ações que assegurem maior igualdade entre toda a

sociedade, não deixando que se tornem meros formalismos postos em uma folha de papel. A efetivação dessas liberdades, pois, satisfaz ao regime democrático, na medida em que é capaz de viabilizar a participação mais profícua de todos que se interessam nas decisões políticas básicas do Estado e no puro bem estar social.¹¹⁴

3.4.1 Liberdade de manifestação do pensamento

Este é um dos direitos fundamentais mais caros e importantes que se pode resguardar no seio de uma comunidade. A Constituição Brasileira foi clara em inferir que é “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” bem como “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Ingo Sarlet¹¹⁵ vem afirmar que o conteúdo desse dispositivo estabelece um espécime de clausula abrangente e geral que está contendo vários outros tipos de direitos, pelos quais asseguram a liberdade de expressão nas suas diversas formas e manifestações, tais como a liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião)¹¹⁶, liberdade de expressão artística¹¹⁷, liberdade de ensino e pesquisa¹¹⁸, liberdade de comunicação e informação (liberdade de “imprensa”)¹¹⁹ e liberdade de expressão religiosa¹²⁰.

A garantia de tal direito fundamental vem a tutelar, de forma geral, ao menos enquanto não houver uma colisão frontal com outros direitos

¹¹⁴ Cf. **MENDES**, Gilmar Ferreira e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 298.

¹¹⁵ **SARLET**, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 452 e 454.

¹¹⁶ CF/88: Art. 220. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

¹¹⁷ CF/88: Art. 215. “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

¹¹⁸ CF/88: Art. 5, IX – “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença e Art. 206. “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.”

¹¹⁹ CF/88: Art. 5, XIV – “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

¹²⁰ CF/88: Art. 5. VI – “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”

fundamentais garantidos, inclusive por estes não possuírem hierarquia uns sobre os outros, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre quaisquer temas ou pessoa, que envolva interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não, até porque “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista”.¹²¹

Tal direito vem a ser sopesado em diversas Cortes Constitucionais pelo mundo, sendo a mais expressiva naquela que tange a problemática do *hate speech* (ou discurso de ódio), onde o *leading case* exsurge da Suprema Corte Americana ao fazer divagações sobre a primeira emenda, no qual ela assegura a liberdade de expressão: *Congresse shall make no law... abridging the freedom of speech, or of the press* (o Congresso não pode elaborar nenhuma lei limitando cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa).

A Suprema Corte no Brasil não adotou um entendimento absoluto e profícuo no qual a garantia de liberdade abrangeria expressamente o *hate speech*, pois para os Julgadores do Egrégio Tribunal a liberdade de expressão não é absoluta, encontrando algumas restrições “voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas”.

Porém, mesmo com essa posição de preferencia da Corte, em julgamento de *habeas corpus*, discutiu-se a pratica ou não de crime de racismo cometido por um escritor e editor de livros por suposta discriminação contra judeus, tendo a ordem do remédio heroico denegada pela corte por um julgamento de 8 pela denegação a 3 pela concessão, o que caracterizou uma verdadeira flexibilização da liberdade de expressão e virada de jurisprudência.¹²²

¹²¹ Cf. **MENDES**, Gilmar Ferreira e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 299.

¹²² Cf. **LENZA**, Pedro. Op. cit., p. 1.186. Ementa do julgado: “HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente

não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao

Em alguns outros casos, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, a respeito do direito fundamental de liberdade em questão já aduziu não ser possível à utilização de denúncia anônima, pura e simples, para instauração de procedimento investigatório, por violar a vedação ao anonimato.

E ainda declarou constitucional a “marcha da maconha”, que se tratava de um evento pelo qual havia manifestação no sentido da descriminalização da droga no país. Por unanimidade (8X0), o Tribunal entendeu legítimo o movimento com base na liberdade de manifestação do pensamento, de reunião, assegurando ainda o direito das minorias, pelo qual Pedro Lenza infere se tratar de uma função contramajoritária da Corte.

Concluindo ainda em outro julgamento similar a Corte Constitucional Brasileira decidiu “excluir qualquer significado que ensejasse a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou da legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado das suas faculdades psicofísicas.”¹²³

3.4.2 Liberdade de consciência, religião, crença e culto

A Carta Cidadã de 1988 assegura a inviolabilidade de consciência e de crença, ratificando a liberdade religiosa e garantindo a proteção aos locais de culto e suas liturgias, incluindo-se a liberdade de organização religiosa (tanto é assim que o cume máximo dessa ideia é quando a Constituição vem a garantir a imunidade de impostos sobre templos de qualquer culto.). Já quando se fala

racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. “Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.”

¹²³ Cf. *Ibidem*, p. 1.189 e Informativo número 648/STF, julgado em 23/11/2011.

em liberdade de consciência ou de pensamento, tem a ver com a faculdade que o indivíduo possui de formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda, o que contem um e outro e vice-versa.

Partindo desse ponto de toque, vários desdobramentos podem ser sopesados. Vemos pela liberdade de consciência a afamada “objeção de consciência”. Se o poder estatal reconhece a inviolabilidade de liberdade de consciência deve aceitar, similarmente, que o indivíduo aja de acordo com suas convicções pessoais, porém existirão casos pelo qual o Estado impõe conduta ao indivíduo que desafia o sistema, posto que as suas convicções estruturaram.

Consistindo, portanto, tal objeção, na recusa de realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente enraizadas em cada qual, de maneira que, se este atendesse ao comando normativo há de surgir grave tormenta moral, ideológica ou psicológica. A objeção de consciência pode ser traduzida, então, na forma máxima onde o estado respeita a intimidade e consciência de cada um, abrindo mão do princípio de que a maioria democrática impõe as normas para todos, em troca de não sacrificar a integridade íntima do indivíduo.¹²⁴

Mas esse direito não é absoluto, como nenhum outro. A Constituição solicita uma compensação da sociedade (ou prestação alternativa pelo uso da escusa de consciência, podendo-se perder direitos políticos caso esta não seja cumprida), aduzindo o artigo 15 ser “vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII” (Art. 5º, VIII: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”).

Já no que tange a liberdade de religião, há clara reverberação social, tem-se, por exemplo, que a prática constitucional no Brasil levou o ensino religioso nas escolas, de matrícula facultativa, constituindo disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (art. 210), ou

¹²⁴ Cf. **MENDES**, Gilmar Ferreira e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., pp. 375/358.

ainda, feriados religiosos, visto a tradição nacional de ser um país católico apostólico romano.¹²⁵

E mais, leva-se a comunidade jurídica não reconhecer o crime de constrangimento ilegal do art. 146, p. 3, I, do Código Penal, na hipótese das testemunhas de Jeová se estiver o médico defronte a uma urgência ou perigo iminente, ou se o paciente for menor impúbere em caso de transfusão de sangue não autorizada por motivação religiosa, pois, não pode o direito de liberdade de crença, em uma clara ponderação de interesses, prevalecer sobre o direito à vida.¹²⁶

Interessante também trata da questão de crucifixos em repartições públicas, ou a expressão “Deus seja louvado” nas cédulas de real, prática amplamente vista no Brasil. Mas como aceitar tal realidade em órgãos públicos e na circulação da moeda, diante da própria regra constitucional que dita ser a nação um país leigo, laico ou não confessional? A única saída é a ideia de lidar como símbolo cultura e não religioso.¹²⁷

3.4.3 De ir, vir e ficar (locomoção *stricto sensu*)

A Carta Política brasileira consagra o direito de ir, vir e ficar, ou simplesmente o direito a locomoção em território nacional nos tempos de paz, autorizando a qualquer pessoa o ingresso, saída e a permanência, inclusive com seus bens privados, nos termos do artigo quinto, inciso XV.

Nessa feita ainda, salvo nos casos expressos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos no bojo legal, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

¹²⁵ Pedro Lenza lembra que quando da vinda do Papa Bento XVI, no ano de 2007, para o Brasil, pretendia-se declarar 11 de maio, dia da canonização de Frei Galvão, feriado religioso. A matéria foi amplamente discutida no Congresso Nacional e, ao fim, a Lei n. 11.532/2007, sem qualquer conotação religiosa, acabou instituindo o dia 11 de maio como o Dia Nacional do Frei Sant’Anna Galvão, passando referida data a constar oficialmente no calendário histórico-cultural brasileiro, mas não se reconhecendo, em razão da laicidade, o feriado religioso. In **LENZA**, Pedro. **Op. cit.**, p. 1.191.

¹²⁶ Cf. **LENZA**, Pedro. **Op. cit.**, p. 1.192.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 1.193 e 1.195.

A restrição a tal direito, porém, poderá ser vislumbrada em caso de guerra, visando à segurança nacional e à integridade do território nacional ou ainda em caso de comoções intestinas, como na vigência do estado de defesa, onde se cria a possibilidade de prisão por crime de Estado prolatada pelo executor da medida (art. 136, p. 3, I, da CF/88), ou ainda, no estado de sítio, nos termos do art. 139, I, podendo ser tomadas em desfavor das pessoas medidas assecuratórias visando a ordená-las a permanecer em localidade determinada ou menos restritivas.

O Ministro da Corte Suprema brasileira, Alexandre de Moraes, rememora, citando Pimenta Bueno, em comentário à Constituição do Império, que o direito a liberdade de locomoção resulta da própria natureza do ser humano, posto que “o homem seja membro de uma nacionalidade, ele não renuncia por isso suas condições de liberdade, nem os meios racionais de satisfazer a suas necessidades ou gozos. Não se obriga ou reduz à vida vegetativa, não tem raízes, nem se prende à terra como escravo do solo. A faculdade de levar consigo seus bens é um respeito devido ao direito de propriedade. “

Raciocínio este confirmado por Canotilho e Moreira já que para estes a “liberdade de deslocação interna e de residência e liberdade de deslocação transfronteiras constituem, em certa medida, simples corolários do direito a liberdade”, e por Paolo Barile que intersecciona este direito com a própria dignidade e personalidade humanas.¹²⁸

Isto posto, é possível aduzir que a liberdade de locomoção pode englobar quatro operações situacionais, quais sejam o direito de acesso e ingresso no território nacional, o direito de saída do território nacional, o direito de permanência no território nacional e o direito de deslocamento dentro do território nacional.

Sendo tais direitos destinados tanto os nacionais quanto os estrangeiros, sejam residentes fixos, ou não. Estando, pois, o direito de locomoção, em nosso ordenamento jurídico, como norma de eficácia contida, ou seja, apesar de ser aplicação imediata, lei ordinária pode vir a regularizar sua amplitude, por meio de requisitos de forma e conteúdo, sem pleitear, é claro, previsões

¹²⁸ **MORAES**, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: editora Atlas, 2006, p. 115.

autoritárias e arbitrárias, podendo, com isso, o poder legiferante estabelecer algumas restrições referentes ao ingresso, saída, de maneira interna ou externa de pessoas bem como da propriedade privada.¹²⁹

Concernindo, pois, estes os direitos de liberdade em espécie, deve-se ponderar, é claro, pela sua proteção, para que se garanta uma justa efetividade e clara fruição do mesmo, de maneira completa e necessária.

3.5 Proteção necessária aos direitos de liberdade

No Superior Tribunal de Justiça, a Corte Cidadã Brasileira, já se concatenou que a liberdade é indisponível no Estado de Direito Democrático, não cabendo a nenhuma autoridade, inclusive do Executivo ou Judiciário, assenhorar-se das prerrogativas do Legislativo, criando novas formas inibidoras ao direito de ir e vir, sem a devida fundamentação e forma prescrita em lei.¹³⁰

Por isso é o que o legislador constitucional originário, em seu poder de criação de norma *ab ovo* ilimitada, inovadora, irrenunciável, através de influencia histórica de diversos institutos jurídicos pré-existentes, destinando a proteger de forma global os direitos fundamentais, inclusive os de liberdade, abarcou no texto constitucional o que a doutrina ditou de remédios constitucionais, nos quais vieram sobrepostos na Carta Política, como meios de garantir aos indivíduos e cidadãos a provocação e intervenção do Poder Judiciário, bem como de autoridades competentes, para que sanem e extirpem ilegalidades, coações ou arbitrariedades pelos quais por acaso venham trazer danos à perfeita e completa fruição de alguns das garantias e princípios constitucionais.

Na seara jurídica brasileira, alguns desses remédios são aduzidos na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional de forma a regular a correta utilização destes.

São eles, por exemplo, o já citado anteriormente, *habeas data* consagrado no afamado artigo quinto, inciso LXXII e na Lei 9.507/97, o

¹²⁹ Idem, p. 166.

¹³⁰ STJ – RHC n. 1.944/SP – Rel. Min. Pedro Aciole, Diário da Justiça, Seção I, 24 ago. 1992, p. 13.001.

mandado de segurança individual ou coletivo, do artigo quinto, inciso LXIX, regulado pela Lei 12.016/2009, o mandado de injunção do mesmo artigo quinto, inciso LXXI e da Lei 13.300/2016.

Também da ação popular, interposto no mesmo artigo, inciso LXXIII e na Lei 4.717/65 garantindo que qualquer cidadão “é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

E ainda do direito de petição do inciso XXXIV, artigo quinto, em que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Mas no que toca especificamente à liberdade, foi o *habeas corpus*, que veio em nossa Constituição como remédio posto para impugnar ou coibir a ilegalidade ou abuso de poder, constando no artigo quinto, inciso LXVIII. Este direito é uma garantia fundamental da liberdade, em todos os seus aspectos, abrangendo diversos direitos humanos, em seu espaço delimitador, como o de inviolabilidade do lar, vida privada, integridade física, vida ou da saúde. A doutrina menciona que esse procedimento poderá ser impetrado por qualquer pessoa a favor do que se alcunha de paciente quando houver claro constrangimento à liberdade de ir, vir e ficar.

Os fundamentos infraconstitucionais no Brasil foram enumerados no Código de Processo Penal, o Decreto-Lei n. 3.689 de 1941, a partir do artigo 648. Porém ressaltando que ante a importância de tal instituto o mesmo não possui uma vinculação taxativa e cerrada a letra fria da lei, ela deve-se vincular a liberdade individual, abarcando casos concretos, de diferentes nuances, motivo pelo qual a previsão jurisprudencial cresceu nos Tribunais, na doutrina científica especializada no assunto com base em *leading cases* que se tornam extremamente interessantes sua apreciação como forma de ampliar a visão sobre tal *writ*, pelo qual diante de sua importância história não se engessou no tempo, muito pelo contrario. Neste trabalho, assim, mostrar-se-á a amplitude do alcance desse remédio heroico, partindo-se dessa premissa.

Nessa seara, é fácil vislumbrar que o uso do *habeas corpus* poderá ser aplicado em algumas situações anômalas, atípicas, excepcionais, quando alguém venha a ser peitado, de forma ilegal ou coagido no seu direito básico de ir e vir.

Mas a linha de pesquisa quer ir além, já que visa trazer ao leitor situações *sui generis*, excepcionalíssimas, que agucem a curiosidade e a capacidade de raciocinar como algumas das garantias constitucionais, alocadas pelo legislador originário, a partir de preceitos antiquíssimos (como o é o *habeas corpus* que adveio no ano de 1215, na *Magna Carta Libertatum*, do Rei João Sem Terra, em que limitou os poderes do Monarca e iniciou o transcurso da produção de diversas Constituições ao longo do tempo), poderão ser utilizadas em situações que fogem do senso comum, do *status quo* dominante e da nossa zona de conforto.

Isto posto, interessa-se trazer para a temática o problema de partida, qual seja: “quando e como se poderia utilizar do remédio heroico constitucional do *habeas corpus*, para garantir o perfeito aproveitamento do direito fundamental básico de liberdade (ir, vir e ficar), seja de maneira repressiva, ou não, em algumas situações insólitas, inauditas e singulares que vão além daquelas encartadas na legislação operante?”.

CAPÍTULO II – ANÁLISE PROPEDÊUTICA: *HABEAS CORPUS*

*“No free man shall be taken, or imprisoned or disseized, or outlawed, or exiled, or any wise destroyed; nor will we go upon him, nor send upon him, but by the lawful judgment of his peers or by the law of the land. To nonw will we deny or delay rights or justice”*¹³¹

4. Linhas Históricas do *Habeas Corpus*

4.1 Das raízes do direito romano

Pode-se afirmar, em suma, que o *habeas corpus*, como instituto, nasceu na Inglaterra, porém com raízes claras no Direito Romano, depois, estendeu-se por toda a parte, em constituições de diversas nações ou em leis de *status* infralegal, como uma inefável aspiração àqueles que lutam pela liberdade individual.¹³²

Quando um homem livre, na Roma antiga, que por qualquer circunstancia, tivesse sido reclamado como escravo poderia utilizar um meio de interdito, que adentrava na classe dos chamados “exibitórios”, para reaver à sua plena faculdade de ir, vir e ficar. Tratavam-se dos institutos do *interdictum de liberis exhibendis* e o *interdictum de homine libero exhibendo*.¹³³

Dizia o pretor Romano, “exibe o homem livre que reténs com dolo mau” (*quem libero dolo malo retines exhibeas*). Exibir, tratava-se de apresentar ao público e dar a possibilidade de ver e de tocar o homem, o que significava,

¹³¹ Capítulo 29 da *Magna Charta libertatum*, Inglaterra em 1215.

¹³² FERREIRA, Pinto. **Teoria e Prática do *Habeas Corpus***. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 3.

¹³³ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do *habeas corpus***. São Paulo: Editora Saraiva, 1979, tomo I, p. 136.

propriamente, ter o fora do segredo. A ausência do homem a ser exibido inclusive, não impedia a propositura do interdito.¹³⁴

Com isso, pode-se vislumbrar o encetamento do remédio heroico no direito romano, que apesar de tratar de um meio utilizado por aquele povo, de certa forma rudimentar, não deixa de ter sua importância, pois, como se disse, foi o percussor para que o *writ* viesse a ser codificado em diversas estruturas legislativas posteriores, inclusive na Magna Carta inglesa, bem como na legislação ordinária de diversos outros povos.

4.2 Habeas Corpus na Inglaterra

4.2.1 Magna Carta (1215-1298)

Mas foi na Inglaterra, em 1215, com a *Magna Charta libertatum*, que se calcaram, através do tempo, as premissas e princípios essenciais do *habeas corpus* e conseqüentemente as demais conquistas do povo bretão para a garantia prática, imediata e utilitária da liberdade física de seus súditos (*no free man shall be taken, or imprisoned or disseized, or outlawed, or exiled, or any wise destroyed; nor will we go upon him, nor send upon him, but by the lawful judgment of his peers or by the law of the land. To nonw will we deny or delay rights or justice.*)¹³⁵

O absolutismo, como se pode vislumbrar em capítulo anterior, possuía característica de não respeitar, de forma completa, as liberdades individuais do homem. Eram comuns os abusos estatais, como o poder de confisco do direito de propriedade através da tributação, ou prisões arbitrárias, sem se levar em conta o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, o que evidenciava que a *longa manus* do Estado, figurado no Monarca, desagradou boa parte da sociedade e estruturas vigente, principalmente da elite, o que fez surgir uma carta de liberdades, na qual assegurasse a esta parte da pirâmide social seus direitos e garantias individuais, a tal Magna Carta.

Tratava de um documento, que cuidava cardealmente dos direitos de personalidade, sendo a pedra inicial de um novo estado de coisas, para a

¹³⁴ Ibidem, pp. 136-137.

¹³⁵ Ibidem, p. 9.

Inglaterra, suas nações-filhas e para o próprio homem. O pacto ratificou as leis anteriores do rei Eduardo, o confessor, e a Constituição dos Saxões; aboliu a jurisdição dos xerifes reais em matéria penal, proibiu a prisão injusta e determinou que as pessoas livres só fossem julgadas por seus pares.

Era, pois, incontestavelmente uma nova era, pela qual se abrira, cheia de regras promissoras e louváveis, sem excluir a prática dos precedentes, como todas as idades novas da história britânica, traduzindo o interesse baronial, da elite, contra o despotismo do rei.¹³⁶

Especificamente tratando desse direito, no documento inglês, o *habeas corpus* era a palavra inicial da formula no mandado que o Tribunal concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. A ordem era do teor seguinte, o que traduz o étimo e finalidade desse remédio jurídico: “toma (literalmente: tome, no subjuntivo, *habeas*, de *habeo*, *habere*, ter, exhibir, tomar, trazer) o corpo deste detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso”.

O fim era evitar, ou remediar, quando impetrado, a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas, não se devendo igualar o preso já condenado, com o que estivesse em custodia cautelar, por isso mesmo, o paciente havia de comparecer a justiça com as mãos e os pés livres (*custodes poenam sibi commisorum non augeant, nec eos torqueant; sed omni saevitia remonta pietateque adhibita, iudicia debit exsequantur*).¹³⁷

Em virtude destes termos, já nenhum homem livre poderia ser preso, nem simplesmente detido, sem que fosse condenado por seus pares, ou pelas leis do país, o que nos remonta claramente aos primórdios do princípio da legalidade. Havendo quatro modos de livrar o cidadão inglês da prisão injusta: pelo *writ* de mão tomada (*mainprize* ou *manu captio*), ou ordem de entregar o acusado a um de seus amigos, ou afeiçoados, que - assegurado o comparecimento dele perante um juiz, à primeira citação - o tomava pela mão, simbolicamente; pelo *writ de odio et atia*, ou breve *de bono et malo*, que supunha estar presa a pessoa e acusada de morte, sendo, desta forma, impossível a caução, pelo qual o xerife sindicava se este era acusado de ódio ou malvadez, cabendo novo *writ* (*tradas in ballivum*), se fosse caso de legítima

¹³⁶ Ibidem, pp. 15 e 22.

¹³⁷ Ibidem, p. 22.

defesa; pelo *writ de homine replegiando* (modernamente *writ of personal replevin*)¹³⁸, pelo qual se soltava o acusado mediante uma caução derivada de *frankpledge*,¹³⁹ com promessa de que o acusado comparecerá, a fim de responder pelo que lhe for imputado (*in the same manner as chattels may be replevied, upon giving security of the sheriff tha the man shall be forthcoming to answer any charge against him*); e por fim, pelo mais utilizado, mais prático e mais expedido, o *writ of habeas corpus*, que era o remédio amplo da liberdade física.¹⁴⁰

O *habeas corpus*, na Magna Carta, possuía algumas subespécies, para tratar de casos específicos, ou até de simples diligência processual, como o *habeas corpus ad respondendum*, pela qual se expedia quando alguma pessoa tem ação a intentar contra outra detida por ordem de um tribunal inferior, e o

¹³⁸ “Replevin is a action or a writ issued to recover an item of personal property wrongfully taken. Replevin, sometimes known as "claim and delivery", is an antiquated legal remedy in which a court requires a defendant to return specific goods to the plaintiff at the beginning of the action. The advantage of a writ (order) of replevin is that it deprives the defendant of the use of the property while the case is awaiting trial, therefore increasing the likelihood of a quick settlement. The plaintiff in a replevin action must have an absolute right to ownership of the property, and not be entitled to merely a temporary possession of it. The property sought must be of a unique and identifiable character. Therefore, a general amount of money cannot be sought under replevin, but a particular purse with identifiable contents therein may be. Almost all states have made replevin an obsolete action, since the states have adopted "one cause of action" for all civil wrongs. Trying all related matters at one time is deemed to be a more efficient and cost-effective method of dispensing justice, rather than having separate hearings and trials on each issue.” In <<https://definitions.uslegal.com/w/writ-of-replevin/>>

¹³⁹ “Frankpledge, system in medieval England under which all but the greatest men and their households were bound together by mutual responsibility to keep the peace. Frankpledge can be traced back to the laws of King Canute II the Great of Denmark and England (d. 1035), who declared that every man, serf or free, must be part of a hundred, a local unit of government, that could put up a surety in money for his good behaviour. By the 13th century, however, it was the unfree and landless men who were so bound. While a freeholder’s land was sufficient pledge, the unfree had to be in frankpledge, generally an association of 12, or in tithing, an association of 10 householders. Frankpledge existed more commonly in the area under the Danelaw, from Essex to Yorkshire, whereas tithing was found in the south and southwest of England. In the area north of Yorkshire, the system does not appear to have been imposed. The system began to decline in the 14th century and was superseded by local constables operating under the justices of the peace in the 15th century.” In <<https://www.britannica.com/topic/frankpledge>>

¹⁴⁰ Ibidem, p. 33, 34, 41, 42. Apesar de toda a ideologia anti-estatal da Magna Carta, interessante notar que o poder do Monarca reverberava em todos estes institutos, já que, por exemplo, em todo o caso, a ordem do *habeas corpus*, era eficiente apenas nas espécies de prisão executada por particulares, não o sendo quando o opressor fosse o príncipe ou o rei, ou, por ele, alguém que o representasse.

seu fim é, nesse caso, transferir o preso de uma prisão para a de outro lugar, de modo que possa ser exercida contra ela, perante Corte Superior, a nova ação, como uma espécie de deslocamento de competência.

O *habeas corpus ad satisfaciendum*, que se dá quando do julgamento, em algum processo, contra algum detido e o querelante deseja que este seja transferido para a corte respectiva, a fim de seguir contra ele a execução de julgamento; o *habeas corpus ad prosequendum*, que se usa quando se tem de remover o preso, para que prossiga no processo, já na jurisdição sob a qual foi cometido o delito, similarmente ao *habeas corpus ad testificandum* e *ad deliberandum* e o *habeas corpus ad faciendum et recipiendum*, que obriga aos juízes inferiores a apresentar o corpo do acusado e a comunicar qual o dia e a causa pela qual foi preso ou detido, chamado também de *habeas corpus cum causa*.¹⁴¹

Mas o profícuo *writ*, a “carta coringa”, utilizado em todos os casos de detenção ilegal, ou demais desrespeitos à liberdade é o *habeas corpus ad subiiciendum*, endereçado a qualquer indivíduo, que possua outro como detento, obrigando àquele a apresentar o corpo do preso e comunicar, no mesmo instante, o dia bem como do motivo da prisão, *as faciendum, subiiciendum et recipiendum*, ou seja, para fazer consentir com submissão e receber tudo o que o juiz ou a Corte de quem emana o remédio resolver e manda sobre a espécie.

O seu foco, portanto, é claro: dar liberdade aos que foram detidos sem a devida justa causa ou com razão insipiente. É ação, remédio sumário expedido pela *Court* do Banco do Rei, não somente durante os tempos de sessão, bem como durante os recessos, em virtude de um *fiat* do *chief-justice* presidente ou de quaisquer outros juízes.

4.2.2 Carlos I e a *Petition of Rights* (1628)

Como se viu, a Magna Carta, que protegia essencialmente os homens livres e da elite, muitas vezes apesar do tom libertário era por deveras vezes despeitada. Após sua existência, houve, à época, diversas dissoluções (quatro

¹⁴¹ Ibidem, p. 42.

vezes, sucessivas) do Parlamento pelo Monarca vigente pós-Carta, Carlos I, aumentos de tributos de forma confiscatória e violações de privilégios libertários do homem pelo Estado, resquício ainda de um absolutismo puro que permeou outros tempos.

Surgiam medidas violentas e os embaraços aumentavam. Os homens comuns, do povo, quando se recusavam a ceder com o sistema vigente, eram levados à força a prestar serviços a Marinha. Os nobres, por vezes, eram constrangidos a comparecer perante o Conselho do rei, de onde eram remetidos arbitrariamente as prisões. Entre os quais, por exemplo, pode-se citar o caso dos cinco fidalgos Hampden, Darnel, Corbet, Heveningham e um outro que solicitaram o *writ do habeas corpus*¹⁴².

Diante desse contexto, atrelado ao fato do Parlamento não aceitar a política externa do Primeiro-Ministro, Duque de Buckingham, o povo, através de seus representantes, procurou tomar medidas enérgicas, com um claro requerimento as autoridades o reconhecimento de direitos e liberdades para os súditos do Rei.

Convocado o parlamento para esse fim, em 1628, é apresentado pelo Sir Edward Coke a Petição de Direitos (*Bill of Rights*) ao Rei, baseando-se em estatutos e cartas anteriores, solicitando afinal: o restabelecimento irrecusável do remédio do *habeas corpus*, em que nenhum súdito pode ser encarcerado sem motivo demonstrado; que ninguém pudesse mais ser constrangido a dar dinheiro, pagar impostos, ou a fazer presentes, sem o consentimento necessário, por lei do Parlamento (*act of Parliament*) e que, em caso de recusa, não se poderia prender, molestar ou afligir quem quer que fosse.¹⁴³

Pode-se vislumbrar um pequeno fortalecimento do instituo por ora analisado. Apesar de não se ter integralmente um puro respeito aos direitos de liberdade, os poderes constituídos, por vezes, tentavam reafirmar a garantia de se ter um remédio contra a abusividade de prisões ou sua clara ilegalidade, seja com o precedente da Magna Carta, seja agora com a Petição de Direitos de 1628.

¹⁴² Ibidem, p. 46.

¹⁴³ Ibidem, p. 51.

4.2.3 *Habeas Corpus Amendment Act (1679)* e a importância do contexto atual da Inglaterra no instituto do *Habeas Corpus*

Mesmo após a *Petition of Rights*, as ordens de *habeas corpus* eram negadas a todo e qualquer momento, e muitas vezes, o que se tornava pior, eram desobedecidas, sem quaisquer justificativas plausíveis. De posse de certos sofismas e conjecturas as ordens de soltura se tornavam ineficazes. A parte que tinha um homem preso podia deixar de obedecer ao primeiro *writ*, e aguardar, sem no qual se apresentasse ao tribunal o corpo do paciente, e expedição de outro remédio e mais outro, pelos quais se davam o nome de *alias* e *pluries*.¹⁴⁴

Tais arbitrariedades não podiam permanecer ao povo inglês, povo este marcado tradicionalmente em suas mentes da faculdade fundamental de ir, vir e ficar, condição essencial para a eloquente luta pela vida e ordem social. Nunca se perdeu, pois, a consciência dos seus direitos, houve sempre reivindicações para com os mesmos. Bastava algum fato mais sobrepujante que tocasse a sociedade, alguma emoção mais forte ou uma violência mais acentuada para empurra-los a alguma direção. É por isso que a história afirma que o caso *Jenkes*¹⁴⁵ foi o pontapé inicial para a criação da famosa lei de

¹⁴⁴ Ibidem, p. 55.

¹⁴⁵ Pontes de Miranda, em sua obra completa a respeito do temo, nos leciona que o caso *Jenkes* foi quem inaugurou a criação da lei em questão. Orador do partido popular, cidadão de Londres, encarcerado em virtude de ordem do rei, depois de pronunciar discurso violento e sedicioso em *Guindhall*, o *Chief of Justice* da *Court of King's Bench*, recusou-se a admitir-lhe a caução, a pretexto de estar preso por ordem de poder superior, embora todos os requisitos o favorecessem a ter tal auspicio **MIRANDA**, Pontes de. Op. cit, p. 58. Church conta mais detalhadamente sobre o caso *Jenkes*: "16. The celebrate *Jenkes Case*. – This man, a linedraper of London, on the popular or factious side, have been committed by the king in council for a so-called seditious and mutinous speech in Guildhall, demanded a copy of the warrant. This was delayed a few days, but finally given, with na excuse by the keeper that 'before there was na order to deny it, now to give it.' This manner of delaying a copy of the warrant, to acquiant the prisoner of the cause of his imprisonment, was subsequently remedied by the *habeas corpus act*, 31 Car. II. *Jenkes'* offense was simply making arrangements whereby a petition might bem ade for a new parliament to remedy the mischiefs and grievances the people were groaning under. *Jenkes*, in his highly dramatic examination begore the king and council, among whom was Lord Shftesburry, above mentioned, made no attempt to deny or extenuate his offense, but in rather a presumptuous and arrogant manner endeavored to justify the same. He applied to Chief Justice Raynsford, of the king's bench, on the twentyOninth of June, 1676, the next day after his commitment, for a *habeas corpus*, but it was refused, on the ground that it was vacation time. On the next day the like application was made, at a general seal, to Lord

habeas corpus, que veio para ratificar o remédio garantidor da liberdade de muitas eras já consagrado pela prática.¹⁴⁶

Na Inglaterra, com o *Habeas Corpus Act* de maio de 1679, foi grande a caminhada que seu deu em prol da liberdade, daí a doutrina e os historiadores a chamarem de “outra Carta Magna”, pelo qual a violação da liberdade física passou a criar o direito ao mandato, como algo palpável (*right to the writ*), podendo ser considerada o marco do instituto como se o vê hoje, elevando a posição de destaque do direito consuetudinário inglês.

A lei histórica em análise possuía o título de “*An Act for better securing the liberty of the subject, and for prevention of imprisonments beyond the sea*”, estatuinto matéria processual e penal, relegando o processamento civil do *writ*, sob os seguintes termos: “que toda pessoa presa, e não detida por um caso de traição ou felonía, especialmente indicada na ordem de prisão, deve receber do *lord chancellor*, ou, à requisição desse de um dos magistrados presentes em Londres, dentre os dozes juizes do reino, ordem de *habeas corpus*, em virtude da qual deve ser a dita pessoa conduzida à presença do magistrado que expediu a ordem, ou perante outro juiz, obrigado a relaxar a prisão se a pessoa puder prestar uma caução, sob o ajuste de se apresentar aos tribunais

Chancellor Nottingham, who ordered the matter to stand over till the next seal, which he put off from the fourth to the sixth of July. The motion being renewed, Lord Coke's authority in his Institutes was pointed out, wherein he calls the court of chancery na *officina justitiae*, that is ever opened and never adjourned. But Lord Nottingham replied that 'Lord Coke was not infallible', and refused to grant the writ because it was the long vacation. Jenkes made other unsuccessful attempts to regain his liberty, and endeavored to get tried at the Westminster quarter sessions, but was told that it was not the usage to calendar prisoners committed by the council. After being in priso for over four months, Michaelmas term Drew nigh. For some unaccountable reason, the approach of term seemed to have a subduing and awe-inspiring effect upon king, council, and judges, and as the writ of habeas corpus could be no longer delayed, the prisoner was bailed *sub silentio*.” In **CHURCH**, William Smithers. **A treatise of the writ of Habeas Corpus: including jurisdiction, false imprisonment, writ of error, extradition, mandamus certiorari, judgments, etc. with practice and forms**. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd, 2002, p. 17. Já Jorge Miranda, brilhantemente nos ensina que o caso *Bushell* também foi precursor no surgimento do *act*. Neste caso havia uma questão de competência já que a *Common Pleas*, que julgava crimes ordinários, analisou seu pedido de *writ* “incidente num processo em que se apurava a responsabilização pela prática de crime comum, tornando-se favorável a aceitação desta jurisdição para a concessão do remédio”, sendo que apenas a *King's Bench*, era que possuía a real competência para analisar os casos de *habeas corpus*. Com esses casos é que adveio a criação da Lei em questão in **MIRANDA**, Jorge. **Textos Históricos do Direito Constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1980, pp. 22-23.

¹⁴⁶ Cf. **MIRANDA**, Pontes de. **História e Prática...**, pp. 56-57.

ordinários; [...]”; “se alguma ordem de prisão for apresentada a um dos doze juízes ou ao *lord chancellor*, e ele recusar um *writ* de *habeas corpus* o magistrado que assim proceder incorre na multa de 500 libras esterlinas em proveito da parte lesada”; “que nenhum habitante da Inglaterra, à exceção dos criminosos condenados que solicitam deportação, pode ser transportado como prisioneiro para Escócia, para a Islandia, ou outros lugares além-mar [...]”; “se o oficial público ou o carcereiro se descuidar de fazer seus relatórios (*returns*) sobre a execução da ordem; se deixar de remeter ao prisioneiro, nas seis horas após o interrogatório, uma copia da ordem de prisão; ou se fizer transportar o preso de uma prisão para outra, sem motivo suficiente, nem autorização, incorre na multa de 100 libras [...] e na perda de seu ofício ou emprego”; “que nenhuma pessoa, uma vez posta em liberdade por ordem de *habeas corpus*, pode ser presa, de novo, pelo mesmo delito, sob pena de multa de 500 libras”; “que o prazo para levar um preso à presença dos juízes do reino é fixado em vinte dias no *maximum*”.¹⁴⁷

O *Habeas Corpus Act* e seus antecessores fazem por a prova a existência, pois, de um direito, ou de direitos consagrados, do que leis que os tenham conferido. Reiteram, mas não as criam; trazem para corroborar a tradição, evitar os sofismas e impedir severas tergiversações, além de ratificar o remédio apropriado à realização momentânea e recorrente de diversos preceitos jurídicos.

Com o passar do tempo e de imposições no campo do direito, bem como da facilitação processual de se utilizar o *writ* de forma mais rápida perante uma Corte ou Tribunal, com diversas gamas de possibilidades em casos concretos, a Inglaterra fez por bem ainda em criar mais um *Act* o de 1816, que apenas aumentou o raio de enfoque do de 1679, atingido outrora situações que os tempos modernos deveriam regular e naquele tempo não havia tanta necessidade, como limitações oriundas do âmbito cível ou da atuação do poder discricionário, e não vinculado, administrativo. Atualmente, em 1960, por exemplo, surge o *Administration of Justice Act*, trazendo algumas

¹⁴⁷ Ibidem, pp. 59-60.

relevantes modificações no *writ*, mas sem retirar a estrutura lógica e tradicional desse importantíssimo instituto.¹⁴⁸

Ainda na história inglesa é possível ver, por exemplo, suspensões do *habeas corpus*, precipuamente em situações intestinas, como em caso de guerra, situações atípicas, tal qual no estado de sitio. Em tais períodos administraram-se prisões, geralmente com argumentos de segurança social, bem como a soberania nacional, não podendo as autoridades judiciais apreciar os pedidos do *writ*. Em caso pratico cite-se a “*forza di ordinazione emanate rispettivamente sulla base del Defence of the Realm Consolidation Act del 1914*” (5 e 6 Geo. V, cap. 8) e “*degli Emergency Powers (Defence) Acts del 1939*” (2 e 3 Geo. VI, cap. 62) e “*del 1940*” (3 e 4 Geo. VI, cap. 20).¹⁴⁹

Com isso, perpassando a história do instituto num contexto de suma importância na história da Inglaterra, se valida à inerência amalgamada com os precedentes consuetudinários, não só em relação ao seu surgimento, mas ao desenvolvimento do que se pode estudar hodiernamente por *Habeas Corpus*.

Mais a frente, nos tópicos seguintes, poderá se analisar ainda a similitude entre o *Habeas Corpus* dos Estados Unidos, em análise, com o bretão. Se por característica imprescindível do povo inglês ou por acaso de coincidência, a liberdade de locomoção, ou de ir, vir e ficar ganhou seu instrumento de força originado no ambiente, sem dúvidas alguma, da *Common Law* e viu-se adotado em outros Estados e nações, como nos Estados Unidos da América e no Brasil, em um contexto que será analisado nesse estudo.

Embora o direito romano já apreciasse, como se viu, o significado do *interdictum de libero homine exhibendo*, tentando proteger a liberdade, aqueloutros tempos, foi nos tempos atuais a sublimação à última potência do significado de ser realmente livre, num contexto filosófico e prático, e do nexos que esse direito, como fundamental, tem com a sociedade.

Pode-se dizer, sem medo de errar, que os ingleses souberam talhar o *writ* do *habeas corpus*.

¹⁴⁸ Cf. RUFFIA, P. B. *Habeas Corpus*. *Enciclopedia Del Diritto*. Milano, v. XIX, Giuffrè, 1970. p. 943 (tradução livre)

¹⁴⁹ *Ibidem*.

4.3 *Habeas Corpus* nos Estados Unidos da América

4.3.1 Constituição Americana de 1789 e seus antecessores legais

Para se dar a ideia do instituto do *habeas corpus* nos Estados Unidos da América, Pontes de Miranda¹⁵⁰, citando Blackstone, rememora que se deve trocar a palavra “rei” pelo “povo” e ter-se-á, aí, toda a filosofia a do procedimento na América do Norte.

Antes mesmo da Constituição Americana de 1789, e suas posteriores emendas, o *Agreement of the People*, de 28 de outubro de 1674, manifesto que se fez divulgar na América, já recebeu como ratificação o *Habeas Corpus Act* de 1679. Por tal instrumento se podia ver que a América já consentia, por si mesma, o seu direito constitucional no que tange a liberdade do homem.

Já em 1776, surge o manifesto de independência lançado pelas colônias, que assim rompiam, pois, qualquer relação política com a Inglaterra, declarando-se que *in the name and by authority of the good people of the Colonies*, estas agora eram unidas, livres e independentes *and of right ought to be*. Inclusive com resoluções de diversas partes do país, como do condado de Worcester, onde se declarava que “todos os homens tem igual direito à vida, liberdade e propriedade: *all men have na equal rigth to life, liberty and property*”. O que traduz, sem sombras de dúvida, o pensamento constitucional e libertário que se desenvolviam por lá.

Com a Constituição, propriamente dita, de 1789, foi instituída, em seu artigo primeiro, da seção nona, o *writ of Habeas Corpus*: “*the privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended unless when, inc ases of rebellion or invasion, the public safety may require it*”, reafirmando, assim, a herança inglesa no que toca à suma importância do direito fundamental do homem, a liberdade e do devido processo legal posto neste mesmo rol de direitos.

Nas famosas emendas constitucionais americanas (*Articles in addition to, and amendment of the Constitution of the United States of America*), artigo quinto, é que lá se diz propriamente que ninguém pode ser privado de sua vida,

¹⁵⁰ Ibidem, p. 83.

liberdade ou propriedade, sem o devido processo de lei: *no person shall be deprived of the life, liberty or property, without due process of law.*

O termo *liberty*, abrangia, assim, todas as liberdades ratificadas pelas várias leis e remédios processuais do sistema jurídico inglês, sendo, pois, inclusivo a liberdade pessoal. Já a quarta emenda, retirou a possibilidade de *general warrants*, ou mandados gerais, que atemorizaram a sociedade inglesa. Ou seja, necessário uma especificação, ou justificação plausível para uma prisão e não meramente uma justificativa aberta: *the rights of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects against unreasonable searches and seizures shall not be violated; and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported, by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the person or things to be seized*".

Pontes de Miranda¹⁵¹ afirma que a Constituição Americana possa não ter regulado como deveria a matéria, sendo que a doutrina pode inferir que esta é deveras lacônica, sobressaindo à falta de posterior exposição, minuciosa, das liberdades e dos direitos. Entendo que a crítica, salvo melhor juízo, não pode prosperar. Explico.

Primeiro, insta rememorar, que a Constituição Inglesa, não escrita, encontra-se em centenas de volumes, cheias de leis e decisões de jurisprudências. A brasileira beira seus mais de duzentos artigos, disposições transitórias e diversas emendas constitucionais aferidas pelo poder constituinte derivado reformador, ao contrário da Americana, acrescida de emendas, pode ser lida em voz alta em vinte e três minutos.¹⁵²

Notemos o seguinte esquema em comparação das Constituições:

¹⁵¹ Ibidem, pp. 96-97.

¹⁵² Ibidem, p. 84.



Apesar de seu suposto “laconismo” a Constituição Americana não precisou e não precisa, de inúmeras reformas ou emendas; seus direitos ali expostos, apesar de não serem inúmeros, são garantidos pela solidificação da democracia e pelo balizamento de sua jurisprudência que é seguida e confirmada pelas diversas outras decisões judiciais, diferente do Brasil, onde a segurança jurídica não impera e decisões contraditória são emitidas pelas diversas Cortes e instâncias judiciais, onde a interpretação da lei e da própria Constituição se dá ao talante do julgador sem ter um norte padrão fixos a serem seguidos.

Segundo, temos que lembrar que conforme inferiu Woodrow Wilson¹⁵³, ou então os próprios constitucionalistas modernos como Peter Haberle¹⁵⁴, a

¹⁵³ Apud **WILSON**, Woodrow. **Le Gouvernement congressionel**, 13. In **MIRANDA**, Pontes de. **História e Prática...**, p. 97.

¹⁵⁴ Quando se fala em Constituição, tem-se logo em mente que esta é um sistema aberto de regras e princípios, visto que se traduz em um sistema dinâmico de normas e com uma estrutura dialógica, ou seja, encontra-se apta através de sua normatividade em captar as constantes mudanças da realidade, estando abertas às concepções variáveis da justiça e verdade. In **CANOTILHO**, J. J. Gomes. Op. cit., p. 1.159. Esse entendimento, pois, nos faz refletir a Constituição como uma incessante procura, pois o texto Constitucional não esta nunca finalizado, de maneira que o trato normativo positivado e a realidade devem perseguir uma completude de modo a que se assevere uma supremacia e força do que a Carta Política emane. Além de poder dar a interpretação constitucional um azo democrático, pois passa a se cercar de diversos operadores o processo hermenêutico, em seu sentido lato, como um

Constituição não é um sistema completo, nem o poderia ser, na verdade o é totalmente aberto: vai além dos enunciados elementares, através de seu dinamismo e elasticidade, comprovada pela facilidade e se fazer adaptar.

Com isso, a Constituição Americana, apesar de não dispor de inúmeros artigos, conceituações ou leis próprias que dispunham a respeito do *habeas corpus* a solidificou em excertos em sua Constituição e posteriores emendas, nas quais jamais poderão deixar de ser rechaçados quando se vislumbre, na praticidade dos casos do dia-a-dia, uma ilegalidade ou o ferimento do ir, vir e ficar.

Como se verá mais a frente à aplicação do *writ* no sistema americano se fez perfeitamente instruído, sendo, juntamente com a história do *habeas corpus* inglês, importante feito para a solidificação do remédio jurídico em diversos sistemas jurídicos mundo afora, como o brasileiro e o português, por exemplo.

4.3.2 Aplicação no sistema americano

O direito inglês se tornou a fonte principal subsidiária do *habeas corpus* na América, tanto é que no regimento interno da Suprema Corte, de 1878, a utilização do direito comum inglês e suas práticas ficou consagrado na terceira regra: “*Rules of the Supreme Court of the United States, 5) This Court considers the practice of the court of king’s bench and of chancery, in England, as affording outlines for the practice of this court*”. Mas no caso, esse Tribunal Maior só está autorizado a expedir a ordem no que toca a sua jurisdição, ou em sede recursal, quando houver plena autorização legal da Constituição ou leis dos Estados Unidos da América.

Podendo, contudo, intervir em casos, por exemplo, quando a pessoa detida por sentença de tribunal de Estado Federal na qual esteja, na matéria,

processo aberto e público como realidade constituída e altamente publicitada, não sendo possível estabelecer-se um elemento fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição, no sentido concretista de interpretação da Constituição aberta de Peter Häberle in **HÄBERLE**, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, pp. 41-42; **BONAVIDES**, Paulo. Op. cit., pp. 509 e ss. e **MIRANDA**, Jorge. Op. cit., p. 318. Ou seja, a Constituição é um sistema inicial, aberto, que dá as diretrizes iniciais do que se vai propalar na legislação infraconstitucional e posterior.

totalmente fora de jurisdição. Ou quando presa por ordem tribunal federal da União. Ou ainda quando presa por tribunal de circuito, em sua jurisdição originária, sem investiga-la, reivindicar o paciente, logo após, à custódia de que saíra, fazendo em grau de apelação, ou pelo *writ* do *habeas corpus* reforçada pelo *writ of certiorari*¹⁵⁵, a fim de modificar a decisão.¹⁵⁶

Similarmente, o *habeas corpus* na terra ianque é o remédio sumario e pleno para atacar o infringimento da liberdade física. É um verdadeiro remédio positivo, contra todas as ações que ratifiquem uma negação do direito de ir, ficar e vir, havendo a expedição do remédio apenas quando haja motivos manifestos para sua aplicação (*United States vs. Lawrence, 4 Cranch. C. C. 518 Ex parte Milligan, Wallace, 3*).¹⁵⁷

Como o direito americano, precursor do controle de constitucionalidade difuso (ou concreto, *inter partes, incidenter tantum*), através do caso *Marbury vs. Madison*, pelo que permite que qualquer juiz ou Tribunal reconhecer a inconstitucionalidade de qualquer ato jurídico, não seria diferente com o *habeas corpus* em albergar também essa possibilidade, já que através do *writ* se pode atestar a constitucionalidade de qualquer lei emanada naquela nação, ou ainda leis locais (*Ex parte Coy, 127, U.S. 731*).

A ordem do remédio heroico pode ser requerida pela pessoa física que sofre o constrangimento, ou por terceiro em proveito desta (*State vs. Philpot*), sendo que qualquer individuo poderá estar sujeita a ela (*in re Keeler, 14 Fed. Cas. n. 7.367, Hempet. 306*). Não se achando, pois, como legítimo paciente as pessoas jurídicas, pelas quais não poderão sofrer restrições patentes em suas liberdades, na qual é inerente, por definição, à existência física¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Tal *writ* se trata de meio adequado para se analisar a conformidade de algum ato administrativo com a lei, se há regular competência para a expedição do ato e se houve uma boa interpretação da lei. Destarte, este instituto, passou a ser usado como meio de afastar decisões administrativas e judiciárias, não somente por infração a norma jurídica, mas também por erro de fato. Por exemplo, em uma causa que trate de avaliação de alguma propriedade para o fito de exação tributária.

¹⁵⁶ Cf. **MIRANDA**, Pontes de. **História e Prática...**, 105-106.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 101.

¹⁵⁸ No Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, que não impõe maiores requisitos, interessante mencionar a questão da imputabilidade penal das pessoas jurídicas, como forma de ampliar o conhecimento. O art. 225 da Constituição foi pioneiro em nosso sistema ao admitir a responsabilização da pessoa jurídica por crimes ambientais. O nosso sistema adota o romano-germânico que tem o velho brocardo, no sentido de que somente pessoas naturais podem delinquir. Mas o Supremo Tribunal

Porém, os agentes, empregados, e etc., esses sim poderão se utilizar do *writ* e resguardar, de forma indireta e extrínseca a corporação, pela qual estarão interligadas, sendo que no caso de a empresa ser a autora da coação ilegal, por ser entidade abstrata, artificial, não oprime fisicamente, quem a faz, por ela ou por si, é o diretor, gerente, representante e etc., sendo este, pois, o que responderá pelo constrangimento ilegal (*Prieto vs. St. Alphonsus Convent of Mercy, 52, La. Ann. 631*)¹⁵⁹

No que toca ao destinatário da ordem a regra geral é que se destine não aos Tribunais, mas sim aos indivíduos (*State vs. First Jurisdiction Dist. Ct., 24*

Federal entende que este artigo possibilitou a responsabilização criminal de pessoas jurídicas por delitos ambientais. Conforme o Artigo 225 da CF/88, (...) “§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” Bem como a legislação infraconstitucional, na Lei 9.605/98, regulamentando o dispositivo constitucional, estabeleceu: “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.” Porém, mesmo diante da responsabilidade penal, o Supremo não admite que pessoa jurídica figure como paciente em ação de *habeas corpus*, já que ele é voltado para tutela da liberdade de locomoção. É adequado o manejo de outros instrumentos, como o mandado de segurança: “1. O *habeas corpus* é via de verdadeiro atalho que só pode ter por alvo -- lógico -- a “liberdade de locomoção” do indivíduo, pessoa física. E o fato é que esse tipo de liberdade espacial ou geográfica é o bem jurídico mais fortemente protegido por uma ação constitucional. Não podia ser diferente, no corpo de uma Constituição que faz a mais avançada democracia coincidir com o mais depurado humanismo. Afinal, *habeas corpus* é, literalmente, ter a posse desse bem personalíssimo que é o próprio corpo. Significa requerer ao Poder Judiciário um salvo-conduto que outra coisa não é senão uma expressa ordem para que o requerente preserve, ou, então, recupere a sua autonomia de vontade para fazer do seu corpo um instrumento de geográficas idas e vindas. Ou de espontânea imobilidade, que já corresponde ao direito de *nem ir nem vir*, mas simplesmente ficar. Autonomia de vontade, enfim, protegida contra “ilegalidade ou abuso de poder” -- parta de quem partir --, e que somente é de cessar por motivo de “flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º da Constituição). 2. Na concreta situação dos autos, a pessoa jurídica da qual o paciente é representante legal se acha processada por delitos ambientais. Pessoa Jurídica que somente poderá ser punida com multa e pena restritiva de direitos. Noutro falar: a liberdade de locomoção do agravante não está, nem mesmo indiretamente, ameaçada ou restringida. 3. Agravo regimental desprovido (STF, HC 88.747, 1ª Turma, de 15.09.2009)”. In **CAVALCANTE**. Márcio André Lopes. **Dizer o direito**. Extraído do sítio: <<http://www.dizerodireito.com.br/>> e **AMADO**, Frederico. **Direito Ambiental**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 599.

¹⁵⁹ Cf. **MIRANDA**, Pontes de. **História e Prática...**, pp. 102-103.

Mont. 539, 63), sendo que diferentemente do que ocorre no sistema jurídico brasileiro, o Presidente da República está excluído da direção do *writ*. A prisão emanada de ordem do Senado ou da Casa dos Representantes, ou seja, do Congresso *per se* pode ser apurada no rito do *habeas corpus*, não possuindo, ainda, o legislador nenhum direito à soltura se a prisão não ferir a lei que trata das imunidades parlamentares.¹⁶⁰

Em alguns casos interessantes do uso do *writ*, o preso extraditado para outro Estado pode requerer a ordem a tribunal ou juiz federal, visto que o processo sobre a extradição esta tratada na Constituição. Também tem se utilizado no caso de fiança pessoal, a fim de que seja ordenada a mesma pelo juízo a que se remete a ordem e ainda por corporação, no caso de infantes abandonados (*Milligan vs. State, 97 Ind. 355 – In re Mineau, 45 Fed. 188*), ou ainda nos casos de prisão por dividas cíveis.¹⁶¹ Não se podendo discutir, por

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 103.

¹⁶¹ No Brasil, a única forma de ser alguém preso civilmente é aquela que trata do devedor de alimentos, já que a que era regulada pela própria Constituição, no caso de depositário infiel foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal como violadora de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, tanto é que foi editada a súmula vinculante n. 25 (É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.): "Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.' Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão 'depositário infiel', e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia

exemplo, em sede de *habeas corpus* a regularidade ou validade processual (*Ableman vs. Booth*, 21 How. 506, 526).¹⁶²

Similarmente como na Inglaterra, é possível ainda haver a suspensão temporária do privilegio do *writ* (e não o próprio *writ per si*), ou seja, “não se suspende o remédio, mas o benefício, a irrecusabilidade, a eficácia obrigatória, que o caracteriza”: *the privilegie may be (suspended); the writ never. The form of the clause is a negation of the power it suspend, except under certains circumstances, wich are mentioned; which is a negative pregnant with affirmation that power to it is only given when those circumstances arise*”.¹⁶³

Não se suspendendo, é claro, o gozo dos direitos individuais e absolutos do individuo, o que se interrompe é, como se disse, o direito ao *writ*, ou seja, o privilégio, não da liberdade física, que é indisponível, mas do remédio

paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal par aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel." (RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009) "Direito Processual. Habeas Corpus. Prisão civil do depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do STF. Concessão da ordem. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido." (HC 95967, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 11.11.2008, DJe de 28.11.2008)". Destarte também cabível a concessão do *habeas corpus* em caso de ilegalidade ou abuso de poder no procedimento do devedor de alimentos, de forma que a prisão poderia se mostrar constrangedora, ordem essa que será dirigida a um Tribunal Cível.

¹⁶² Cf. **MIRANDA**, Pontes de. **História e Prática...**, idem.

¹⁶³ Apud John Randolph Tucker, *The Constitution of The United States, II*, pp. 642 e 652 in **MIRANDA**, Pontes de. **História e Prática...**, p. 109.

jurisdicional efetivo para as restrições que tal liberdade porventura venha a sofrer, ou seja, qualquer suspensão que venha a ser proferida é meramente a capacidade processual atual. Já que gozo de direitos fundamentais não se suspende, como se não pudesse, é claro, suspender a própria Constituição, daí uma regra de ouro clara: a suspensão do *habeas corpus* não autoriza prisões ou opressões.

Com isso, o único efeito da suspensão é habilitar, e não autorizar, o governo, em momentos difíceis e subversivos, pelos quais a ordem posta, bem como a segurança institucional do Estado esteja em perigo, em reter indivíduos (suspeitos) até que sejam submetidos ao julgamento de uma Corte: a lei excepciona a prender e deter, mas não autoriza a julgar e a punir (*but not to try and punish*), prevenção, pois, não punição (*prevention, not punishment, was object of this clause*).¹⁶⁴

Tal suspensão, diante da estrutura federativa do Estado Americano, fica ao talante de cada região o poder de constituir ao seu alvedrio, inclusive no que tange a sua suspensão. Por exemplo, a Carolina do Norte infere que: *every person restrained of his liberty is entitled to a remedy to inquire into the lawfulness thereof, and to remove the same if unlawful*”, similarmente como a de Vermont ou Texas.

Já a de Maryland, Missouri, Texas, Georgia, Alabama, Carolina do Norte e Virgínia Ocidental não admitiram a suspensão. Outras permitiram com limite temporal: Massachusetts, por doze meses ou New Hampshire, por três meses. Algumas dão ao Legislativo essa prerrogativa, como a de Arkansas, Rhode Island, Tennessee, Michigan, Connecticut. Já a da Pensilvânia, reproduzindo a Constituição Federal informa que só poderá haver a suspensão senão em casos de rebelião (*the term rebellion is applied to an insurrection of large extent, and is usually a war between the legitimate government of a country and portion of provinces of the same who seek to throw off their allegiance to it and set up government of their own*) ou invasão que se exige a segurança pública.¹⁶⁵

Com isso, é possível perceber a estruturação do *habeas corpus* no sistema Americano, recebendo sua influência do sistema inglês, porém com as

¹⁶⁴ Cf. **MIRANDA**, Pontes de. **História e Prática...**, pp. 111.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

idiosincrasias pelas quais se adaptaram a seara jurídica democrática ianque, com suas peculiaridades que de alguma forma fortificou o instituto perante aquele próprio sistema e reverberou em outros, tal qual o brasileiro, que poderá ser analisado no próximo tópico.

4.4 Habeas Corpus no Brasil

No século XVI, mais precisamente no ano de 1500, os domínios portugueses adentraram no território dos mares brasileiros, sendo que este marco é o ponto inicial da dominação e a expansão territorialista da nação, na qual marca os contornos políticos da época. Alguns anos depois desse descobrimento, o Brasil, governado pelo “vice-rei”, constituía vastíssima colônia lusa, quando em 1807 Portugal decidiu negar o bloqueio continental armado por Napoleão para ferir interesses britânicos, passando a nação brasileira, em 1808, a receber a Coroa Portuguesa, estabelecendo o Rio de Janeiro como capital do reinado, impulsionando o país e em 1815 transformando-o num Reino Unido de Portugal e Algarve. Porém, esta mesma autonomia conquistada facilitou o futuro movimento de independência, que com a aquiescência de D. Pedro, em 1822, proclamou a separação da então colônia do domínio português.¹⁶⁶

Durante todo esse interstício, entre o descobrimento e a independência, o que se vigorava no país eram as leis e os institutos portugueses, trazidas pelos primeiros portugueses que aqui chegara, naturalmente tendo que respeitar os usos e costume dos locais em tudo o que não fosse contrário lesivo aos interesses da comunidade. Por exemplo, a legislação portuguesa foi codificada no meado do século XV sob a alcunha de “ordenações”, sendo a primeira as Afonsinas, de 1446, depois as Manuelinas, de 1512 e as Filipinas, de 1603, até a criação da primeira Constituição brasileira, a Imperial de 1824¹⁶⁷.

¹⁶⁶ CAETANO, Marcello. **As Garantias Jurisdicionais dos Administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil**. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1964, pp. 2 e 3. (como visto em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27229/26093>>)

¹⁶⁷ Ibidem, pp. 4 e 5.

Durante o vigor de tais ordenações, o que se pode perceber é além do processo de interseção entre Brasil e Portugal para a utilização do instituto do *habeas corpus*, é que apenas vigorava no ordenamento jurídico princípios e o início embrionário do remédio propriamente dito. Existiam nesse período pré-constitucional as cartas de seguro, que vigoravam tanto na colônia quanto no país dominador. Similar ao *habeas corpus*, estas entravam nas “cartas de guia”, nos quais significavam o salvo-conduto ou passaporte, pelo qual eximia alguém da prisão até que se julgasse finalmente a causa, exceto, por exemplo, a título de curiosidade, em casos de crimes militares de soldados, nem em caso de crime de defloramento, de contrabando de tabaco ou de moeda falsa.¹⁶⁸

Antes da vigência real da Constituição Imperial de 1824, com o retorno do Imperador D. João VI a Portugal, o Conde dos Arcos referendou o Decreto de 23 de maio de 1821, no qual inferia sobre a restrição da liberdade, orientadas pelos critérios da judicialidade e do devido processo legal.¹⁶⁹ Mas o

¹⁶⁸ Cf. **MIRANDA**, Pontes de. **História e Prática...**, pp. 117.

¹⁶⁹ “Vendo que nem a Constituição da Monarquia Portuguesa nem as disposições expressas da Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reforma 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, juizes criminaes e magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio e antes de 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 a 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 sobremencionada 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 delinqüente; 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 delinqüente; 3º) que, quando se acharem presos os que assim forem indicados 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, por a 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 [...]. in **MIRANDA**, Pontes de. **História e Prática...**, pp. 115 e 116.

documento considerado realmente como o percussor do *Habeas Corpus* foi a própria Constituição de 25 de março 1824 (apesar de não ter feito menção propriamente dita dele, como outras Constituições o fizeram), ou a Constituição Política do Império do Brasil, Carta esta influenciada por Benjamin Constant e sua teoria do Poder Neutro ou Moderador.¹⁷⁰

A Constituição instituía em seu artigo 179, inciso VIII, o seguinte: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.”. Nota-se que trata de um direito assegurador de liberdade previsto textualmente, mas de forma rudimentar sem, entretanto trazer métodos concretizadores da própria prerrogativa quando violada, na prática dos tribunais.

Em 1832, com o advento do primeiro Código Criminal no Brasil, é que se instrumentou efetivamente o *habeas corpus*. O seu artigo 340 assim dispunha: “Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor.”.

Apesar de ter como fontes nos *Habeas Corpus Acts* ingleses de 1679 e 1816, o mesmo possuía uma feitura mais nacional e restritiva do que estes *acts*, já que, em tese, o escopo se daria excelentemente apenas na seara criminal. Porém, a prática nos mostrava um pano de fundo totalmente diferente. Por exemplo, o Aviso do Ministério da Justiça datado de agosto de 1863 inferia que o constrangimento ilegal do direito de ir, vir e ficar, poderia advir além de ordem emanada judicialmente, também de ordem emanada no âmbito administrativo.

No mesmo interstício ouve a criação da Lei n. 2.033/1871 com duas importantes significativas mudanças no instituto, quais sejam aquelas estruturando o *habeas corpus* tanto de modo preventivo (quando se estivesse

¹⁷⁰ Cf. CAETANO, Marcello. Op.cit., p. 6.

na iminência de se verificar o constrangimento ilegal) quanto repressivo/liberativo (quando o constrangimento já estivesse sido efetivado) e introduzindo o princípio da igualdade no *writ*, já que a produção legislativa citada equiparou os estrangeiros aos nacionais ao se requerer o pedido em Juízo.¹⁷¹

Logo após, com o declínio da monarquia no Brasil o que se vislumbrava era uma total e completa mudança na estrutura social, política e econômica do país, corroborados pelo fim da escravidão, um aumento da industrialização, urbanização, bem como uma diminuição, por consequência, da produção rural, que era a anterior base da economia, o que incentivou a proclamação da República em 1889 estabelecendo o regime de federação ou Primeira República.

Efetivou-se, assim, a outorga da Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 1891, totalmente inspirada na dos Estados Unidos da América, pelos quais se abarcaram as regras do Código de Processo Criminal, quanto ao *habeas corpus*, ou seja, aqui há uma clara elevação de patamar do instituto, já que se efetiva uma constitucionalização desse direito, sobrepondo-o a positivação constitucional, ditando-o em seu artigo 72, § 22: “Dar-se-á habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Apesar do ponto positivo da constitucionalização, à época entrou uma celeuma entre doutrinadores quanto à abrangência e aplicação do remédio, já que para alguns, precipuamente Rui Barbosa, poderia ser concedido o *writ* para qualquer tipo de constrangimento ou ameaça à liberdade, não só a física, mas a de pensamento, por exemplo. Já para outros, como Pedro Lessa, havia a defesa que o remédio deveria ser aplicado apenas aos casos de constrangimento na liberdade física, de ir, vir e ficar.¹⁷²

¹⁷¹ Cf. **MIRANDA**, Pontes de. Op. cit., pp. 143.

¹⁷² Tourinho Filho leciona: “A polêmica foi memorável, pois na liça estavam dois gigantes: Rui Barbosa e Pedro Lessa. O primeiro, interpretando o texto constitucional, não encontrava limites para a concessão do writ e, por isso mesmo, acentuava: ‘onde se der a violência, onde o indivíduo sofrer ou correr risco próximo de sofrer coação, se essa coação for ilegal, se essa coação produzir-se por excesso de autoridade, por arbítrio dos que a representam, o habeas corpus é irrecusável’” in **TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.4. p. 498.

Com a Emenda Constitucional de 1926, influenciado pela questão jurídica citada, modificou-se também o *habeas corpus* para restringir sua aplicação apenas aos casos de constrangimento da liberdade física, com um enunciado similar ao da Constituição presente: “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. Não cabe, porém, em relação a punições disciplinares militares (art. 142, § 2º).”

Com a criação da Constituição de 1934, inspirada na de Weimar (1919), houve um foco nas áreas econômico-social, e no que tange ao *habeas corpus* incorporou-o no artigo 113, 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*.”

No ano de 1937, deu-se o primeiro golpe de Estado do Brasil. O então Chefe do Executivo transgrediu a Constituição até então vinda, estatuidando através de uma ruptura revolucionária (outorga) a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1927, instalando-se, como se viu e virá em diversos outros países da América Central e Sul (Latina), mais um Estado autoritário, diminuindo direitos, aumentando a concentração dos poderes em apenas um Poder e desrespeitando a conjuntura legal.

O *writ*, embora despropício e desfavorável a sua plena usabilidade na época, constava do artigo 122, 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.”¹⁷³

Nos idos de 1946, retomou-se uma democracia transitória onde surgiu outra Constituição, através de uma Assembleia Nacional Constituinte (promulgação) naquele ano com o término da Segunda Guerra e a derrocada dos regimes totalitários, com o poder sendo exercido por representantes do

¹⁷³ Em tese, o *habeas corpus* a partir de 1942 foi suspenso pelo Decreto 10.358 de 1942 que declarava o estado de guerra em todo o território nacional, devido a Segunda Grande Guerra Mundial. O que viria a ser revogado, apenas em 1991 pelo Decreto n. 11.

povo e por prazo certo e razoável.¹⁷⁴ O *habeas corpus* encontrava-se regulado no artigo 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*”), similarmente as Cartas anteriores.

No mês de março de 1964, depois de conturbada tensão política, os militares interviram nos comandos do país, por meios de atos institucionais e por sucessivas emendas a Constituição de 1946. Em 1967 o Congresso aprovou mais uma nova Constituição, criada sem mais vasta liberdade de deliberação, ou seja, sob os arroubos da pressão ditatorial. Tal Carta previa o *habeas corpus* no artigo 150, § 20 (“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*”).

Destarte as várias conturbações políticas e sociais da época, jogou o Brasil a viver em uma vala de arbítrios extremos. Os atos institucionais deformaram a Constituição então vigente e para a uniformização dessa legislação infraconstitucional com a própria constitucional foi imposta uma Emenda Constitucional, a de número 1/69, descaracterizando a Carta de 1967, e vendo alguns constitucionalistas como a criação de uma nova Constituição através de uma emenda constitucional, pelo qual o *Habeas Corpus* teve acolhimento no artigo 153, § 20 (“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*”).¹⁷⁵

Na data de 1985, foi promulgada uma nova emenda até então a Constituição vigente selando o regime militar, convocando uma Assembleia Nacional Constituinte “livre e soberana”. A Constituição promulgada em 1988, ou Carta Cidadã, restaurou uma nova esperança na sociedade que viveu momentos de tensão entre regimes ditatoriais, autoritários e militares anteriormente. Trouxe diversos direitos individuais em seu bojo, proclamando

¹⁷⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 113.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 114.

uma série de direitos sociais, conclamando uma constituição prementemente analítica (com 250 artigos) e programática.

O *Habeas Corpus* veio inserido no artigo quinto, inciso 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”), além de ser regulado pelo Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.869 de 1941) em seu capítulo X, nos artigos 647 a 667.

A sistemática do *habeas corpus* no Brasil, como se notou pela sua evolução teórica e histórica, é deveras interessante. Primeiro, foi a influencia portuguesa, depois, a influencia dos *acts* ingleses, tendo o instituto tomado forma em quase todas as Constituições instituídas, desde a monárquica, quando não se o tinha expressamente falando, até a democrática, quando realmente se fincou como direito fundamental de expressão máxima asseguradora da liberdade física e quiçá moral.

O *writ* tornou-se em alguns lapsos históricos, uma verdadeira “letra morta”, o que era de se esperar com regimes autoritários e ditatoriais que conduziram a política no país. Porém, resta claro e evidente o ponto a favor, como se disse, de constar em praticamente todas as Cartas que acompanharam o evoluir desta nação.

Com isso, é de se concluir que surge com a teoria do *habeas corpus* no sistema brasileiro, uma verdadeira teoria da liberdade que se converge totalmente com os ditames ingleses e americanos do tal remédio constitucional, conforme se explanou anteriormente. Embora, na prática pudesse ter picos de euforia e suspensão, seu uso variou conforme o *establishment* político o paulatino crescimento temporal da história brasileira, o que torna um caso profícuo a ser analisado pelos estudiosos do direito quanto ao instituto ao longo da história.

5. Conceito, natureza jurídica e processamento do *habeas corpus*

Como se viu exaustivamente o *writ* do *habeas corpus*, remédio heroico, remédio constitucional é uma típica ação de conhecimento constitucional,

voltado a resguardar qualquer ilegalidade ou abuso de poder no que tange à liberdade física de ir, vir e ficar, seja tanto na esfera penal, quanto na cível.

Está regulada constitucionalmente na Constituição Federal de 1988 no artigo quinto, LXVIII e infraconstitucionalmente no Capítulo X do Título II do Livro III do Código de Processo Penal Brasileiro. O Brasil se utiliza da teoria restritiva quanto ao instituto, já que nas palavras da Suprema Corte: não se admite o habeas corpus quando se pretende discutir questões alheias à privação da liberdade de locomoção. Precedentes. (RHC 120571/RJ, Primeira Turma, rel. Dias Toffoli, 11.03.2014).

Há quem veja o *habeas corpus* como ação (maioria esmagadora da doutrina): o próprio Pontes de Miranda¹⁷⁶, José Frederico Marques, Gustavo Badaró, Diomar Ackel Filho, Vicente Sabino Jr., Cesar Antonio da Silva, Paulo Lúcio Nogueira, dentre tantos outros.¹⁷⁷

Há quem entenda como recurso (especial, extraordinário ou ordinário) e não como ação, mesmo estando explicitamente assim contido no sentido constitucional: Galdino Siqueira, Tavares Bastos e Lafayette.¹⁷⁸

Há quem veja como ação *sui generis* ou “de forma mutilada”, já que imiscui o *habeas corpus* tanto de princípios reverberadores do direito de petição, quanto aos pressupostos, e os de ação, quanto aos demais sendo, pois, de uma sistemática mista, incompatível com ser simples recurso, embora

¹⁷⁶ Palavras do Mestre: “O pedido do *‘habeas corpus’* é pedido de prestação jurisdicional em ação, cuja classificação mostraremos mais tarde. A ação é predominantemente mandamental. Nasceu assim o instituto. Os dados históricos no-lo proverão. Não se diga (a economia seria imperdoável) que se trata de *recurso*. A pretensão não é recursal. Nem o foi, nem o é. É ação contra quem violou ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir. Talvez contra a autoridade judiciária. Talvez contra o tribunal”. É de se posicionar, sem sombra de dúvidas, com esse entendimento. É claro na própria lei maior, tratar-se de ação e jamais de recurso. Se fosse recurso assim seria considerado desde os primórdios como sucedâneo de decisão de instância inferior, não é e nem nunca o foi.” in **MIRANDA**, Pontes de. **História e Prática...**

¹⁷⁷ **NUCCI**, Guilherme de Sousa. **Habeas Corpus**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 25.

¹⁷⁸ Galdino Siqueira diz: “efetivamente, longe de ser um recurso extraordinário, como erroneamente se aprove qualifica-lo, é antes um recurso ordinário e, pelo seu processado, um recurso especial. Não é um recurso extraordinário, porquanto é interposto, processado e decidido entre agentes e por agente do Poder Judiciário. O *habeas corpus* é um recurso especial pelo seu modo de sua impetração e pela sua marcha processual”. Apud **FERREIRA**, Pinto. Op. cit., p. 11.

possa assumir essa feição, como meio de impugnação de provimento, sistema ilegal ou despacho, esse é o entendimento de Sadi de Gusmão.¹⁷⁹

O Código de Processo Penal inclui o *habeas corpus* no título dos “recursos em geral”, o que parece ser uma grande teratologia, tanto é assim que já foi promovido pela doutrina diversos pedidos de mudança quanto a esse questionamento. Por isso que Pinto Ferreira entende também ser possível tanto o *habeas corpus* assumir a feição primordial de ação, quanto de recurso, já que segundo o autor, o mandamento pode ser utilizado contra decisões do juiz de primeira instância, nas quais passe a serem revistas pelos tribunais ou pela superior instancia.¹⁸⁰

A natureza jurídica do *habeas corpus* é de ser célere, distinguindo-se inclusive de outras meios acauteladores da liberdade e de direitos individuais, o que viabiliza, pois, em similar aos primórdios históricos do remédio, como se viu anteriormente, a apresentação imediata da pessoa pela qual se priva o direito de ir, vir e ficar diante da ordem emanada pelo coator, pela qual, sem qualquer firulas ou formalismo, de forma inclusive oral, “*tête-à-tête*”, possa expor sua situação atual, devendo o juiz, pois, a partir desses atos, decidir imediatamente sobre a *quaestio* ali apreciada.

5.1 Processamento do remédio heroico constitucional

Diante da impetração judicial do *habeas corpus*, caso não seja aceita de ofício pela autoridade judiciária, como se verá mais a frente, recebida à peça vestibular inicial, estando o Impetrante detido ou preso, o juiz poderá determinar que fosse este prontamente apresentado, no dia e local em que

¹⁷⁹ Idem pp. 11 e 12.

¹⁸⁰ Ibidem p. 12. Esse entendimento não é adotado por esta linha de pesquisa, já que conforma se viu na nota de rodapé “46”, mesmo que seja sucedâneo de impugnação de decisão de juiz *a quo*, o *habeas corpus* não perde sua característica de ação, já que ainda podem existir outros recursos a serem utilizados por uma decisão que não se coadune com o entendimento de justiça do recorrente. Aliás, note-se que sequer há prazo para ser impetrado o *habeas corpus*, se assim o fosse seria propriamente um recurso, podendo ser inclusive usado contra decisão já passada em julgado, coisa que o recurso não pode fazer. Nucci, corroborando ainda o entendimento adotado, lembra que a autoridade coatora poderia ser um Delegado de Polícia, por exemplo, bem como um particular, num internamento compulsório confirmada por um médico, que são pessoas distintas de qualquer poder de um *decisum* judicial, contra qual não poderia caber algum recurso. In **NUCCI**, Guilherme de Sousa. Op. cit., p. 22.

designar, exceto no caso de grave enfermidade ou de não estar sob a guarda do dito coator (Código de Processo Penal, art. 657, *caput*). Essa falta de apresentação, também se dará logicamente no *habeas corpus* dito preventivo, já que o ato pode estar na iminência de acontecer.

Aliás, insta salientar que o juiz poderá se deslocar até o local onde o impetrante esteja, se por acaso o mesmo tiver acometido de grave doença, por exemplo, ou for portador de alguma deficiência grave que lhe inflija essa impossibilidade.

Logo após o tramite da apresentação, ao juiz é facultado determinar alguma outra sindicância, diante do seu poder geral de cautela e ouvira o paciente decidindo no prazo e vinte e quatro horas.

É praxe, quando recebia a petição, este requisitar informações da suposta autoridade coatora ou do particular, dentro do prazo que entender necessário, pelo qual logo após haverá decisão. Mas importante lembrar que as informações não são obrigatórias, já que poderá decidir de ofício, conforme se verá em tópico seguinte.

Ao *parquet* não é dado o poder de manifestação no procedimento de *habeas corpus*, quando impetrado diante juiz de direito de primeira instância, somente quando houver a impetração em instancia superior, como Tribunais ou Cortes Superiores.¹⁸¹

Do deferimento do pedido, conseqüentemente o paciente deverá ser imediatamente posto em liberdade, salvo se por outro motivo estiver que ser mantido na prisão, como outro mandado de prisão em aberto (Código de Processo Penal, artigo 660, p. 1). Caso seja preventivo, haverá a expedição de salvo-conduto, detalhado na análise seguinte.

Se for solicitado o *writ* para anulação processual, este será renovado a partir do momento em que se verificou a nulidade (Código de Processo Penal, artigo 652). Quando for pedido o trancamento de procedimento em sede de inquérito policial ou ação penal, esta transtornará o seu processo natural.

A decisão poderá ser arrastada a outros interessados que se encontrem em situação similar ao do impetrante, mesmo que este não faça parte do

¹⁸¹ CAPEZ. Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 768.

procedimento como polo ativo (Código de Processo Penal, artigo 580, de forma análoga).

5.2 Espécies de *habeas corpus*

Se como foi relatado anteriormente se mostrava utilizável, em tempos outrem, diversas espécies de *habeas corpus* como o *ad respondendum*¹⁸², *ad satisfaciendum*¹⁸³, *ad prosequendum*¹⁸⁴, *ad testificandum*¹⁸⁵, *ad faciendum et recipiendum*¹⁸⁶ e *ad subjiciendum*¹⁸⁷, atualmente existe basicamente duas espécies do instituto: o liberatório ou preventivo.

O liberatório¹⁸⁸ é a forma mais usual do *writ* e acontece quando o ato coator ou constrangimento já se encontra produzido e surgindo seus efeitos negativos, ou seja, é ato consumado. Pode exsurgir em relação a qualquer espécie de coação realizada, buscando trazer o *stato quo ante* do coagido, assim, a sua plena condição de liberdade anterior. Quando acontece nesses moldes, o que se busca é o alvará de soltura ou ofício, contendo uma ordem produzida pela autoridade competente para que cesse o constrangimento de forma imediata, como um trancamento de uma investigação iniciada por denúncia puramente anônima, por exemplo.¹⁸⁹

¹⁸² Expede a ordem quando alguém se encontrar presa por ordem de Tribunal *a quo*, com o fito de leva-la para o local do Tribunal *ad quem*, na qual deverá ser ajuizada a competente ação.

¹⁸³ Revela-se usado para garantir a transferência de um detido, pelo qual seja submetido a um julgamento por determinada corte, para que se garanta a execução do julgado por juízo outrem.

¹⁸⁴ É usável no caso de remoção de preso para local da competência do juízo onde foi cometido o delito, para leva-lo a julgamento.

¹⁸⁵ No caso, leva-se a pessoa para ser ouvida como testemunha, ela esta custodiada.

¹⁸⁶ Ordena os juízes inferiores a apresentar o detido, informando quando ocorreu a detenção além de sua motivação.

¹⁸⁷ Destina-se a quem detenham terceiro, obrigando este a apresentar o coagido a juiz, comunicando quando, hora além da justificativa da prisão, devendo se observar qualquer ilegalidade, ser este levado imediatamente a liberdade.

¹⁸⁸ Cf. **NUCCI**, Guilherme de Sousa. Op. cit., p. 26.

¹⁸⁹ “HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. DEFLAGRAÇÃO A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. VEDAÇÃO DO ANONIMATO. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. - Habeas Corpus cujo objeto é o trancamento do inquérito policial nº 320/02 (2002.51.02.003278-5), deflagrado a partir de denúncia anônima, com o escopo de investigar o ora paciente, Procurador-chefe do Instituto Nacional do Seguro Social em Niterói, por suposto envolvimento no rateio de honorários advocatícios com procuradores credenciados da Procuradoria de Duque de Caxias, e pela contratação de parentes, incorrendo, assim, nas sanções dos

O preventivo¹⁹⁰, de feição mais rara e menos usual, refere-se a uma ordem de cautela, visando que um ato *pro futuro* não ocorra. O que se pretende nesse caso é um salvo-conduto, que trata de uma ordem judicial, para que a pessoa não venha a sofrer qualquer constrangimento ilegal em sua liberdade de ir, vir e ficar. Por exemplo, a Suprema Corte Brasileira, já concedeu *habeas corpus* preventivo a prostitutas, ameaçadas de prisão pela autoridade policial apenas por estar no ato natural de sua profissão, o *trottoir* nas ruas. O salvo-conduto se deu para garantir sua liberdade de ir e vir, e que não fossem detidas exceto em atos criminoso ou em flagrante delito.¹⁹¹

artigos 288, 316 e 317, do Código Penal. - Noticia a ação de Habeas Corpus que o ora paciente, Procurador-chefe do Instituto Nacional do Seguro Social de Niterói, estaria sendo vítima de constrangimento ilegal, decorrente da instauração de inquérito policial deflagrado a partir de uma carta anônima, cujo relato atribui ao mesmo a prática de irregularidades no exercício de suas funções. - Com efeito, a deflagração de investigação criminal a partir de denúncia anônima não há que prevalecer. - A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, IV, é taxativa ao negar o anonimato. A denúncia anônima não pode, evidentemente, servir de base para qualquer condenação, questão pacífica, como não pode, da mesma forma, servir de base sequer para o deferimento de medidas que importem em restrição de direito individual. - Tais expedientes não têm validade, pois primeiro dever-se-ia averiguar da veracidade dessa informação, isto é, deve-se proceder a uma diligência prévia que verifique a procedência da notícia, e se houver indícios de que é procedente, aí sim, eventualmente pode-se iniciar a persecução criminal. Entretanto, não se verificou nenhuma precaução nesse sentido. - É muito temerário submeter o cidadão a um degradante processo de investigação criminal, sem que haja qualquer comprovação de fatos, meramente em decorrência de informações advindas não se sabe nem de quem, nem de onde, para ao final, em não raras hipóteses, constatar a falta de veracidade das alegações. - Ademais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, erigiu-se à categoria de direito fundamental o princípio da não culpabilidade, artigo 5º, LVII, descabendo qualquer tentativa de violação seus ditames. - Diante de tais assertivas, resta indubioso que ambos os procedimentos apresentam-se eivados da irregularidade, posto que afrontam disciplina constitucional. - Ordem concedida, para determinar o trancamento do inquérito policial nº 320/2002, tombado sob o nº 2002.51.02.003278-5, em trâmite no Juízo Federal da 2ª de Niterói. - Ordem concedida, de ofício, para determinar o trancamento do inquérito policial nº 1156/2001 processo nº 2002.51.02.000456- 0, em curso no Juízo Federal da 1ª Vara de Niterói.”

¹⁹⁰ Cf. **NUCCI**, Guilherme de Sousa. Op. cit., p. 27.

¹⁹¹ "HABEAS CORPUS" PREVENTIVO. "TROTTOIR". PROSTITUTAS AMEACADAS DE PRISÃO PELA POLICIA PAULISTA. FATO NOTORIO. RECURSO PROVIDO, PARA DEFERIR SALVO-CONDUTO, A FIM DE QUE AS PACIENTES NÃO SEJAM PRESAS FORA DAS HIPÓTESES E NA FORMA PREVISTA NO ART. 153, PARÁGRAFO 12, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (STF - RHC: 58974 SP, Relator: SOARES MUNOZ, Data de Julgamento: 29/09/1981, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 06-11-1981 PP-11110 EMENT VOL-01233-01 PP-00156 RTJ VOL-00100-03 PP-00581)”

Nucci¹⁹² nos lembra que não se deve conspurcar o direito, garantido através de norma Constitucional, quando se verificar a ameaça à violência ou coação em relação ao direito de locomoção, hoje podendo ser vislumbrada em diversos e amplos aspectos e espectros. Talvez por alguma desinformação o instrumento de forma anterior e preventiva é bem menos utilizada, seja pela dificuldade de se provar uma ameaça que ainda não ocorreu definitivamente ou que já esteja na iminência de ocorrer.

É necessário que a pessoa que vai ser constrangida ou esteja no limiar de sofrer mostre detalhadamente a autoridade julgadora o que se pode acontecer, caso se confirme o constrangimento ali deduzido, mesmo na plena dificuldade de trazer de forma palpável elementos probatórios suficientes para balizar seu pedido.

Na jurisprudência pátria é comum o uso do *habeas corpus* preventivo por testemunhas diante de Comissões Parlamentares de Inquérito, para invocar o direito ao silêncio, havendo a real possibilidade de se auto incriminar em seu depoimento, evitando, assim, a prisão em flagrante por perjúrio.¹⁹³ Ou ainda, no caso de reconstituição de crime, o acusado pode questionar, através do *writ* preventivo, a ordem de autoridade policial para participar desse ato através de sua condução coercitiva.¹⁹⁴

5.3 Legitimidade ativa

Como se percebeu, historicamente, o *habeas corpus* surge no sistema jurídico com a clara característica de ser célere, e diante dessa condição que adveio durante os tempos é de se supor que este procedimento possa ser

¹⁹² Cf. **NUCCI**, Guilherme de Sousa, *Ibidem*.

¹⁹³ “PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - CPI. DIREITO AO SILÊNCIO. TESTEMUNHA. AUTO-ACUSAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA PARA DESOBRIGAR A PACIENTE DA ASSINATURA DE TERMO DE COMPROMISSO. PREJUDICIALIDADE SUPERVENIENTE. I - É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando-se a auto-incriminação. II - Liminar deferida para desobrigar a paciente da assinatura de Termo de Compromisso. III - A realização da oitiva, garantidos os direitos da paciente, implica a prejudicialidade do feito. IV - HC conhecido e julgado prejudicado. (STF - HC: 89269 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 21/11/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 15-12-2006 PP00096 EMENT VOL-02260-05 PP-00867)”

¹⁹⁴ Cf. **NUCCI**, Guilherme de Sousa. *Op. cit.*, p. 28.

manuseado por qualquer pessoa¹⁹⁵, que tenha ao mínimo interesse. Ou seja, como regra, o polo ativo, ou parte interessada em receber uma decisão judicial

¹⁹⁵ Apesar da doutrina aceitar a impetração por terceiro no que toca a terceiro absolutamente estranho, totalmente dissociado do paciente, o STF já entendeu que não “se conhecerá de *habeas corpus* desautorizado pelo paciente”, ou seja, o mesmo deverá ser arquivado. Foi o caso do ex-Presidente Lula, onde diversos *habeas corpus* foram impetrados por terceiros estranhos a seu favor e sua defesa informou ao Juízo que não era de interesse o processamento do *writ* já que a própria defesa teria sua estratégia processual quanto ao feito. Como visto em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/advogado-impetra-habeas-corporus-preventivo-em-favor-de-lula/>, bem como a jurisprudência do STF é remansosa: EMENTA: “HABEAS CORPUS”. IMPETRAÇÃO POR PESSOA NÃO AUTORIZADA PELO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA DO ART. 192, § 3º, DO RISTF. DOCTRINA. PRECEDENTES. “HABEAS CORPUS” NÃO CONHECIDO. DECISÃO: A presente ação de “habeas corpus”, com pedido de medida cautelar, promovida em favor do Senhor Michel Miguel Elias Temer Lulia, Presidente da República, foi ajuizada por terceira pessoa, sem que o ora paciente houvesse manifestado interesse ou concedido autorização para efeito de instauração deste processo de índole constitucional. É fato notório que o paciente em questão, mediante outorga do pertinente mandato judicial, nomeou, como seu Advogado, o ilustre Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, a quem conferiu poderes para promover todos os atos necessários à proteção de seus direitos. Não se desconhece que o remédio constitucional do “habeas corpus” – qualificando-se como típica ação penal popular (RT 718/518 – RTJ 164/193, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) – pode ser impetrado “por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem (...)” (CPP, art. 654, “caput” – grifei). Vê-se, portanto, que a legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de “habeas corpus” reveste-se de caráter universal, circunstância essa que torna prescindível, até mesmo, a outorga de mandato judicial que autorize o impetrante a agir em favor de quem estaria sujeito, alegadamente, a situação de injusto constrangimento em sua liberdade de locomoção física. Não obstante a universalidade da legitimação para agir em sede de “habeas corpus” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. IV/422, item n. 1.208, 1965, Forense, v.g.), cabe ter presente a norma inscrita no art. 192, § 3º (antigo parágrafo único), do RISTF, segundo a qual “Não se conhecerá de pedido desautorizado pelo paciente” (grifei). É por essa razão que esta Suprema Corte, em situações como a que se registra nestes autos, tem decidido, com apoio no preceito regimental mencionado, que “Não se deve conhecer do pedido de ‘habeas corpus’ quando este, ajuizado originariamente perante o Supremo Tribunal Federal, é desautorizado pelo próprio paciente (RISTF, art. 192, parágrafo único)...” (RTJ 161/475, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.): “(...) Não se deve conhecer do pedido de ‘habeas corpus’ quando este, ajuizado originariamente perante o Supremo Tribunal Federal, é desautorizado pelo próprio paciente (RISTF, art. 192, parágrafo único). Conversão do julgamento em diligência, para que o paciente, uma vez pessoalmente intimado, esclareça se está de acordo, ou não, com a impetração do ‘writ’.” (HC 69.889/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO) “CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’ impetrado pelo Ministério Público: desautorização pelo paciente. I. – ‘Habeas corpus’ impetrado originariamente ao Supremo Tribunal Federal, pelo Ministério Público, e desautorizado pelo paciente (RI/STF, art. 192, parágrafo único). Não conhecimento do pedido. II. – ‘H.C.’ não conhecido.” (HC 75.347/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei) Esse entendimento encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (BENTO DE FARIA, “Código de Processo Penal”, vol. II/381, item n. 158, 2ª ed., 1960, Record; EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, vol.

poderá ser tanto o coagido¹⁹⁶, como paciente do remédio constitucional, como qualquer outrem, assim podendo haver tanto uma legitimação ativa extraordinária (quando se pleiteia direito alheio em seu nome) ou ordinária (quando o faz para si mesmo ou em benefício de terceiros), concluindo-se que admite-se na parte ativa da demanda, uma só pessoa, quando se confundem o impetrante e paciente, ou duas pessoas, quando se tem o paciente, o beneficiário em nome de quem se pleiteia e o impetrante, o requerente da lide.¹⁹⁷

Se admite como parte ativa pessoa física ou jurídica, estrangeiro ou não, com procurador judicial (advogado) ou não¹⁹⁸, menor impúbere ou púbere, deficiente, analfabeto, interditado, ou em qualquer condição, inclusive o

VII/232-234, item n. 1.369, 6ª ed., 1965, Borsoi; ARY AZEVEDO FRANCO, “Código de Processo Penal”, vol. III/222, 7ª ed., 1960, Forense, v.g.), cuja advertência, na linha exposta na presente decisão, reflete-se na jurisprudência dos Tribunais em geral (RT 246/304-305, Rel. Juiz THOMAZ CARVALHAL, v.g.): “O expresse dissenso do paciente ao pedido feito por terceiro em seu benefício, por não lhe convir a medida, leva ao não conhecimento do ‘habeas corpus’.” (RT 560/292, Rel. Des. CUNHA CAMARGO) Cumpre assinalar, por relevante, que tal orientação tem sido reiterada, em sucessivas decisões, por Juízes desta Suprema Corte (HC 80.417-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 81.336/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 90.302/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 91.433/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 111.788/MG, Rel. Min. AYRES BRITTO – HC 132.231-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Essa diretriz jurisprudencial levar-me-ia a determinar a intimação pessoal do ora paciente, para que ele – considerada a norma inscrita no art. 192, § 3º, do RISTF – esclarecesse se concorda, ou não, com a impetração do presente “writ” (RTJ 147/233-235, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Ocorre, no entanto, que é público e notório, como anteriormente ressaltado, que o Senhor Michel Miguel Elias Temer Lulia constituiu como seu mandatário judicial o eminente Advogado Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira. Por tal razão, torna-se desnecessário consultar o paciente para os fins e efeitos a que alude o art. 192, § 3º, do RISTF. Sendo assim, e em face das razões expostas, não conheço da presente ação de “habeas corpus”, restando prejudicado, em consequência, o exame do pedido de medida cautelar. Arquivem-se estes autos. Publique-se. Brasília, 02 de agosto de 2017 (21h05). Ministro CELSO DE MELLO. Relator”

¹⁹⁶ Aliás é super comum no Brasil vê-se *habeas corpus* redigidos por presos em diversos meio, sem o apoio técnico de um advogado. Como foi o caso do detido que escreveu *habeas corpus* em um lençol da cela e enviou ao Superior Tribunal de Justiça (como visto em <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2014/05/preso-do-ceara-usa-lencol-para-escrever-habeas-corpus-ao-stj.html>>) ou ainda outro preso que redigiu o instrumento constitucional em um papel higiênico e também enviou ao Superior Tribunal de Justiça (como visto em <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/06/preso-envia-pedido-de-habeas-corpus-escrito-em-papel-higienico-para-o-stj.html>>).

¹⁹⁷ Cf. **NUCCI**, Guilherme de Sousa. Op. cit., p. 47.

¹⁹⁸ O próprio Estatuto da Advocacia, Lei 8.906/1994, tratando do *jus postulandi*, em seu artigo primeiro assim aduz: § 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal.

Ministério Público, seja atuante em primeira instância ou em Tribunais¹⁹⁹, pois se tratando de ação constitucional, deve esta ser a mais abrangente possível, devendo se admitir pelo menos que o impetrante possa manifestar sua vontade.²⁰⁰

Quanto ao juiz ou delegado, é plenamente possível quem ambos impetrem o remédio, como cidadão, jamais, mas sim na função de servidor investido em jurisdição ou como autoridade policial que investiga o paciente. Seria teratológica tal feitura, já que visualizando qualquer ilegalidade ou constrangimento ilegal ocorrido contra alguém estes possuem o poder-dever de fazer cessar a conduta, não agindo dessa maneira, ambos se tornam autoridades coatoras.²⁰¹

O paciente há de ser pessoa determinada, ou ao menos determinável, não sendo necessário que se precise indicar seus dados de qualificação, lugar onde se encontra ou elementos identificadores, como domicílio e características físicas precisas.

A doutrina²⁰² vem informar que é impossível a impetração de *habeas corpus* em favor de grupo indeterminável de pessoas, como uma torcida ou a coletividade. Porém a celeuma está posta, como se verá mais a frente, nos

¹⁹⁹ “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A IMPETRAÇÃO. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO DIREITO À AMPLA DEFESA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o Ministério Público dispõe de legitimidade processual para defender em juízo violação à liberdade de ir e vir por meio de habeas corpus. 2. Caso em que o Ministério Público não demonstrou o prejuízo da defesa do Paciente pela inobservância da competência do juiz titular da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar para decidir sobre o recebimento da denúncia, limitando-se ao argumento de que a matéria seria de ordem pública e, portanto, passível de ser apresentada pelo órgão ministerial. 3. O juiz auditor substituto da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar absolveu o Paciente, o que demonstra a ilegitimidade do Ministério Público para a impetração do presente habeas corpus, pois veicula pretensão que favoreceria tão somente a acusação. 4. Habeas corpus não conhecido. HC 99948 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 14/05/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma”. Ainda quanto ao *parquet*, Nucci nos rememora que “é preciso, no entanto, que ele demonstre efetivo interesse em beneficiar o réu, e não simplesmente em prejudica-lo por via indireta. Do mesmo modo que se sustentou anteriormente, caso haja defesa constituída, é preciso consultá-la, a fim de saber se é interessante ao paciente o julgamento do *habeas corpus*” in **NUCCI**, Guilherme de Sousa. Op. cit., p. 49.

²⁰⁰ Ibidem, p. 48.

²⁰¹ Ibidem, pp. 51 e 52.

²⁰² Ibidem, p. 52.

estudos de casos, já que hoje a Corte Suprema, apesar da dissonância vem assegurando o *habeas corpus* coletivo, bem como a impetração quanto a coletividade já é plausível e palpável, por órgãos de defesa de hipossuficientes, como a Defensoria Pública.

5.4 Autoridade coatora ou legitimidade passiva

No polo passivo da demanda encontra-se a pessoa, autoridade ou não, demandada como coatora ou constrangente, já que esta cerceando (liberatório) ou na iminência de cercear (preventivo) o direito de locomoção de ir, vir e ficar do paciente, na qual deverá defender a legalidade do seu ato, quando for prestar informações à autoridade julgante que decidirá sobre a questão.

Interessante notar que a parte contrária é uma espécie de polo passivo *sui generis*, já que não é propriamente um réu, onde não deverá apresentar defesa, mas sim tratado como interessado processual, cujo fundamento é apenas sustentar a legalidade de seu ato. Tanto é assim que o julgador ainda poderá decidir de plano o *habeas corpus*, sem analisar as informações prestadas pelo polo passivo, quando for firme e contundente o bojo da peça vestibular inicial e documentos apresentados pelo polo ativo.²⁰³

O coator poderá ser particular, por exemplo, quando se nega o diretor de hospital particular a liberar paciente, sem antes do pagamento da caução, ou autoridade pública, como Tribunais, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Estaduais ou federais e ainda militares, o próprio Ministério Público, o juiz da causa de primeiro grau, a autoridade policial ou Comissões Parlamentares de Inquérito.

Entende-se, similarmente, ser inadmissível a impetração do *writ* em desfavor de autoridade indeterminada, pois não haveria a possibilidade, de nesse caso, de se prestar informações. Por exemplo, a autoridade coatora poderá ser totalmente desconhecida, onde há a impossibilidade de se impetrar *habeas corpus* contra toda a polícia do Estado, em caso de prisão, devendo se delimitar a responsabilidade de alguém, a fim de inferir de quem é a devida responsabilidade. Ou ainda, poderá haver a dúvida quanto ao polo passivo, se

²⁰³ Ibidem, pp. 52 e 53.

a autoridade foi o Juiz X ou Z, pelo qual ambos deverão apresentar informações correspondentes.²⁰⁴

5.5 Competência para julgamento do *writ*

Prima facie, é importante informar que a ordem do *habeas corpus* poderá ser concedida de pleno ofício, já que exercendo o juiz o seu poder geral de cautela, a própria legislação infraconstitucional, que no caso é o Código de Processo Penal assim o autoriza no parágrafo segundo do artigo 654: “os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

Tal fato se dar pelo fato de se tratar de matéria de ordem pública, a questão da inviolabilidade da liberdade individual, sendo inclusive possível a tal concessão até no caso de não haver qualquer procedimento judicial instaurado, bastando tão somente o conhecimento do constrangimento pelo juiz ou Tribunal para a ordem ser emitida.

Existindo apenas a limitação de competência, que se traduz no fato de que o a ordem de ofício só poderá ser emanada quando a autoridade judicial for capaz para conhecer do remédio se este fosse impetrado regularmente pelo interessado, ou seja, não pode um juiz de Comarca A, tomando conhecimento de uma coação contra a liberdade de alguém em uma Comarca B, transgredir as barreiras da competência e conceder o remédio de ofício.²⁰⁵

Já para se encontrar a competência correta de quem vai julgar o *writ*, inicialmente deve-se ir atrás do lugar onde se deu a coação, depois se avalia quem é o polo passivo da demanda, ou o coator (autoridade ou pessoa), se esta possuir o que se chama de foro privilegiado, como uma autoridade pública, o *habeas corpus* deverá ser protocolado no Tribunal, se não, deverá ir para o juiz *a quo*.

²⁰⁴ Ibidem, p. 54.

²⁰⁵ Ibidem, p. 68.

Por exemplo, as pessoas submetidas à jurisdição de um juiz de primeiro grau, federal ou estadual²⁰⁶, como as polícias no geral ou os atos coatores de particulares, devem ter os atos questionados em primeira instância.

Sendo juízes ou o *parquet* de grau inicial, a impetração deverá se dar ou no Tribunal de Justiça, se for estadual, ou no Tribunal Regional Federal²⁰⁷, se for federal. Quando se tem um coator como o próprio Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, impetra-se o remédio no Superior Tribunal de Justiça²⁰⁸ e sendo este, por último, a autoridade coatora, cabe ao Supremo Tribunal Federal²⁰⁹ a decisão.

Já outros Tribunais também podem ser competentes para julgamento de *habeas corpus*, apesar de possuírem menos causas e serem, no caso

²⁰⁶ Segundo a Constituição em seu artigo 109, “aos juízes federais compete processar e julgar os habeas-corpus”, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição. Fora essas hipóteses, residualmente, compete aos juízes estaduais as demais competências no amago de sua jurisdição.”

²⁰⁷ Art. 108, CF/88: “Compete aos Tribunais Regionais Federais: I - processar e julgar, originariamente: d) os "habeas-corpus", quando a autoridade coatora for juiz federal;”

²⁰⁸ Art. 105, CF/88: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999);”

²⁰⁹ Ainda segundo a Constituição Federal de 1988 no art. 102, “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999) 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);”

concreto, de mais difícil aplicabilidade, como o Tribunal Superior Eleitoral²¹⁰, Tribunal Regional Eleitoral²¹¹ e o Superior Tribunal Militar.²¹²

5.6 Admissibilidade

Como forma de se garantir constitucionalmente o instituto, o *habeas corpus* é garantido na Constituição Federal em seu artigo quinto, inciso LXVIII. Logo após o trabalho do poder constituinte originário, a lei infraconstitucional veio a regular de forma procedimental e instrumental o *writ*, através do Decreto-Lei 3.869 de 1941, ou Código de Processo Penal, em seus artigos 647 e seguintes, até o artigo 667.

O rol dos cabimentos constante no artigo 648 é meramente exemplificativo, já que seria completamente teratológico supor que a legislação infraconstitucional pudesse cerrar a utilização de um remédio constitucional de forma apertada, já que o comando constitucional é claro em afirmar que o uso do *habeas corpus* se dará para combater “qualquer” ameaça de violência ou coação na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Ilegal, ou algo que se encontre na ilegalidade, se traduz no mero fato daquilo o que é contra o ordenamento jurídico, em suas mais diversas abrangências, desde o encurtamento do direito fundamental da liberdade de locomoção, encarcerando alguém sem a devida ordem judicial e ausente o flagrante delito ou ainda quando se trata, por exemplo, de apontar formalmente um suspeito para ser indiciado, sem qualquer lastro probatório.²¹³

²¹⁰ A Lei 4737/1965 no seu art. 22 diz que compete ao Tribunal Superior: “I - Processar e julgar originariamente: o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos a atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais; ou, ainda, o habeas corpus, quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;”

²¹¹ A CF/88 diz em seu art. 29 que “compete aos Tribunais Regionais: I - processar e julgar originariamente: e) o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade e, em grau de recurso, os denegados ou concedidos pelos juizes eleitorais; ou, ainda, o habeas corpus quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração.”

²¹² Segundo o Decreto Lei 1.002/1969 ou Código de Processo Penal Militar: “Art. 469. Compete ao Superior Tribunal Militar o conhecimento do pedido de *habeas corpus*.”

²¹³ Cf. **NUCCI**, Guilherme de Sousa. Op. cit., p. 82.

Já abuso de poder, se infere o que extrapola a força comum do homem médio, emanada de autoridade com algum desvio moral ou legal. É o exercício irregular de algum poder: “usurpa poder quem, sem o ter, procede como se o tivesse. A falsa autoridade usurpa-o; a autoridade incompetente, que exerce esse poder que compete a outrem, usurpa; a autoridade competente não usurpa, mas, de certo modo, exorbita se abusa do poder”.²¹⁴

Tais elementos, diga-se de passagem, são aqueles amplos para a impetração, de modo que o rol, mais uma vez, não poderá ser considerado *numerus apertus*, portanto, a delimitação do Código de Processo poderá abranger, como consequência, diversas outras situações que devem ser analisadas caso por caso, no estudo do caso concreto. Por isso a importância do instituto e sua análise na ótica deste trabalho, trazer a baila estudos de casos que fujam do senso comum e saiam da normalidade, mas que de qualquer maneira podem ser imbricados com o uso do remédio constitucional seja de maneira preventiva ou liberatória.

Traz-se, como forma de estudo os itens contidos na própria legislação, mas sem deixar de observar, como se afirmou, que cada caso é um caso e o item delimitado pelo legislador poderá abranger milhares de situações, pelo qual seria impossível para o criador legislativo prever.

São essas as possibilidades primárias que o Código de Processo Penal, dispõe em seu artigo 648: quando não houver justa causa; quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; quando o processo for manifestamente nulo; quando extinta a punibilidade.

5.6.1 Quando não houver justa causa

Justa causa é a existência de fundamento jurídico e algum embasamento fático autorizadores do constrangimento ao direito de liberdade ambulatorio. O inciso engloba a falta de justa causa tanto para o processo,

²¹⁴ Ibidem.

para o inquérito ou ainda para a prisão, sendo que a prisão só poderá ocorrer, conforme a dicção legal, ou em flagrante delito²¹⁵ ou emanada de autoridade judicial competente, através de ordem escrita e fundamentada, em sede excepcional de prisão preventiva²¹⁶ ou temporária²¹⁷, salvo nos casos de transgressão ou crime militar.²¹⁸

5.6.2 Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei

Aqui se aborda o caso de excesso de prazo na prisão provisória, visando conglobar, inclusive, o princípio constitucional e direito fundamental humano da celeridade processual, garantido no art. 8º, 1 do Pacto de São José da Costa Rica²¹⁹ e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos²²⁰,

²¹⁵ Segundo o Código de Processo Penal, no art. 302. :Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.:

²¹⁶ No art. 312. “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

²¹⁷ Art. 1º da Lei da Prisão Temporária, ou Lei n. 7.960/1989: “cabera prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016);”

²¹⁸ Cf. **CAPEZ**, Fernando. Op. cit., p. 762.

²¹⁹ “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal

impedindo, desta forma, que os encarcerados sejam constrangidos a ficarem presos por excesso de prazo.

Hodiernamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mitiga esse contexto, adotando o princípio da razoabilidade para se aceitar razoável atraso no processo quando há justo motivo plausível, como por exemplo, grande quantidade de testemunhas, diversidade de réus, complexidade do caso, dentre outros complicadores que possam surgir no decorrer no processo, não sendo inclusive aceita a tese de constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução, quando este for provocado pela própria defesa. (Sumula 64 do STJ).

5.6.3 Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo

Trata de competência jurisdicional explicitada anteriormente, seja ela material ou territorial, salvo, conforme a lei, em caso de prisão em flagrante, na qual poderá ser feita por qualquer pessoa.²²¹

A jurisprudência aceita o uso do *habeas corpus* para reconhecer a competência absoluta do juízo (RTT, 93108).

5.6.4 Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação

Aqui trata do caso de encarcerado que por determinação judicial não deve mais estar naquela condição. Tome-se, por exemplo, quando o juiz revoga a prisão preventiva, porém por ato coator a autoridade policial não cumpre a ordem de soltura, ou então no caso do réu que já cumpriu totalmente sua pena, na qual transitou em julgado, mas continua detido.

formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

²²⁰ “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.” (art. 7.5)

²²¹ Art. 301 do Código de Processo Penal: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”

5.6.5 Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza

Os casos dos artigos 323, 324 e 325 do Código de Processo Penal são os que a lei autoriza a concessão de fiança.²²² Já a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVI aduz que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”, cabendo nesse caso, por consequência a impetração do remédio heroico.

5.6.6 Quando o processo for manifestamente nulo

Capez nos ensina que a nulidade poderá acontecer por diversos motivos, como por exemplo, a falta de condição de procedibilidade (nos casos de que se necessita a representação da vítima ou ofendido nos crimes de ação penal pública condicionada), na ilegitimidade *ad causam* (quando o ofendido ou a vítima propõe ação penal pública, quando o titular deveria ser o Ministério Público) ou ainda a própria ilegitimidade processual (menor púbere propõe ação penal privada), a incompetência absoluta do Juízo processante, a ausência de citação ou falta da concessão de prazo para apresentação da defesa do réu, bem como diversas outras nulidades.²²³

²²² Art. 323 do Código de Processo Penal: “Não será concedida fiança: I - nos crimes de racismo; II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; II - em caso de prisão civil ou militar; IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). Art. 325. 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; II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos. § 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código; II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.”

²²³ Cf. **CAPEZ**, Fernando. Op. cit., p. 764. Já o Código de Processo Penal também lista os casos ali expressos de nulidade, no artigo 564, sendo entendido que são meramente exemplificativos: “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; II - por ilegitimidade de parte; III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: a) a denúncia ou a queixa e a

5.6.7 Quando extinta a punibilidade

O Decreto-Lei n. 2.848, ou Código Penal, aduz em seu artigo que se se extingue a punibilidade pela “morte do agente; pela anistia, graça ou indulto; pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; pela prescrição, decadência ou preempção; pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite e pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.”

Nesses casos, supondo-se que o impetrante se adeque a tipologia da extinção de sua punibilidade e mesmo continue a ser coagido em sua liberdade de locomoção, deverá usar do *habeas corpus* para suscitar o ato coator e fazer cessar o constrangimento ilegal de imediato em face da autoridade impetrada.

5.7 Sistema recursal do *habeas corpus*

Caso a autoridade judicial conceda ou negue a ordem do *habeas corpus* caberá, segundo o Código de Processo Penal, artigo 581, X, recurso em sentido estrito. Possibilitando, inclusive, da decisão que conceder a ordem, recurso de ofício pelo próprio juiz, Código de Processo Penal, artigo 574, I.

representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante; b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167; c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública; e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa; f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri; g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia; h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei; i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri; j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade; k) os quesitos e as respectivas respostas; l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento; m) a sentença; n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido; o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso; p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o *quorum* legal para o julgamento; IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas. “

Em sede de Cortes Superiores, cabe recurso ordinário constitucional ao Supremo Tribunal Federal da decisão dos Tribunais Superiores que julgar em única instância o *writ*, desde que não seja concedida a ordem, ou seja, denegatória, conforme o artigo 102, II, *a*, da CF/88.

Também cabe recurso ordinário constitucional ao Superior Tribunal de Justiça da decisão que não acata o remédio, proferida em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, ou pelos tribunais dos Estados e do Distrito Federal, como dita o artigo 105, II, *b*, da CF/88.

5.8 Conclusões do capítulo

Diante de toda essa análise propedêutica do instituto heroico do *habeas corpus* é possível auferir sua importância inenarrável para a sistemática jurídica de outras eras até hoje, bem como para o resguardo amplo do direito fundamental, básico e humano da liberdade e locomoção física, ou seja, o direito inerente de se ir, vir e ficar.

Apesar do comando constitucional, advindo da Constituição Federal de 1988, lecionar que o remédio é utilizado para primordialmente para os casos ali elencados. Assim como o legislador infraconstitucional, através da regulamentação da norma constituinte originária, no Código de Processo Penal, ditar os casos específicos que se deve utilizar o *writ* em situações de constrangimento ilegal ou ato de coação, seja por autoridade pública ou particular em face do polo ativo, seja pessoa física ou jurídica, o que se pode concluir é que o sistema do *habeas corpus* vai além disso, ele é dinâmico, aberto, circular e abarca diversas outras situações, muitas vezes inimaginadas ou sequer vistas nos bancos dos tribunais e cortes, através das jurisprudências.

O presente capítulo foi imprescindível para analisar o uso tradicional do *habeas corpus* pelo direito e o seguinte trará estudos de casos que fogem exatamente do tal tradicionalismo jurídico que muitas vezes a doutrina e jurisprudência estão acostumadas a lidar.

Isso só demonstra que os operadores jurídicos estão a lidar com uma ciência humana (e não com uma área exata, se assim o fosse seria matemática ou física), não cerrada que se transforma e muda com os anseios sociais e

com diversas causas que é impossível ao legislador ou juiz, seja *a quo* ou *ad quem*, prever e acolher, nas quais só é possível analisar, construir e decidir através da reflexão dos casos concretos, interligando diversas outras disciplinas e áreas, num verdadeiro dialogo das fontes e transcendência, onde o *habeas corpus*, instrumento constitucional se embebeda de outros ramos do direito, como o penal, civil, ambiental e etc.

Isto posto, a transversalidade deste remédio constitucional restará evidente e clarificado com os estudos de casos a seguir analisados, trazendo-se em evidencia as possibilidades de aplicação em diversas outras searas que ultrapassam as fronteiras legais e as construções jurisprudenciais clássicas.

CAPÍTULO III - ESTUDO DE CASOS QUE FOGEM DO SATUS QUO

“A teoria sem a prática vira ‘verbalismo,’ assim como a prática sem teoria, vira ativismo. No entanto, quando se une a prática com a teoria tem-se a práxis, a ação criadora e modificadora da realidade.”
(Paulo Freire)

6. Estudo de Caso I: “*Habeas corpus* coletivo”

Muito se viu em voga recentemente a celeuma nos bancos dos tribunais brasileiros no que tange a apresentação do instituto do *habeas corpus* de uma maneira não muito rotineira nos precedentes destas cortes, trata da impetração por alguns órgãos, precipuamente pela Defensoria Pública da União,²²⁴ do

²²⁴ A Defensoria Pública é órgão constitucional e função essencial à justiça, criado para por em prática a dicção do artigo 5., LXXIV, da CF/88, na qual infere que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A Defensoria incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos informes do artigo 134, *caput*, da CF/88 (“A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”). Já os parágrafos seguintes disciplinam mais precisamente o órgão: “§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.”. A mesma é

habeas corpus de maneira coletiva, difusa e transindividual para alguns segmentos populacionais, sem especificar no polo ativo da peça inicial a pessoa certa e determinada a quem deveria ser concedido o remédio, muito pelo contrário, o polo é indeterminado, devendo atingir uma quantidade não especificada de pessoas, que na maioria das vezes estão atingidas pela hipossuficiência, pobreza ou em situação de vulnerabilidade social.

Mas não só no Brasil o *habeas corpus* coletivo é posto em causa para análise pelas Supremas Cortes. Na Argentina, por exemplo, a Corte da província de Buenos Aires no “caso Verbitsky, Horacio *sl habeas corpus*” se viu num dilema quando lhe foi impetrado “*una acción de habeas corpus correctivo y colectivo em amparo de todas las personas privadas em su libertad em jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas em establecimientos penales y comisariás sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse em centros de detención especializados.*”²²⁵, ou seja, tratando especificamente de um case de detentos em situações carcerárias de risco, seja pela ausência de estrutura e organização em presídios com condições insalubres e periculosas.²²⁶

organizada em diversos níveis como a Defensoria Pública da União, dos Territórios, dos Estados e do Distrito Federal.

²²⁵ Como visto em

<<http://patriciomaraniello.com.ar/home/wpcontent/uploads/2015/02/CASO-Verbitsky.pdf>>

²²⁶ Nesse julgamento a Corte Argentina decidiu pela concessão da ordem do *writ*, pela maioria dos membros do Tribunal, como sendo o meio mais adequado e tangível para se tutelar o que foi requerido na petição, qual seja, a ilegalidade em se manter pessoas encarceradas em lugares que firam a dignidade do preso e que insurja com o mínimo para se viver nessas condições. Noutro giro, embora omissa a legislação no que toca ao *habeas corpus* para uma coletividade, o Tribunal considerou que esta decorreria da própria lesão e do suporte necessário de se dar uma proteção profícua à liberdade, bem jurídico primordial naquele sistema legal: “16) Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla. 17) Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidência colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros)” Como visto em:

Em *terras brasílis*, especificamente, essa questão já vinha sendo analisada por Tribunais inferiores, como no do Rio Grande do Sul,²²⁷ ou no Superior Tribunal de Justiça.²²⁸

<<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=70648>>

²²⁷ Trata do *habeas corpus* de número 1080118354-9 do TJRS para que fosse expedido salvo-conduto quanto aos que queriam participar da “Marcha da Maconha”, sem a possibilidade de serem presos, lecionando a decisão que “a Constituição Federal assegura a liberdade de expressão enquanto garantia fundamental do cidadão brasileiro, bem assim que essa manifestação do pensamento se desse de forma pública, sem qualquer possibilidade de detenção. “

²²⁸ Trata do HC 207720 com a seguinte ementa: “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 considerandos 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, vandalismos 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.” Bem como do HC 142513 com o seguinte julgado: “Prisão (preventiva). Cumprimento (em

Mas veio o *habeas corpus* coletivo a tomar proporções alargadas com dois julgados recentes (e emblemáticos) pelo Supremo Tribunal Federal: numa situação onde a Defensoria Pública da União requeria a Corte que detidos em selas de presídios federais há mais de dois anos detidos, retornassem aos presídios estaduais de origem e no caso de presas grávidas ou mães de crianças menores impúberes.

O primeiro tratou de *habeas corpus* coletivo com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de presos que se encontram em estabelecimentos penais federais há mais de 24 meses. A DPU aduz que “a estada do preso em penitenciárias federais é uma exceção dentro do sistema devido às características próprias dos presídios de segurança máxima, porquanto esses são regidos pela lógica do isolamento”.

E que “a permanência do preso não poderá ser superior a 360 dias, contudo, é possível que haja a renovação do prazo, desde que sejam observados os requisitos de transferência”. Solicitando, pois, “a concessão da presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, determinando o retorno dos pacientes que estiverem em estabelecimentos penais federais há mais de 720 dias aos seus Estados de origem, com vistas à excepcionalidade da permanência dos presos no Sistema Penitenciário Federal, em respeito às normas constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana, a integridade física e moral dos presos, a finalidade ressocializadora da pena, a progressão de regime prisional e o direito à assistência familiar”. Em decisão monocrática o Relator negou seguimento ao *writ*, a análise do pleno ainda não aconteceu.

contêiner). Ilegalidade (manifesta). Princípios e normas (constitucionais e infraconstitucionais). 1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade. 2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis - a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód. Penal, art. 42). 3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado. 4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também. 5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão. 6. *Habeas corpus* deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos - homens e mulheres - estejam presos nas mesmas condições.”

Já o segundo *leading case*, recentemente julgado pelo Supremo Federal, também impetrado pela DPU em sede de *habeas corpus* coletivo, com pedido de medida liminar, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças, aduzindo, em suma que “a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.”.

Destacando, pois, a vulnerabilidade socioeconômica das mulheres presas preventivamente no Brasil e solicitando, por fim, a “concessão da ordem para revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes puérperas e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar.”. A Segunda Turma, em decisão inovadora, concedeu a ordem pleiteada aceitando a figura do remédio heroico coletivo para solução de temas como o aqui esposado. O entendimento alcança apenas presas que ainda não foram condenadas.

Diante disso, o histórico nacional do *writ* coletivo, nos mostra que trata de algo relativamente novo na seara jurídica do país, sendo ainda algo que não possui decisões pacíficas e sedimentadas quanto à temática, o que demonstra ainda que o instituto utilizado dessa maneira é algo nuperrímo e de definições incertas pelos nossos Tribunais.

Argumentos contrários e favoráveis nos mostram que este pode abarcar diversos caminhos nessa análise e que se contrapormos ambos podem trazer sustentações plausíveis, porém um só caminho deve ser escolhido para a aplicação no caso concreto, senão vejamos.

6.1 Quanto ao contraponto da possibilidade do *habeas corpus* coletivo

Prima facie, insta apreciar que existem diversos entendimentos quanto ao cabimento do *habeas corpus* coletivo, seja em sede doutrinária ou jurisprudencial, tanto no que toca pelo cabimento, quanto pela não possibilidade.

Começemos, pois, com os que trazem pela inviabilidade de tal medida em caráter coletivo, inferindo que “a admissibilidade do *habeas corpus* a um amplo contingente de pessoas possui dificuldades teóricas e práticas que são intransponíveis.”²²⁹

É de se salientar que a tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional são omissas quanto a um “*habeas corpus* coletivo”. A Carta Maior,²³⁰ conforme inferido por diversas vezes, apenas relata o cabimento do *writ* quando “alguém” sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (e destaque a indicação real de “alguém” e não “alguéns”). Já a própria legislação infraconstitucional, que regula o instituto, o Código de Processo Penal, também é similar a Constituição e repete que só caberá o remédio para “alguém”, ou seja, a um só paciente.

Assim, esse seria o primeiro argumento de quem é pela negatória do *writ* coletivo, pela simples omissão legislativa, tanto do poder constituinte originário, quanto do legislador pós-constituente.

Aliás, é de se notar que muitos se apegam ao simples fato de que se assim quisesse (e ele poderia ter o feito, mas não o fez²³¹), o poder originário,

²²⁹ Parecer da Procuradoria Geral da República no HC N° 29.570/CS.

²³⁰ Como ensina Alexandre de Moraes, “o sentido da palavra alguém no *habeas corpus* refere-se tão-somente à pessoa física. (...) O *habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar” in **MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Editora Jurídico Atlas, 6ª edição, pág. 2652.

²³¹ O STF e a própria doutrina majoritária brasileira informam que no que toca a limitação do poder constituinte originário, o país adota a corrente positivista e não jusnaturalista. Ou seja, o poder constituinte apresenta uma força pré-jurídica, sendo um poder de fato, situado fora do Direito, já que não se subordina a qualquer limite jurídico, e não há nenhum critério normativo que permita a sua identificação. Nesse sentido, consignou o Ministro Cesar Peluzo, em voto proferido na ADI n° 2.356-MC: “A

ilimitado que o é, poderia ter criado essa espécie de *habeas corpus*, que abrangesse uma incontável número de pessoas como pacientes. Tanto é assim que deu a “coletividade”, através da lei inicial, a outros remédios constitucionais como o mandado de segurança, que poderá ser coletivo²³². Bem como no caso do próprio legislador posterior, que adicionou o “coletivo” a outro remédio: o mandado de injunção.²³³

Aliás, difícil seria, por exemplo, informar na petição vestibular inicial um possível e alegado constrangimento ilegal genérico e coletivo, a diversas pessoas: como mensurar esse quesito?

Segundo o Ministro Alexandre de Moraes,²³⁴ indeferindo, inclusive um

eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte ORIGINÁRIO não está sujeita a nenhuma limitação normativa de ordem material, e muito menos, formal, porque provém do exercício de poder fático, cuja força soberana e vinculante, repousando no fato de se impor à obediência geral, independe de legitimação jurídica”. (ADI nº 2.356-MC, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto. Julg. 25.11.2010.)”. Ou seja, o legislador originário poderia ser livre na sua criação, sem qualquer espécie de limitação. Desta forma, contrapondo ao jusnaturalismo, corrente não utilizada no Brasil, nem no STF, que tende a informar que o poder originário é um poder de direito, pertencente à esfera do Direito, uma vez que não é onipotente, estando sujeito a limites e condicionamentos não só sociais, como também jurídicos, atinentes ao respeito ao conteúdo mínimo dos direitos humanos e à observância de procedimento democrático na elaboração da Constituição, este possuiria limites imanentes, como os ditos agora.

²³² Art. 5., LXX, da CF/88 – “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; “

²³³ O mandado de injunção que se dará quando “a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”, poderá, conforme a Lei 13.300/2016, ser coletivo quando esses “direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.” Podendo ser impetrado pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária e por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

²³⁴ HC n. 148459 / DF. Inclusive citando outros precedentes daquela Corte Suprema: “Nessa linha de consideração, a jurisprudência predominante nesta CORTE exige que na exordial do writ sejam apontadas, entre outros requisitos, todas as autoridades

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

Ou seja, o *habeas corpus* coletivo, possuiria, ao menos em tese, já de nascença uma petição inicial inepta, por não indicar especificamente os pacientes que tiveram sua liberdade de locomoção vilipendiada. Esse é o entendimento esposado pela Procuradoria Geral da República, em seus últimos pareceres.

A doutrina poderá até mudar seu entendimento, diante da factualidade atual da análise do remédio aqui analisado. Mas é de se notar que na maioria das vezes quando adentra na *quaestio* da legitimidade ativa do *habeas corpus* ela é sempre majoritária em lecionar que “no tocante ao paciente, exige-se que seja pessoa determinada, embora não haja necessidade de indicar, com precisão seus dados de qualificação, lugar onde se encontra e outros elementos identificadores. Inexiste a viabilidade de *habeas corpus* em favor de um grupo indeterminado de pessoas (ex.: em favor dos torcedores do time X, para que não sejam detidos)”.²³⁵

Ou até mesmo a própria doutrina citada no voto acima: “se forem muitos os pacientes, todos eles não de ser mencionados, não se tolerando generalizações”.²³⁶

coatoras e os respectivos pacientes: HC 119.753, Relator Min. LUIZ FUX, decisão monocrática, DJe de 3/3/2017; HC 133.267-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI Pleno, DJe de 2/6/2016, trânsito em julgado em 21/3/2017; HC 143.704-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática, DJe de 2/6/2017, trânsito em julgado em 21/3/2017; HC 135.169, Rel. Min. GILMAR MENDES, decisão monocrática, DJe de 24/8/2016, trânsito em julgado em 9/9/2016; HC 81.348, Rel. Min. ELLEN GRACIE, decisão monocrática, DJ de 10/10/2001, trânsito e m julgado em 15/10/2001.”

²³⁵ Cf. **NUCCI**, Guilherme de Sousa. Op. cit., p. 52.

²³⁶ Interessante notar, pois, os próprios sujeitos ativos constantes nos processos impetrados em sede *habeas corpus* coletivo: “PACIENTE: TODAS AS MULHERES SUBMETIDAS À PRISÃO CAUTELAR NO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL,

Aduzindo ainda que a “petição deve, pois, conter todos os requisitos de uma exposição suficientemente clara, com explanação e narração sobre violência, suas causas, sua ilegalidade”.²³⁷

E mais: “obviamente, o paciente tem que ser uma pessoa, isto é, um ser humano cuja liberdade de locomoção esteja violada ou ameaçada. Também deve se tratar de pessoa ou pessoas individualizadas, não se admitindo a medida em favor de pessoas indeterminadas (p. ex.: sócios de uma agremiação ou moradores de alguma casa).”²³⁸

Tanto é assim que outros Tribunais Superiores e o próprio Supremo Tribunal Federal²³⁹ não vem aceitando a roupagem de “coletiva” ao *habeas*

QUE OSTENTEM A CONDIÇÃO DE GESTANTES, DE PUÉRPERAS OU DE MÃES COM ATÉ 12 ANOS DE IDADE SOB SUA RESPONSABILIDADE, E DAS PRÓPRIAS CRIANÇAS” ou “PACTE.(S) :TODAS AS PESSOAS QUE SE ENCONTRAM PRESAS EM ESTABELECIMENTO PENAL FEDERAL HÁ MAIS DE DOIS ANOS.”

²³⁷ Apud **FILHO**, Eduardo Espínola. Código de processo penal brasileiro anotado. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, p. 275

²³⁸ **BADARÓ**, Henrique. **Curso de Processo Penal**. 2016: RT, pp. 955 e 956, item n. 16.4.3.1.

²³⁹ HC n. 144.426/DF: “(...) De outro lado, também se mostra inviável o presente 'habeas corpus', eis que objetiva estender amparo jurisdicional a um grupo caracterizado por sua indeterminação subjetiva, o que permite invocar, na espécie, o entendimento jurisprudencial que esta Corte Suprema tem consagrado em situações nas quais os pacientes, porque sequer identificados pela parte impetrante, compõem uma coletividade anônima (o “povo brasileiro”, no caso), circunstância essa que impede seja observada a exigência inscrita no art. 654, § 1º, alínea “a”, do CPP, que assim dispõe: 'Art. 654. (...) § 1º A petição de 'habeas corpus' conterá: a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação (...).' (grifei) Como precedentemente destacado, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar, em sede de 'habeas corpus', a questão do paciente anônimo, tem proclamado a inadmissibilidade de utilização do “writ” constitucional, que se torna, por isso mesmo, insuscetível de conhecimento, como acentuado em julgamento proferido pelo próprio Plenário desta Corte (HC 133.267--AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI), de que extraio fragmento constante do voto de seu eminente Relator: 'Reitero, ademais, que a Corte já se pronunciou pela inadmissibilidade do 'habeas corpus' coletivo, em favor de pessoas indeterminadas, visto que se inviabiliza 'não só a apreciação do constrangimento, mas também para fins de expedição de salvo-conduto em seu favor' (...).' (grifei) Cabe enfatizar que essa diretriz tem prevalecido na prática jurisdicional desta Corte Suprema, cujas inúmeras decisões têm sempre acentuado a incognoscibilidade da ação de 'habeas corpus' quando ajuizada, como sucede na espécie, em favor de 'terceiros não identificados' (HC 81.348/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 101.136-AgR-ED/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 119.753/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 122.921/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 125.655/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 130.154/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 135.169/BA, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.): "Habeas corpus'. Impetração em favor de uma coletividade de cidadãos. Indeterminação subjetiva dos pacientes. Pessoas não identificadas. A questão dos pacientes anônimos. Inobservância do requisito fundado no art. 654, § 1º,

corpus quando se der a uma coletividade de pessoas que estiverem numa mera situação fática similar, devendo o impetrante do *mandamus* trazer a individualização subjetiva de cada coagido, particularizando a necessidade daquela ordem legal e constitucional naquele momento, trazendo a tona suas especificidades e idiossincrasias.²⁴⁰

Por fim é de se colacionar, para quem adote esse posicionamento, ainda o embaraço de se expedir um salvo-conduto a um número indeterminado de

'a', do CPP. Consequente inviabilidade de utilização do 'writ' constitucional. Entendimento prevalecente na jurisprudência do STF. Magistério da doutrina. Ação de 'habeas corpus' de que não se conhece. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tratando-se de pacientes anônimos, porque sequer identificados pela parte impetrante, firmou-se no sentido da inadmissibilidade do remédio de 'habeas corpus', pelo fato de revelar-se inviável, em face do que prescreve o art. 654, § 1º, 'a', do CPP, a utilização desse instrumento processual, quando ajuizado em favor de grupos caracterizados por sua indeterminação subjetiva. Precedentes. Doutrina.' (HC 143.704-MC/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Essa orientação, por sua vez, que tem sido igualmente observada pelo E. Superior Tribunal de Justiça (RHC 46.988/BA, Rel. Min. FELIX FISCHER – RHC 51.301/BA, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, v.g.), reflete-se em autorizado magistério doutrinário (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, 'Código de Processo Penal Comentado', p. 1.318, item n. 47, 14ª ed., 2015, Forense; BENTO DE FARIA, 'Código de Processo Penal', vol. II/381, item n. II, 2ª ed., 1960, Record; EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, 'Código de Processo Penal Brasileiro Anotado', vol. VII/270, item. 1.370, 2000, Bookseller; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, 'Curso de Processo Penal', p. 648/649, item n. 17.4.1, 8ª ed., 2012, Forense; ALEXIS COUTO DE BRITO, HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI e MARCO ANTÔNIO FERREIRA LIMA, 'Processo Penal Brasileiro', p. 450, item n. 6, 2012, Atlas, v.g.),

²⁴⁰ “AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS “COLETIVO”. PRESOS. INCÊNDIO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. TRANSFERÊNCIA PARA OUTRAS COMARCAS. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA REALIDADE DE CADA DETENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE O WRIT. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A espécie é de habeas corpus “coletivo”, em favor dos detentos que cumpriam pena em regime semiaberto no Presídio de Vacaria/RS, impetrado pela Defensoria Pública daquela Unidade Federativa, em razão da iminente transferência dos apenados para estabelecimentos prisionais de outras comarcas, tendo em vista a ocorrência de “incêndio que destruiu completamente as locações da casa prisional em que recolhidos”. 2. In casu, afigura-se descabida a roupagem “coletiva” dada ao habeas corpus, até porque a competência para o julgamento do writ neste Superior Tribunal de Justiça deve ser firmada em razão da execução de cada preso e não pela situação ou local onde um grupo de presos se encontra no momento da impetração. 3. Cabe ao impetrante a demonstração da realidade individualizada de cada detento, e não a mera alegação de que se encontram na mesma situação fática. Apesar de a impetrante ter indicado individualmente os apenados, não particularizou a necessidade de cada um, no caso concreto, de cumprimento da pena em prisão domiciliar. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no HC: 303061 RS 2014/0221068-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 14/10/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/11/2014)”

pacientes.

Como poderia, por exemplo, se dar um benefício a alguém que não se possa restringir de maneira física? Como expedir um termo documental e escrito a alguém não palpável, para promover sua soltura ou ainda ao menos uma “liberdade” preventiva antes de a coação ser definitivamente promovida. Seria quase impossível.

Mas há quem entenda muito pelo contrário, definitivamente. Tais argumentos, para os defensores da possibilidade, não podem ser obstáculos ao processamento e deferimento de *habeas corpus* coletivos.

Primeiro, interessante notar que a maioria dos *habeas corpus* coletivos impetrados na sistemática jurídica brasileira tratam de pacientes vulneráveis, em situações limítrofes e com hipossuficiências clarificadas,²⁴¹ como aqueles detidos em situações de mazelas nos presídios superlotados (*vide* Estado de coisas inconstitucional)²⁴², pessoas carentes, moradores de rua, mulheres

²⁴¹ Por exemplo, já foi impetrado *habeas corpus* coletivo pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em favor “todas as pessoas que se encontrem trabalhando informalmente como guardadores de veículos na comarca de Volta Redonda-RJ, popularmente conhecidos como ‘flanelinhas’”, a fim de que não fossem removidos, conduzidos ou autuados pela suposta prática de exercício ilegal da profissão, o que vinha ocorrendo naquela localidade, sob a equivocada invocação da prática da contravenção penal capitulada no art. 47 do Decreto-Lei nº. 3.688/1941. Ou ainda no caso ocorrido no mês de junho de 2013, pelo qual “os excessos da atuação policial levaram entidades estudantis de São Paulo a impetrar *habeas corpus* coletivo preventivo, objetivando a proteção dos participantes das manifestações convocada pelo ‘Movimento Passe Livre’, contra a realização de prisões injustificadas, além da garantia de que não haveria detenções pelo porte de substâncias inofensivas, tais como vinagre ou máscaras”. Aliás o *habeas corpus* foi indeferido pelo tribunal sob a alegação que “nos estreitos limites do juízo provisório que caracteriza [a apreciação do pedido de liminar], não há espaço para exame valorativo e aprofundado de todos os fatos invocados (...), de molde a se poder aquilatar se estaria realmente ocorrendo ou não o alegado abuso por parte dos órgãos encarregados do policiamento preventivo e repressivo do Estado, de forma a se poder cogitar a concessão da medida liminar preventiva almejada” (TJ/SP, HC nº 5587. Plantão Judiciário de 2ª instância. Decisão liminar. Des. Mário Devienne Ferraz).

²⁴² A situação degradante dos presídios brasileiros é claramente o que a doutrina chama de “estado de coisas inconstitucional”, retirado no voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, no julgamento da cautelar da ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) de n. 347, julgado em 09/9/2015, a partir de decisão proferida pela Corte Constitucional da Colômbia. Segundo o voto “presente quadro de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”. Assim, o STF determinou: a) “ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional; b) a obrigação de todos os juízes e tribunais, observador os artigos 9.3 do Pacto dos

gestantes encarceradas, pobres e com filhos menores.

Isso nos mostra que geralmente os Impetrantes, como a Defensoria Pública, aduz que o tratamento coletivo do remédio heroico desempenha um papel primordial no efetivo transporte do acesso à justiça, que inclusive é direito fundamental humano, aos que mais precisam, já que em um país como o nosso, fortemente marcado pela desigualdade social, a assimetria de acesso direito a direitos também é escasso.

A Justiça é quase algo impalpável para essa parcela da população. Com isso tais instrumentos que abarquem uma quantidade não individualizada de agentes afiguram uma verdadeira e efetiva forma de tornar o acesso ao Judiciário algo material e real.²⁴³ O que se ligaria, inclusive, à densificação do *prima pricipium* da dignidade da pessoa humana.

Aliás, a sociedade contemporânea, diante de uma modernização da visão antiga do direito meramente positivista, contratual e individualista fez perpassar em seu interior a tutela coletiva de direitos, como, por exemplo, à tutela da proteção do meio ambiente sadio e equilibrado, direito fundamental e humano de terceira geração, disponível, coletivo e transindividual. Com isso, transmutou-se a visão de que apenas o titular de um direito poderia levar sua *quaestio* a apreciação do Judicial, hoje já se fala em diversas ações de trato coletivo, como a ação civil pública, a ação popular, mandado de segurança coletivo, dentre diversos outros instrumentos tipicamente constitucional.

Diante dessa nuperríma realidade é possível, pois, que agora um fato, de gravidade danosa não mais apenas repercuta na esfera uma parcela menor da sociedade, mas sim de toda ela, o que origina ao Estado o poder-dever de resguardar tais violações de forma múltipla, com o intuito de organizar de maneira mais sintética as necessidades do novo *ethos* social e dar “respostas supra individuais a desafios massificados”.²⁴⁴

Os defensores trazem à baila que essa tutela eleva a individualidade a

Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”. In **LENZA**, Pedro. Op. cit., p. 299.

²⁴³ Conforme o parecer da Universidade Estadual do Rio de Janeiro da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade da UERJ, produzida pelo Dr. Daniel Sarmento e como visto em: <<http://www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>>

²⁴⁴ Ibidem.

um patamar de todos, na qual seja medida obrigatória para se evitar o tráfego inerte da máquina estatal do judiciário no Brasil. É comum se vislumbrar que, diante de uma simples lide que é protocolada na primeira instância, a resolução da questão seja trazida a postos depois de vários anos ou décadas: a morosidade da justiça no Brasil é algo arraigado e recorrente, que não parece ter uma solução prática a olhos vistos.

A união em um único procedimento judicial de inquirições que podem estar espalhadas em algumas milhares de ações se traduz em uma economia de papel, mão de obra e recursos que poderiam estar sendo utilizados em outros campos estatais, o que se transforma em uma verdadeira efetividade do princípio da celeridade processual, acesso à justiça e quiçá da ampla defesa e do contraditório.

E não é só isso, a liberdade de locomoção, para estes, não pode mais ser vista como algo isolado, restrito a apenas o ir, vir e ficar de uma pessoa, esta ultrapassa sua esfera e pode atingir um amplo contingente social. É o típico caso prático de presos de um sistema prisional, de pessoas que se estabelecem para exercer seu direito de reunião ou ainda a manifestação da liberdade do pensamento, em uma passeata, por exemplo.

Nesses casos um ato coator ou ilegal de uma autoridade pública ou do particular adquire um espectro coletivo, não sendo plausível que cada pessoa ali atingida por esse evento negativo tenha de figurar obrigatoriamente como um sujeito ativo distinto.²⁴⁵

Daniel Sarmiento²⁴⁶, inclusive, leciona que o *habeas corpus* é um instituto maleável, plástico que pode se adaptar a cada tempo e aos desafios de cada época, amalgamando-se as vicissitudes da contemporaneidade. A multiplicidade de desafios, de casos práticos que vem a superfícies no que tange a proteção da liberdade faz-se demandar uma tutela judicial moldável e informal, com o fito de se conferir uma proteção integral. Tanto é assim que, conforme se viu no capítulo anterior, o uso do *habeas corpus* quanto a sua aplicabilidade fática de cunho processual se distancia do princípio da formalidade tão caro a outras espécies judiciais, como recursos e petições dirigidas a Cortes superiores.

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ Ibidem.

A petição do *writ* poderá ser dirigida por qualquer meio físico possível, mormente famosa é a frase nos bancos universitários, quando se inicia o aprendizado do instituto pelos alunos, ditada pelos docentes de Direito em que o *habeas corpus* pode ser escrito em qualquer lugar “inclusive em um papel de pão”.

E na prática se observa exatamente isso: presos redigindo a petição do remédio constitucional em lençóis ou até em papéis higiênicos. Inclusive, como se viu, qualquer pessoa poderá impetra-lo, com advogado ou não, em seu favor ou não, podendo o juízo concedê-lo de ofício, como um poder-dever daquela autoridade judiciária com a tutela de apreciação.

Por isso que “nem se diga que a natureza personalíssima da liberdade ambulatorial constituiria óbice à sua proteção coletiva. Se tal característica não impede a larga aceitação da substituição processual no *habeas corpus*, não faz sentido utilizá-la para vedar que uma pessoa ou órgão represente os interesses individuais decorrentes de uma violação à liberdade de origem comum.”²⁴⁷

Existe até mesmo o que se pode chamar de máxima potencialidade de uma extração das regras processuais existentes, para se perseguir uma proteção mais adequada provável, ou seja, para cada tipo de violação, a justiça²⁴⁸ deverá prover uma resposta estatal condizente com aquilo que foi posto a sua análise.²⁴⁹

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ Marinoni diz: “Se o juiz não tem apenas a função de resolver litígios, porém a de zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional, sem poder resignar-se a aplicar a técnica processual que possa conduzir a uma tutela jurisdicional inefetiva, é certo dizer que o seu dever não se resume a uma mera resposta jurisdicional, pois exige a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. Ou seja, o dever do juiz, assim como o do legislador ao instituir a técnica processual adequada, está ligado ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, compreendido como um direito necessário para que se dê proteção a todos os outros direitos.” In “O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”, como visto em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>

²⁴⁹ E continua: “O jurisdicionado não é obrigado a se contentar com um procedimento inidôneo à tutela jurisdicional efetiva, pois o seu direito não se resume à possibilidade de acesso ao procedimento legalmente instituído. Com efeito, o direito à tutela jurisdicional não pode restar limitado ao direito de igual acesso ao procedimento estabelecido, ou ao conceito tradicional de direito de acesso à justiça. Não importa apenas dizer que todos devem ter iguais oportunidades de acesso aos procedimentos e aos advogados, e assim à efetiva possibilidade de argumentação e produção de prova. Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à

Tudo isso querendo se extrair a seguinte análise conglobante e de simples raciocínio: se o ato coator ferir a liberdade individual o *habeas corpus* individual será considerável e bastante. Agora se houver um ferimento aberto de caráter coletivo, a efetiva tutela jurisdicional, conforme lecionou Marinoni, apenas se concretizará com um procedimento similantemente coletivo e abrangente: o *habeas corpus* coletivo. Como se pinçasse o máximo de possibilidades do próprio *habeas corpus* seja imbrincando-o a preceitos Constitucionais e inclusive a normas internacionais de direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica.²⁵⁰

Assim, o remédio constitucional do *habeas corpus* revela-se, desde os seus percursos históricos, dotado de uma natureza deveras interessante, mais ainda agora na hodiernidade com a questão aqui traçada, tão nova e recente na seara jurídica.

tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas, deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Se o dever do legislador editar o procedimento idôneo pode ser reputado descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz, diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde – e isso nem precisaria ser dito – que não seja violado o direito de defesa. Portanto, deseja-se propor, nesse momento, que o direito à tutela jurisdicional, ainda que sem perder sua característica de direito de iguais oportunidades de acesso à justiça, passe a ser visto como o direito à efetiva proteção do direito material, do qual são devedores o legislador e o juiz, que então passa a ter um verdadeiro dever de se comportar de acordo com o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.”.

²⁵⁰ “Artigo 25. “Proteção judicial: 1 Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.”

Como se pode notar há quem veja plenamente possível a aplicação do *habeas corpus* de maneira indefinida, tendo como vários sujeitos indeterminados seus pacientes. Porém, noutra giro, há quem pense em contrário. Que este deve apenas ser utilizado em casos únicos, com um paciente determinado em seu caso específico e subjetivo de constrangimento de sua locomoção. É assim, pois, a dinâmica do direito, ciência humana, aberta e dinâmica.

Passamos assim a apreciar o posicionamento adotado neste trabalho, traçando, pois, o entendimento escolhido e fechando o primeiro estudo de caso em análise.

6.2 Posicionamento adotado neste trabalho.

Ratifica-se aqui o posicionamento que escolhe a possibilidade de se impetrar *habeas corpus* coletivo, sem dúvidas alguma. Senão vejamos.

Quando se fala em Constituição, e conseqüentemente suas normas constitucionais, tem-se logo em mente que esta é um sistema aberto de regras e princípios, visto que se traduz em um amplexo dinâmico de normas e com uma estrutura dialógica, ou seja, encontra-se apta através de sua normatividade em captar as constantes mudanças da realidade, estando abertas às concepções variáveis da justiça e verdade.²⁵¹

Esse entendimento nos faz refletir a Constituição como uma incessante procura, pois o texto Constitucional não está nunca finalizado, de maneira que o trato normativo positivado e a realidade devem perseguir uma completude de modo a que se assevere uma supremacia e força do que a Carta Política emane.

O *habeas corpus* coletivo vem a participar dessa abertura, como uma espécie de transmissora entre a realidade, de se abarcar uma nova tangibilidade de aplicação do instituto milenar que protege o direito de locomoção, e a norma, de forma que se obtenha um equilíbrio destes, não apenas de uma lógica tradicional de uso do *writ*, mas sim pelo trato entre esse mesmo sistema e o *case* transindividual a ser regulado na prática judicial.

²⁵¹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 1.159.

Desta forma, essa nova utilização, tem como seu caractere fundamental um posto que reclame sempre *an eternal dialectical research an open system*, em um papel precípua de ampliar o acervo conceitual do sistema jurídico em uma constante reformulação de conteúdos normativos deste, que tem no lidar dos novos casos um importante fator que acresce a sua normatividade.

As normas constitucionais não podem ser entendidas se não por em voga a clara ideia de inclusão em uma ordem que está sempre por ser determinada, daí se segue que este modo de pensar só vem a contar com “panoramas fragmentários”,²⁵² onde se pode confiar a ela um patamar de importância louvável na ordem constitucional, exatamente quando essas mesmas normas que a compõe são de conteúdo aberto e com um leque grande de interpretações, como o é a que regula o *habeas corpus* no bojo da Constituição originária.

É fácil notar que o *habeas corpus* coletivo vem a “fagocitar” uma concepção de sistema jurídico que seja imutável, já que pressupõe uma concepção mais ágil do direito, doravante um sistema elástico que possa oferecer soluções satisfatórias que se adaptem a nova sistemática jurídica, tornando-o maleável e adaptável as vicissitudes da vida. Essa sistemática transforma o pensamento jurídico, necessariamente aberto, impossível de inserir em uma axiomática reclusa, revertendo este em um pensamento altamente inventivo.²⁵³

Assim, o sistema aberto e a Constituição são campos ideais de intervenção e aplicação dessa forma de pensar que podem inclusive virem a ser preenchidos por esta em uma compatibilidade normalizadora, de modo a possibilitar que seja extraída desta conjugação uma nova teoria hermenêutica, dinâmica e totalmente pluralista, possível de ser utilizada pelos mais diversos operadores do direito. Raramente uma Constituição preenche aquela mera função de ordem e unidade, que faz permissível o sistema se revelar compossível com o dedutivismo metodológico: sendo a Constituição aberta, a interpretação também o é.²⁵⁴

²⁵² Cf. **VIEHWEG**, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Ministério da Educação co-edição com a EdUnb, 1979., pp. 35, 36, 50 e 85.

²⁵³ Cf. **DINIZ**, Maria Helena. **As Lacunas do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 124-125.

²⁵⁴ Cf. **BONAVIDES**, Paulo. Op. cit., p. 495.

O que se vislumbra, neste caso, é a própria aplicação do poder constituinte difuso.²⁵⁵ Ou seja, um poder de fato, pelo qual serve de fundamento para os mecanismos de atuação da mutação constitucional,²⁵⁶ sem alterações nos signos linguísticos da própria norma maior.

Essa mutação não seriam alterações físicas e palpáveis no seio de uma Constituição, materialmente perceptíveis, mas sim novas interpretações de significados e sentidos de um texto constitucional e suas normas. A transformação não se encontra nas palavras *per se*, mas na interpretação daquela regra ditada: o texto permanece inalterado, mas seu entendimento não.²⁵⁷

Barroso,²⁵⁸ por exemplo, leciona que “a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação no seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando, respaldada, portanto, pela soberania popular.”

Entendo, pois, que o que ocorreu com a norma constitucional originária do *habeas corpus* foi uma verdadeira mutação,²⁵⁹ que só ainda não foi

²⁵⁵ O poder constituinte difuso é assim chamado porque se “faz ou transforma as Constituições [...] destina-se a função constituinte difusa a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra do Constituinte. Decorre diretamente da Constituição, isto é, o seu fundamento flui da Lei Fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado” apud Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, p. 10. In **LENZA**, Pedro. Op. cit., p. 234.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 233.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 162.

²⁵⁸ Apud **BARROSO**, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**, 2. ed., pp. 126 e 127 in **LENZA**, Pedro. Op. cit., pp. 162-163.

²⁵⁹ Mutações esta sendo vista em diversos outros casos na seara jurídica brasileira, como por exemplo no próprio Código Penal: “antes do advento da Lei n. 11.106/2005, os arts. 215, 216 e 219 traziam a expressão ‘mulher honesta’. Quando falamos que esta expressão sofreu uma mutação interpretativa, não queremos dizer que o artigo em si foi alterado, mas, sim, que o conceito de ‘mulher honesta’, ao longo do tempo, levando em consideração os padrões aceitos pela sociedade da época, adquiriu significados diversos. ‘Mulher honesta’ no começo do século XX tinha determinado

declarada assim pela Suprema Corte, mas não o precisaria ser feita, já que a interpretação constitucional hoje não precisa ficar restrita ao meio judicial.

Deve-se dar a esta um azo democrático, pois passa a se cercar de diversos operadores o processo hermenêutico, em seu sentido lato, como um processo aberto e público como realidade constituída e altamente publicitada, não sendo possível estabelecer-se um elemento fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição, no sentido concretista de interpretação da Constituição aberta de Peter Häberle.²⁶⁰

Mas não é só isso. Além da discussão propedêutica, especificamente neste campo de atuação, temos que perpassa-la e trazer a um campo de discussão prática.

Quando se fala em *habeas corpus* coletivo, vem à tona todo um contexto social e política da situação de certa parcela da sociedade brasileira, como se viu anteriormente. São pessoas que se situam na fronteira da marginalização econômica e social, que não tem sequer acesso aos itens mais básicos de sobrevivência, quem dirá o acesso a justiça para proteger o bem mais caro a sua inerência enquanto ser humano: sua vida e liberdade.

Este instituto vem quebrar paradigmas e estigmas diante do clássico positivismo jurídico Kelseano, que apenas vislumbra a justiça e o direito como a aplicação pura da norma positivada e o direito Constitucional como a norma hipotética fundamental, posta, pura dentro do puro dever-ser, ou seja, livre de influencias sociais, políticas, humanas, naturais e essenciais a aplicação do Direito como ciência meramente humana.

significado, diverso do que adquire a 'mulher honesta' dos dias atuais. 'Mulher honesta' em uma cidade talvez tenha um significado diverso do que adquire em cidade de outra localidade. Como visto, essa evolução da sociedade que vinha sendo percebida pelo Judiciário, sensibilizou o legislador, que revogou por meio da Lei n. 11.106/2005 diversos dispositivos do CP, como os citados, que faziam menção à figura da 'mulher honesta' in *Ibidem*. Ou ainda, pode-se vislumbrar mutação constitucional no caso do casamento homoafetivo, onde o Supremo Tribunal Federal em decisão histórica no Brasil, se coloca a frente ao Poder Legislativo e fazendo uma interpretação abrangente, extensiva ao texto da Constituição, traz uma decisão onde a família não é apenas aquela conhecida tradicionalmente naquela que comporta apenas "homem e mulher" no seu bojo, mas também inclui pessoas do mesmo sexo, conferindo-lhes os mesmos direitos e deveres, restritos anteriormente aos heterossexuais.

²⁶⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional...*, pp. 41-42; BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pp. 509 e ss. e MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 318.

A utilização do *writ* de forma coletiva, além do mais, vem apenas a densificar diversas normas constitucionais, normas, aliás, vista em seu sentido mais amplo de regras e princípios, tais como a dignidade da pessoa humana, ampla defesa e contraditório, efetividade da justiça e celeridade processual, celeridade esta que é bastante plausível nesta análise, pois milhares de processos judiciais individuais, nas quais abarrotam as salas dos juízes no cotidiano²⁶¹, podem se travestir de uma única ação que engloba um número de pessoas e faz resultar em algo real e aplicável a estas de forma eficaz e progressiva.

Assim, resta claro que é totalmente possível a utilização do *habeas corpus* coletivo na seara jurídica brasileira, já que um instrumento que só tende a crescer e que pode agregar diversas situações de risco do direito de locomoção *strictu sensu* de um grupo de pessoas.

A sensibilidade do legislador, aliás, deveria aflorar e como fez com outros remédios constitucionais, e legiferar um novo *writ* através de uma atualizada legislação para suprir a lacuna legal, diante desse novo cenário de mudança social.

7. Estudo de Caso II: “*Habeas corpus* e o direito animal: ‘um ser não humano pode ser protegido diante de um constrangimento ou coação ilegal ante sua liberdade de locomoção’?”

7.1 Novos paradigmas do direito ambiental e animal como possível sujeito de direito

²⁶¹ Aliás, “o estoque de processos sem decisão na Justiça brasileira continua a crescer. Eram 76,9 milhões em 2015. Em 2016, passaram para 79,7 milhões, uma elevação de 3,6%. Os números fazem parte do Relatório ‘Justiça em números’, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que abarca todos os tribunais, com exceção do Supremo Tribunal Federal (STF). A chamada taxa de congestionamento — percentual de processos em tramitação sem decisão — continua alta: 73%, ou seja, apenas 27% foram solucionados.”, como visto em <<https://oglobo.globo.com/brasil/numero-de-processos-sem-decisao-cresce-na-justica-brasileira-21783423#ixzz59VUexu72>>

Desde a primeira Conferência mundial a respeito do meio ambiente, em Estocolmo, no ano de 1972²⁶², produzida pela ONU, os paradigmas do direito ambiental se transmutaram em face aos novos entendimentos sociais, políticos e culturais no mundo.

Se considerando, hoje, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um direito humano de terceira geração, pois coletivo, transindividual, difuso e de aplicabilidade imediata e integral, no qual veio consagrado em nossa Carta Política no artigo 225 e seguintes.²⁶³ Sendo o meio ambiente, segundo o STF, incorporado em suas diversas vertentes, como a natural, artificial, laboral e cultural.²⁶⁴

Muito se alterou quanto às visões informativas a seu respeito. Por exemplo, o direito tradicional vem a trazer o meio ambiente com um amplexo

²⁶² As conferências mundiais a respeito do meio ambiente são consideradas fontes formais internacionais do Direito Ambiental. Sendo a primeira, como se disse, a de Estocolmo ocorrida no ano de 1972 e promovida pela Organização das Nações Unidas, também chamada de “Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano”, produzindo o documento chamado “Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano”, tratando do primeiro documento do direito internacional a reconhecer o direito humano a um meio ambiente de qualidade, no qual significa aquele que permite ao homem viver com dignidade. Diversas outras conferências surgiram após como a “Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992” ou “ECO 92”, bem como a “Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Sustentável de 2002” ou “Rio +10” e “Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável de 2012” ou “Rio +20” in **THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, pp. 41 a 46.

²⁶³ Diz a CF/88: “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. “

²⁶⁴ “ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.” (STF - ADI: 3540 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/02/2015, Data de Publicação: DJe-025 DIVULG 05/02/2015 PUBLIC 06/02/2015)

antropocêntrico, o que quer dizer que o homem *per si* é o ser que está no centro do Universo, pelo qual todo o resto gira em torno do seu eixo. Através desse entendimento a proteção ambiental serve ao homem e só a ele, como se este não fosse parte do meio, e os outros animais, a fauna, a flora, o solo, subsolo, o ar e os recursos naturais não fossem bem tuteláveis, destacados, independentemente da raça humana, onde há uma clara dependência daquele para com este.²⁶⁵

Tal visão encontra-se totalmente mitigada pela doutrina atual e quiçá também é considerada um pouco ultrapassada pelos estudiosos e interpretes do direito constitucional ambiental. Tanto é assim que há dentre os estudiosos da matéria àqueles que pensam divergente do esposado, o que vem sendo cada vez mais aceito e ganhando forma diante da crise ambiental no mundo, que como se sabe, corporifica a criação de normas jurídicas nacionais e internacionais a respeito do meio ambiente.²⁶⁶

É o caso do ecocentrismo, no qual defende o valor não instrumental dos ecossistemas e da própria ecosfera, em que o equilíbrio se transpõe preocupação maior do que o surgimento de cada ser vivo em termos subjetivos. Diante da necessidade de assegurar o equilíbrio da natureza, o ser humano deve se limitar a determinadas atividades agrícolas e da indústria, e aceitar de uma forma clara o seu lado biológico e ecológico, resplandecendo como um dos elementos da natureza.²⁶⁷

²⁶⁵ Como diz António Almeida: “o antropocentrismo defende a centralidade indiscutível do ser humano e valoriza a natureza de um ponto de vista instrumental. Tal centralidade não implica a negação da necessidade de preservação da natureza, uma vez que o mundo natural constitui um recurso quase ilimitado, susceptível de poder ser utilizado para os mais diversos fins humanos (agrícola, industrial, medicinal)” in **AMADO**, Frederico. **Direito Ambiental**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 30.

²⁶⁶ Por isso que são consideradas também fontes do direito ambiental, agora como “fontes materiais” aquelas que trouxeram a tona a consciência ambiental em todo o sistema jurídico global, sendo estas primordiais para a elaboração e criação dos primeiros princípios de que trata a matéria, sendo por exemplo, o esgarçamento da camada de ozônio, a crise hídrica planetária, o aquecimento global e as mudanças climáticas, a questão dos resíduos sólidos, líquidos e gasosos provenientes da indústria e do consumo em grande escala pela população mundial, com a conseqüente geração de lixo. Ou ainda, a perda da biodiversidade, conglobando a extinção da fauna, flora, habitats naturais, introdução de doenças exóticas, exploração excessiva de recursos naturais, contaminação do solo e das águas e por fim as tragédias ambientais, como a de Fukushima ou Chernobyl. In **THOMÉ**, Romeu. Op. cit., pp. 31-38.

²⁶⁷ Cf. **AMADO**, Frederico. Op. cit., p 31.

Ainda subsistindo uma terceira visão, sustentada por alguns autores como Peter Singer, se baseia a existência de valor nos demais seres vivos, independentemente da existência do homem, precipuamente os mais complexos, a exemplo dos mamíferos, já que são seres sencientes, ou seja, possuem certa percepção, como inclusive a dor e o prazer. Por esta tão importante corrente a vida é levada como um fenômeno único, tendo a própria natureza um valor intrínseco e não instrumental, o que trará uma consideração aos seres vivos não integrantes da própria raça humana, mas de uma maneira global e integrada.²⁶⁸

Inspirada no biocentrismo é que surge, notadamente nos últimos anos, a defesa dos direitos dos animais, ou abolicionismo (*abolitionism*)²⁶⁹, movimento que vai contrário à utilização dos animais como instrumentos do homem, sua propriedade, colocando-os, inclusive, como sujeitos de alguns direitos, principalmente aqueles sencientes e autoconscientes.

Sendo, pois, a partir dessas indagações, que manifestos e movimentações de ambientalistas voltaram os olhos para a causa animal, transmutando-o de um sujeito inanimado sem direitos, para um ser, possível, agora de ter algum direito, devendo ser protegido, não mais apenas socialmente, mas também juridicamente.

Sempre foi de praxe na seara jurídica colocar os animais não humanos como *res*, ou coisas, susceptíveis de apropriação e comercialização. Por exemplo, o Código Civil brasileiro em seu artigo 1.447, dispõe que os animais utilizados na indústria e os destinados à industrialização de carnes e derivados, possam ser objetos de penhor mercantil e que as crias dos animais pertencem ao usufrutuário, conseqüentemente, portanto, os animais pertenceriam ao

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Segundo o manifesto abolicionista: "We, the ABOLITIONISTS, meeting in the First World Conference on Bioethics and Animal Rights, held at October, 8 to 11, 2008, in Salvador, Bahia, are committed to the following values: 1.All animals have intrinsic value and basic rights to life, freedom, physical and mental integrity and not to be owned..Any violation of these rights is incompatible with the principles of ethics; 2.The abolition of all forms of use and exploitation of animals, such as food, scientific experimentation, entertainment, clothing, trade, hunting and any other practice that violates the basic rights cited above. 3.The recognition of animals as legal subject and repudiation of all forms of discrimination, violence and malfeasance. 4.The veganism, which is the refusal to consumption of animal products or derived from its exploitation." Como visto em:

<<http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/abolitionistmanifest.pdf>>

proprietário da terra, espeque artigo 1.397.²⁷⁰ Mormente, inclusive, que os bens particulares, como os animais, podem assim ser colocados a livre disposição no comércio e o dono poderia vir a receber indenização por qualquer dano provocado por terceiro ou pelo próprio Estado.

Já o meio ambiente, por essa nova concepção, considerado em si mesmo, como um todo global, o que inclui os animais, podem (e devem) sofrer limitações, mesmo sendo ainda considerados propriedades (os domésticos e domesticados), ou não (os silvestres), pelo princípio da função social.

A nossa Carta Magna ao estabelecer o meio ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade vida assegura logo após que é dever de todos “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”, em uma nítida carga de biocentrismo.

Por este fato é que diante desse cenário constitucional-ambiental-animal, já se decidiu expressamente ser prontamente inconstitucionais normas que previssessem as brigas (ou rinhas) de galo, prática cruel, que se colocava em pleno conflito com a norma constituinte originária.²⁷¹

²⁷⁰ Art. 1.397. “As crias dos animais pertencem ao usufrutuário, deduzidas quantas bastem para inteirar as cabeças de gado existentes ao começar o usufruto” e Art. 1.447. “Podem ser objeto de penhor máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos, instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais, utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração das salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados; matérias-primas e produtos industrializados.”

²⁷¹ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE “BRIGAS DE GALO”. A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. (STF - ADI: 2514 SC, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 29/06/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 09-12-2005 PP-00004 EMENT VOL02217-01 PP-00163 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, 42-47)” e “INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. “Rinhas” ou “Brigas de galo”. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas “rinhas” ou “brigas de galo”. (STF - ADI: 3776 RN, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 14/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-

Ou ainda, a que analisou a questão da “farra do boi” (e a declarou inconstitucional), prática se um determinado estado brasileiro pelo qual consiste em “pegas e correrias de boi pelo mato afora, em época santa”, em que o “boi é tornado objeto sacrificial, oferecido como hóstia repartida aos consortes”.²⁷²

Sendo, hoje, o mais paradigmático a questão da vaquejada, esporte típico do nordeste brasileiro, pelo qual “consiste em uma competição onde uma dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar um touro, puxando-o pelo rabo, de forma a dominar o animal em uma área demarcada. A prática da vaquejada é considerada atividade esportiva e cultural fundada no Nordeste brasileiro. Entretanto, para a Procuradoria Geral da República, autora da ADIn depois que foi profissionalizada, passou a oferecer riscos aos animais, uma vez que os bovinos ficam enclausurados antes de serem lançados à pista, ‘momento em que são açoitados e instigados para que entrem agitados na arena quando da abertura do portão’”.²⁷³ E que o STF declarou tal prática regulada por lei inconstitucional.²⁷⁴

02282-04 PP-00716 RTJ VOL-00202-02 PP-00620 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 104-109 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 118-121”

²⁷² “COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. (STF - RE: 153531 SC, Relator: FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 03/06/1997, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388)”

²⁷³ Como visto em:

<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI246980,11049-STF+Lei+que+regulamenta+vaquejada+no+CE+e+inconstitucional>>

²⁷⁴ Depois da decisão da Suprema Corte, o Congresso Nacional, em tempo recorde, provavelmente influenciada pela bancada ruralista e pelo *lobby* do esporte naquela Casa, expediu uma Emenda Constitucional onde infere que “*não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.*” Interessante notar, que nessa questão a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo não vincula o Poder Legislativo, para se evitar o que a doutrina categorizou de “engessamento” ou “fossilização” da Constituição. Sendo plenamente possível, e como assim o foi, que a nova emenda seja novamente submetida ao crivo do Judiciário para análise de sua constitucionalidade (a PGR já adentrou com a devida Ação Declaratória de Inconstitucionalidade em face da Emenda, alegando exatamente

Há uma sequência de normas que regulamentam o texto constitucional brasileiro e fazem por onde dar a proteção aos animais, como o Código Florestal (Lei 12.651/12), Lei das Unidades de Conservação (Lei 9.985/00), dentre diversas outras.

Por exemplo, a Lei 9.605/98, ou Lei dos Crimes Ambientais, considera em seu artigo 32, crime ambiental “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” sob pena de detenção de três meses a um ano e multa. Incorrendo nas mesmas penas “quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existem recursos alternativos”. Aumentando-se a pena de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

A Lei 11.794/2008 vem a regulamentar o procedimento científico de animais, esposando sobre a criação e utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa científica, em todo o território nacional. Quando, por exemplo, for inevitável se utilizar de animais vivos em experiência, que possam causar dor ou angústia, deverão ser desenvolvidos sob sedação, analgesia ou anestesia adequada.

Ditando que em programa de ensino, sempre que forem utilizados procedimentos traumatizantes, vários procedimentos poderão ser feitos em um único animal, desde que todos sejam executados durante a vigência de um único anestésico e que o animal seja morto antes de recobrar a consciência, elevando de sobremaneira o bem-estar animal. É o que se conceitua “morte humanitária”, pelo qual englobe o mínimo de dor ou sofrimento mental possível.

Internacionalmente a proteção do animal e seu bem-estar físico e mental podem também ser vislumbrados. A principal publicação que marcou o século XX trata da Declaração Universal do Direito dos Animais de 1978, proclamada pela UNESCO na Bélgica, onde são arrolados direitos à existência, respeito, proteção do homem, liberdade animal selvagem, ressaltando que a morte de um animal sem necessidade caracteriza-se como biocídio, atentando, destarte, contra a própria vida.

o ferimento do direito constitucional de se resguardar o bem-estar dos animais). Como visto em
<<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-reafirma-inconstitucionalidade-das-vaquejadas>>

Nos Estados Unidos da América, cerca de quarenta e seis Estados possuem legislação anti-crueldade animal.

A Constituição do Equador²⁷⁵ prevê a natureza como sujeito de direitos e a Carta corporifica raízes ancestrais do povo com a *pacha mama*.

A Suíça faz referendo popular para decidir se animais tem direito a um advogado²⁷⁶

Com isso, diante de toda essa proteção legislativa abre-se o leque de uma clara mudança paradigmática, ou seja, uma transformação de conceitos pré-concebidos ao próprio paradigma que surge: seriam agora os animais sujeitos de direitos, podendo estar em juízo de forma ativa para defender seus direitos, mesmo que seja através da devida representação, tal como já se procede com os condomínios, o próprio nascituro, as sociedades de fato, irregulares ou as não personificadas, a massa falida, o espólio, a herança vacante ou jacente, os órgãos públicos da Administração direta, como verdadeiros entes? Existe uma nova verve do direito que estuda e analisa essa nova percepção: a Teoria dos Direitos Animais.²⁷⁷

Ser sujeito de direitos é ter alguma titularidade, seja de algum direito ou de dever, de pretensão, de ação, de obrigação, de exceção, de ser autor, réu, embargante, recorrente, oponente, assistente, reclamante, requerente. É ser titular de alguma situação jurídica, seja como parte da própria relação esposada, seja como uma mera disposição no seio jurídico. É “de todo ente,

²⁷⁵ Talvez a maior contribuição da nova Constituição Equatoriana seja a visão biocêntrica que apresenta, ao introduzir o conceito de ‘direitos da natureza’. Em seu preâmbulo celebra “a natureza, a Pacha Mama, de que somos parte e que é vital para nossa existência” e invoca a “sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade”. Do capítulo sétimo da nova Constituição constam os “Direitos da Natureza”. Em seu art. 71, dispõe: “A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente. O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.” Como visto em <http://www2.stf.jus.br/portaIStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortaIInternacionalFoco&idConteudo=195972>

²⁷⁶ Cf. **AMADO**, Frederico. Op. cit., p 32-33.

²⁷⁷ Cf. **GORDILHO**. Heron José de Santana e **SILVA**. Tagore Trajano de Almeida. **Animais em Juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual**. Revista de Direito Ambiental, 2012.

seja grupo de pessoas, sejam universalidade patrimoniais, a que o ordenamento jurídico atribui capacidade jurídica e que, por isso, detém titularidade de posição como termo, ativo ou passivo, em relação jurídica de direito material”.²⁷⁸

Para Pontes de Miranda, além da capacidade extirpada própria no direito, na qual foi acima mencionada, são as condições sociais daquele momento presente histórico que poderá também determinar a personalidade, assim, aqueles que tem a possibilidade de serem sujeitos de direito e deveres no ordenamento jurídico, naquele próprio contexto social.²⁷⁹

Ou seja, resta claro que, além do requisito tradicional do direito posto, para ser sujeito de direito, o ser, necessariamente, também deve estar conglobado em contexto social diferente, elevado a um patamar mais claro de proteção e sujeição tanto as leis, quanto ao meio social, político e econômico. E este foi o caso dos animais: estes agora podem (e devem) ser reconhecidos como sujeitos (de direitos) não humanos personificados, pois preenchidos os requisitos para o mesmo, tanto no que tange o contexto positivo, tanto no que tange no contexto social atual.

Os sujeitos personificados são as pessoas, que podem ser físicas ou jurídicas, as físicas são sujeitos de direitos humanos e as jurídicas, não humanos. Os sujeitos humanos são os homens e as mulheres, estes surgindo para o direito desde a concepção, garantindo o nascituro, alguns direitos. Os sujeitos de direitos não humanos, são os demais, e por óbvio, daí incluem-se os animais. Conforme tal classificação, este sujeito é titular de um interesse em sua forma jurídica, já que nem todo sujeito de direito é pessoa humana e nem todas as pessoas, pois, para o direito são também seres humanos. Por isso que, sob esta novíssima percepção os animais já concebidos como sujeitos de direitos para o entreposto legal de toda a sistemática de proteção do direito ambiental, conferindo aos animais verdadeiros direitos subjetivos, podendo os mesmos ir a juízo reivindicá-los, não se limitando, assim à mera legislação, mas abrangendo também dimensões éticas e morais.²⁸⁰

²⁷⁸ Ibidem, p. 344.

²⁷⁹ Ibidem, p. 346.

²⁸⁰ Ibidem, p. 352.

Por óbvio que os animais deverão ir a juízo com a devida representação, do seu polo passivo, como por exemplo, de Organizações não Governamentais, Associações de Defesa dos Animais e até do Ministério Público, ou ainda por seus guardiões, quando haver em questão animais domésticos ou domesticados, por não possuírem a capacidade civil plena, mas resta claro que a Teoria dos Direitos dos Animais propõe e já aceita a mudança do *status quo* dos animais perante a sistemática jurídica atual.

Sob tal ordenação os animais ao nascerem com vida, são seres sujeitos de esteio legal em virtude de aa normas os protegerem sem qualquer distinção, vez a valorização do ser vivo há de ser compreendida de maneira plena, inserida na sua função ecológica e ambiental, tanto como um individuo subjetivo, tanto como espécie, possuindo, assim, uma personalidade judiciaria, pela robustez das mesmas normas que os protegem perante os abusos e maus tratos, perpassando a clássica ideia que o direito é um instrumento de pacificação social destinada exclusivamente para o homem.

Tal entendimento ainda não é pacifico na doutrina, é claro, já que: “entender que os animais são portadores de direitos morais é tentar repensar o direito através de uma nova hermenêutica que reafirme um ideal de mudança ao ensinamento de que o direito é apenas um sistema de regras criadas e impostas por instituições governamentais para reger somente a vida de alguns seres humanos. Esta concepção é constituída de um equívoco por pensar o direito como um sistema de regras precisas e definidas, com leis escritas que trazem consigo a compreensão integral de seus significados, implicações e intenções.”²⁸¹

E é através dessas novas intenções e *script* pelo que se tomou o direito, amplamente esposado acima, sob a ótica animal, que a jurisprudência vem se contorcendo juridicamente para dar abertura ao campo dos direitos de locomoção dos seres não humanos, quando estes sofrerem um constrangimento ilegal ou abuso no seu direito de ir e vir.

O instituto do *habeas corpus* seria possível de ser utilizado para se expedir um salvo-conduto ou alvará de liberdade para aqueles animais que

²⁸¹ Cf. **SILVA**. Tagore Trajano de Almeida. **Direito Animal E Hermenêutica Jurídica Da Mudança: Animais Como Novos Sujeitos De Direito**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009.

vivem confinados em zoológicos ou em outros locais que não possuem a devida qualidade para sua mínima digna existência? Mesmo diante de todo o alargamento de proteção de direitos a estes além desses novos e atuais entendimentos de que os mesmos são sujeitos de direitos jurídicos como seres não humanos personificados?

A controvérsia jurisprudencial se instalou em diversos ordenamentos, sendo tanto pela possibilidade, quanto pela não possibilidade, com as mais diversas justificativas. E é esta a análise que se permite discorrer agora.

7.2 Casos Brasileiros e a impossibilidade do *habeas corpus* aos animais

No Brasil, o classicismo impera e por diversas vezes os Tribunais, sendo inclusive pacífico o entendimento, no qual não é possível o deferimento do remédio do *habeas corpus* para animais, principalmente para primatas, como chipanzés, mormente o Superior Tribunal de Justiça também já ter decidido desfavoravelmente o *writ* a dois bois.

O Supremo Tribunal de Justiça em seus introitos decisórios é bem claro, direto e sucinto: “nos termos do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República, é incabível a impetração de *habeas corpus* em favor de animais. A exegese do dispositivo é clara. Admite-se a concessão da ordem apenas para seres humanos. Nesse sentido, confira-se a dicção da norma: ‘Art. 5º (...) 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”. Assim, se o Poder Constituinte Originário não incluiu a hipótese de cabimento da ordem em favor de animais, não cabe ao intérprete incluí-la, sob pena de malferir o texto constitucional. [...] Ante o exposto, indefiro a petição inicial e determino a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 267, inciso IV, e 295, inciso I, ambos do Código de Processo Civil.”²⁸²

Ou ainda: “o processamento do feito afigura-se inviável. Com efeito, além do posicionamento deste Sodalício de que o legislador constitucional não incluiu a hipótese de cabimento do *writ* em favor de animais (HC 96344/SP, rel.

²⁸² HC 96344/STJ. Relator Ministro Castro Meira, julgado em 04/12/2007.

Min. Castro Meira, DJe 07/12/2007). Diante do exposto, com fundamento no art. 210 do RISTJ, INDEFIRO LIMINARMENTE o habeas corpus.”.²⁸³ Essa tendência também é seguida pelos Tribunais de Justiça Estaduais.²⁸⁴

Indo um pouco mais além do que os Tribunais, quanto ao cabimento mais efetivo do instrumento para a salvaguarda do direito de locomoção dos animais, no *habeas corpus* impetrado em primeira instância pelo Ministério Público do Estado da Bahia em favor da chimpanzé Suíça,²⁸⁵ a autoridade judicial, diferentemente dos Juízes de segundo e terceiro graus, entendendo “se tratar de matéria complexa, que exige alta indagação e aprofundado exame”, indeferiu o pedido de liminar e recebendo a peça determinou a citação da autoridade coatora para informações, abrindo uma janela única para o mundo jurídico brasileiro, ou seja, não indeferiu de plano o cabimento do pleito por falta de legitimidade, como é de costume.

Na análise propedêutica do remédio viu-se que o sujeito ativo (ou paciente) também é sujeito jurídico. No caso concreto esposado, o juiz em sua percepção inicial, analisou se o *habeas corpus* preenchia as condições da ação, e para isto teve de analisar se o paciente tinha ou não legitimidade *ad causam*, ou seja, se podia ou não ser o titular do direito de liberdade de ir e vir, se o pedido era plausível e se, por fim, tinha o interesse de agir.

É que em nosso sistema processualístico, antes de decidir se recebe a petição vestibular protocolada, o juiz faz a uma cognição prévia do mérito, analisando os elementos constantes da inicial e todos os documentos que a acompanham, somente determinando o chamamento da outra parte quando estiver convencido da veracidade das alegações do autor e da provável probabilidade plausível do pedido, mesmo porque esta decisão não é um despacho simples, mas uma decisão prévia de conteúdo positivo e natureza quase meritória, que inclusive pode vir a extinguir o processo logo de início.

Além do mais, foi preciso também fazer análise os pressupostos processuais, decidindo a respeito da jurisdição competente daquele juízo e se os autores do remédio tinham capacidade processual e postulatória para ingressar com aquele procedimento. Ao fazer esse juízo preliminar de

²⁸³ HABEAS CORPUS Nº 397.424 - SC (2017/0093701-9). Relator Ministro Gurgel de Faria, julgado em 29/04/2017.

²⁸⁴ HC 002637-70.2010.8.19.0000 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

²⁸⁵ HC 833085-3/2005 na 9ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

admissibilidade processual, o juiz se vincula a ser impedido de considerar irregular a inicial e de extinguir o processo sem julgamento de mérito.²⁸⁶

Como descreve o próprio promotor de justiça e autor da ação “infelizmente, no dia 27 de setembro de 2005, a chimpanzé Suíça faleceu, e o processo foi extinto sem julgamento de mérito, tendo a morte da paciente ensejado o perecimento do objeto, que consistia na coação ilegal da sua liberdade de locomoção. Na sentença final, publicada coincidentemente no dia 4 de outubro de 2005, o próprio juiz admite que poderia ter extinguido o feito, ab initio litis, julgado inepta a petição inicial, por impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir em face de uma pretensa inadequação do instrumento processual. Mas não o fez, e ficará na história como o primeiro juiz brasileiro a reconhecer um grande primata como sujeito de direito.”²⁸⁷

O que se pode notar, no caso brasileiro, de forma implacável, é que, apesar de todo o aparato legal no que tange a proteção legislativa quanto aos direitos do bem-estar animal, inclusive de forma constitucional, através do poder constituinte originário, e de diversos meios infraconstitucionais, com a legislação supramencionada, a consideração destes como sujeito de direito pelos Tribunais está ainda no mínimo longe de ser alcançada, restando engessada pelas decisões judiciais que advém dos casos concretos citados. O que é uma total discrepância dicotômica.

Mormente as decisões contrárias em nenhum momento nesses julgados é possível perceber uma análise mais profunda da moderna doutrina ambiental, com as visões biocentricas, da legislação de direito comparado, da questão da mutação constitucional e da analogia que se aplica concretamente aos casos analisado pelos juízes do país.

²⁸⁶ **GORDILHO.** Heron José de Santana e **SILVA.** Tagore Trajano de Almeida. *Habeas Corpus para os grandes primatas*. 2012: RIDB, n. 4.

²⁸⁷ Na sentença, o Juiz afirma: “É certo que, com tal decisão inicial, admitindo o debate em relação ao assunto aqui tratado, contrariei alguns 'juristas de plantão', que se esqueceram de uma máxima do direito romano que assim preceitua: Interpretatio in quacumque dispositione sic facienda ut verba non sint superflua et sine virtute operandi (em qualquer disposição deve-se fazer a interpretação de modo que as palavras não sejam supérfluas e sem virtude de operar) [...] Tenho a certeza que, com a aceitação do debate, consegui despertar a atenção de juristas de todo o país, tornando o tema motivo de amplas discussões, mesmo porque é sabido que o Direito Processual Penal não é estático, e sim sujeito a constantes mutações, onde novas decisões têm que se adaptar aos tempos hodiernos.” in *Ibidem*.

A consideração pátria de ser um animal como um mero bem semovente (e não “um alguém”) incapaz de estar no polo ativo de um remédio constitucional, mesmo com a devida representação, evidencia-se como a estruturação paulatina do pensar jurídico pode ser o resultado de uma herança tradicional meramente positivista que não leva em questão as mudanças sociais e visões novas de mundo. O que também, inclusive, pode se vislumbrar no poder léxico-semântico pelo qual determinadas palavras e seus contextos com os quais o Direito e a própria sociedade se imiscuem: animal, chipanzés, bois, natureza, etc., ou seja, será que não seria esdrúxulo, para o tradicionalismo do direito, conceder algo feito apenas para os homens a alguém que não é homem? Destarte, poderiam pensar positivamente os juízes ao responderem o questionamento. Talvez o próprio preconceito possa estar imbuído em tais decisões, com o temor de se ter tais decisões associados a uma causa nova, nem tão relativamente forte e que não angaria o apoio da maioria da sociedade.

Mas assim não aconteceu com a nação *hermana* da Argentina. Foi amplamente noticiado²⁸⁸ que aquele país foi o primeiro do mundo a conceder efetivamente o primeiro *habeas corpus* a um animal, trazendo uma nova percepção do remédio jurídico e elevando a justiça a um novo patamar evolutivo, saindo do marasmo e tradicionalismo dos bancos dos tribunais a que estão acostumados os operadores do direito. Essa é a análise que se faz a seguir.

7.2 Caso Argentino e a possibilidade do uso do *writ* aos animais

Tudo começou com uma “acciónn de habeas corpus efectuada por el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de A.F.A.D.A. (Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales, com el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek a respecto del chimpancé ‘Cecilia’- sujeto no humano” em Mendonça na Argentina.

²⁸⁸ Como visto em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2017/04/1873048-chimpanze-argentina-ganha-habeas-corpus-e-vai-para-santuاريو-em-sp.shtml>> e

<<https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/chimpanze-argentina-consegue-habeas-corpus-para-ir-para-santuاريو-brasileiro-21162673.>>

Segundo a ação ²⁸⁹ o impetrante, representando o animal, aduz que a primata havia sido privada ilegitimamente e arbitrariamente em seu direito de locomoção de ir e vir e a uma vida condigna tendo sido seus coatores e constrangentes autoridades do zoológico da cidade de Mendonça na Argentina. Considerando, em sua petição, que apesar da paciente ter uma identidade genética similar em 99,4% com qualquer ser humano, foi uma verdadeira escrava daquele local, discriminada por ser daquele espécime, vítima do que a filosofia alcunhou de “especificismo antropocêntrico”, pelo qual estariam a tratando como cativo, privando de seu direito básico de locomoção como a muitos outros não humanos.

Assinalam que um chimpanzé não é um bicho de estimação e tampouco poderia estar sendo usado para o deleite de lazer, cobaia ou experimento de mera exibição. A manutenção de tais animais em cativeiros inadequados, como era o caso de Cecilia, ademais sob esta espécie em particular, constituem um evidente ato de abuso por parte das autoridades que a detém em uma situação de isolamento e confinamento extremo, constituído, assim, tal fato em uma clara transgressão as leis de maus tratos e atos de crueldade frente aos animais bem como a própria lei que visa a proteger a fauna silvestre. Requerendo os representantes, pois, diante de todos os fatos narrados a plena admissibilidade e aplicabilidade do remédio heroico constitucional para o animal.

Indo pelo indeferimento do pleito, o Ministério Público, aduz que a ação é inviável por o paciente carecer do elemento mais importante, qual seja a existência humana e que o animal, segundo a legislação pátria seria apenas uma *res*. Infere também que a ação não possui os requisitos básicos para sua propositura, já que não estaria diante de uma detenção ilegal, mas sim uma medida cautelar pessoal que consiste na privação meramente momentânea da liberdade física ordenada por uma autoridade completamente competente.

Alegando que essa liberdade física é um direito personalíssimo que só possuem as pessoas humanas e não os animais (os chamados sujeitos não humanos), como de maneira dogmática e carente de embasamentos jurídicos suficientes ratifica o não cabimento do *writ* naquele caso em específico.

²⁸⁹ Como poderá ser visto o documento decisório aqui:
<<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/20374/12959>>

Entendendo, além do mais o *parquet*, que a própria organização de proteção animal não teria sequer a capacidade de representação do paciente, já que existe uma improcedência natural dessa sujeição ativa, dado que o titular da ação seria uma pessoa não humana e a titularidade e legitimidade para o polo ativo dessa ação, é reconhecido em favor, pois, apenas de humanos em cuja virtude se confere a possibilidade de exercitar eficazmente seu poder de ação com base na relação existente entre o sujeito, os direitos e interesses legítimos cuja tutela jurisdicional pretende.

Em sua fundamentação, a autoridade julgadora, Dra. S. Amalia Yornet é concisa quanto à causa animal e ambiental, julgando o pleito totalmente favorável a paciente e ao seu representante, concedendo o alvará liberatório do *habeas corpus* a esta. Declarando, ainda, a chimpanzé Cecilia, que se encontrava no zoológico de Mendonça, sujeita de direito não humano. Dispondo do traslado a um santuário animal no Brasil. Solicitar as autoridades locais que provenham às ferramentas legais para fazer cessar imediatamente as graves condições inapropriadas aos animais do zoológico daquele local tais como o elefante africano, leões, tigres, ursos e todas as espécies exóticas que não pertencerem a fauna e flora locais, tudo sobre os seguintes argumentos jurídicos e fáticos.²⁹⁰

Inicialmente, é bem observada no *decisum* a questão do meio ambiente como um direito difuso, ou seja, indisponível, transindividual, coletivo (inclusive já reconhecido por a legislação constitucional daquele país²⁹¹, como o fez a

²⁹⁰ Em interessante reflexão final, a Juíza cita os seguintes grandes pensadores: “Podemos juzgar el corazón de una persona por la forma en que trata a los animales” (Immanuel Kant). “Hasta que no hayas amado a un animal una parte de tu alma permanecerá dormida” (Anatole France). “Cuando un hombre se apiade de todas las criaturas vivientes, sólo entonces será noble.” (Buda). “La grandeza de una nación y su progreso moral puede ser juzgado por la forma en que sus animales son tratados.” (Gandhi)

²⁹¹ Segundo o artigo 41 da CN: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...”

Constituição Brasileira) e, sendo assim, diante de tal importância (e sua amplitude) no que toca a matéria, uma solução a contenda deveria ser posta, obrigatoriamente por aquele Julgador, diferentemente dos tribunais brasileiros que extinguem a ação (geralmente por ilegitimidade ativa) sem sequer adentrar no mérito da causa.

O que já demonstra, sem sombras de dúvidas, uma sobrelevação do direito ambiental a um patamar sequer visto em outros sistemas jurídicos.

Adentrando mais ainda, verveu-se a ideia no julgamento que o meio ambiente não constitui apenas aquele natural, mas também o meio ambiente cultural e seus valores, bem como a qualidade da vida social. Enquanto ao primeiro citado, resta claro que Cecilia esta imbuída na fauna silvestre do país, ou seja, ao meio ambiente natural e que, portanto, restaria protegida pela legislação local da fauna e dos maus tratos contra os animais. Mas vai além.

A proteção do meio ambiente cultural, estando também primada naquela legislação, englobando-se, pois, um direito a qualidade sadia de vida ou direito do ambiente, inclusive as gerações presentes e futuras de forma prioritária, estão, assim, todos protegidos e conectados por um interesse geral da sociedade. Com isso, o caso em questão se engloba de um bem de valor coletivo, representado no bem-estar da chimpanzé, integrante de uma comunidade de indivíduos de todo o zoológico, pertencendo, pois, a paciente tanto ao patrimônio natural bem como o patrimônio cultural, como na medida de sua relação com toda a comunidade humana.

Por isso que uma decisão contrária ao ali requerido poderia ser contraditória com o próprio patrimônio natural e cultural daquele meio social. Se comprovando se hoje aquela sociedade não pode prover a Cecilia um bem-estar digno, o traslado e a mudança para outro local adequado seria o meio mais idôneo, segundo a julgadora, e condigno não só para o individuo animal mas, para toda aquela coletividade, ou seja, a população Argentina.²⁹²

²⁹² Segundo a decisão: "Así pues, Cecilia podrá seguir siendo integrante de 'nuestro' patrimonio ambiental si nosotros, como colectividad, así nos lo proponemos. Em cuanto a nuestra calidad de vida, estoy convencida de que si la comunidad es debidamente informada y educada (art. 41 CN: "las autoridades proveerán a la... información y educación ambientales") acerca de las circunstancias que llevan a la solución que adoptaré, experimentará la satisfacción de saber que actuando colectivamente como sociedad hemos podido darle a Cecilia la vida que merece. La situación actual de Cecilia nos conmueve. Si atendemos a su bienestar no será Cecilia

No que toca a legitimação, tanto da paciente, quanto do seu representante processual, a Julgadora também exarou sua decisão no sentido da ampla possibilidade, fundamentado tal tanto na aplicação direta quanto analógica em consonância com diversas normas de fundo e processuais que regem o direito argentino.

Por exemplo, a paciente está protegida pelo artigo 43 da Constituição Argentina, pelo artigo primeiro da Lei 22.421 de proteção da fauna, pelo artigo 30 da Lei 25.657, que trata da Política Ambiental Nacional, em que a mesma norma habilita a “toda persona” a “solicitar, mediante acción de amparo, la casación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

Também o artigo 1.712, do Código Civil Argentino que legitima a qualquer pessoa que “acredite un interés razonable” a “reclamar” mediante a ação do artigo que se cessem as continuações de um dano. E ainda no artigo 10 do Código de Processo Penal que outorga a legitimação como “querellante particular” a “cualquier persona” em relação a delitos que lesionem “intereses difusos”.

Se percebendo, pois, que apesar da legislação local não definir precisamente a utilização de um *habeas corpus* para um animal especificamente, a autoridade judicial, utilizando sabiamente a interpretação analógica ao caso concreto, subsultando a norma ao caso concreto decidiu de maneira que não priorizasse uma lacuna legislativa em desfavor de uma decisão judicial, o que demonstra uma clara perspicácia quanto ao caso em análise.

Completando, aliás, que o remédio constitucional em questão se atende aos casos onde o objeto principal da demanda seja a liberdade corporal e física, elevados como direitos fundamentais, envolvendo ritos sumários e urgentes, de incidência prévia. Esse instituto, estando destinado a considerar a violação de um direito ou garantia sobre esse ir e vir por um ato de autoridade que se excedeu no marco de sua competência ou quiçá que foi além das premissas razoáveis que esses próprios atos devem ter.

Com isso, como regra de experiência, que se usa em casos judiciais pelo próprio juiz, as sociedades evoluíram tanto em suas condutas morais,

quien estará en deuda con nosotros sino nosotros quienes deberemos agradecerle la oportunidad de crecer como colectividad y de sentirnos un poco más humanos.”

valores e pensamentos, similarmente no que toca a sua produção legiferante. Há mais de um século atrás muitos dos direitos individuais hodiernos explicitamente reconhecidos por as leis constitucionais e por normas de *jus cogens* internacionais eram desrespeitados pela própria sociedade.

Hoje, a juíza enfatiza que podemos perceber como se elevou a consciência quanto alguns fatos e realidades sociais, que se sucederam no passar das eras, que antes não eram sequer reconhecidos por esses atores sociais. Dê-se como exemplo a questão do gênero, do matrimônio isonômico, o direito de voto para as mulheres, dentre diversos outros. Igualmente se vislumbra agora com a causa animal.

A aplicação da norma e do fato na solução da contenda devera ser resolvida pelos Tribunais em conformidade com os princípios emanados pelas leis, na procura de se contribuir a restaurar a harmonia social entre seus protagonistas, onde “en causas en las que está en juego el derecho colectivo a la preservación del patrimonio natural y cultural el juez actúa para ‘proteger efectivamente el interés general’”, conforme leciona o artigo quinto do Código de Processo Penal Argentino e o artigo 32 da Lei 25.675, ou seja, trata-se sem dúvida da própria aplicação da conceituação do direito, como instrumento de pacificação social e a busca da verdadeira justiça, mesmo que esta possa ter diversos sentidos com o parâmetro de quem a veja.

Essa evolução da mentalidade societária demonstra, segundo o *decisum*, que a regra tradicional de se considerar os animais como meras coisas móveis resta ultrapassada, inclusive porque a doutrina ainda não se ocupou completamente sob a discussão aqui em voga. Desta forma, que há mais de dez anos a sociedade começou um processo paulatino de conscientização e aprendizagem sobre a incidência que tem o uso desarrazoado e ilegítimo sobre os bens que compõe seu patrimônio, tanto é assim que diversos sistemas jurídicos limitam a propriedade privada com diversos metaprincípios como a já mencionada função social da propriedade, que engloba a irrestrita proteção ao meio ambiente e proteção animal.

Assim se questiona: será que apenas só o ser humano pode ser considerado como pessoa sujeita de direito? O homem é o único que possui a capacidade de direito? Seguindo os passos de grandes filósofos como Aristóteles, este infere que o ser humano se diferencia do animal porque tem

capacidade de relacionar-se politicamente, de decidir, criar *societas* e se organizar estruturalmente em cidades. Ou seja, homens e animais seriam todos da mesma espécie, sendo diferentes apenas pela capacidade política. Classificar animais como coisas não é mais um critério acertado: há uma contraposição entre a natureza intrínseca de um objeto inanimado *versus* um ser vivente. Tanto é assim que diversas pesquisas apontam a semelhança genética em quase 100% entre os chimpanzés e os seres humanos.

Tendo aqueles, demonstrado por diversas pesquisas científicas e testes feitos por profissionais qualificados, capacidades de raciocínio, são inteligentes, tem consciência de si mesmos, cultura, expressões de jogos mentais, manifestação de dor, uso e fabricação de ferramentas para utilizar na alimentação ou resolver problemas básicos da vida cotidiana, capacidade abstração, habilidade para manejar símbolos na comunicação, consciência para expressar emoções tais como alegrias, tristezas, desejos, organização e raciocínio para caça, além de habilidades metacognitivas, possuem *status* moral, psíquico e físico, possuem cultura própria e sentimentos de afeto, são capazes de enganar, usam símbolos como a linguagem humana, se assemelhando bastante conosco, como se pode perceber.

Desta maneira se torna quase uma dicotomia legislar e proteger os animais através de leis, por um lado, e por outro, não angariar essa proteção processual constitucional. Legislar é um ato que implica uma forte presunção de reconhecimento de que os animais sentem tais degradações e que estes atos podem ser evitados e no caso de serem produzidos há de haver uma punição estatal, através da lei penal.

Englobando inclusive a análise da dignidade da pessoa humana, o deferimento do *habeas corpus*, pode ser embasado pelo fato de que este *prima principium* é fruto de uma construção e não algo imposto. Mormente que similarmente até alguns anos atrás a homossexualidade era considerada um ato criminoso de depravação de ordem sexual, discussão que hoje se encontra amplamente superada, exatamente da dignidade da pessoa humana.

Esta evolução moral e ética do homem e sua dignidade encontram-se em permanente evolução. O reconhecimento do homem como indivíduo socializado, com atitude de aprendizagem, esta o levando a entender que a natureza deve ser protegida e os animais não devem ser maltratados, sem

prejuízo que essa evolução-aprendizagem venha determinada pela cruzada ambiental que se vislumbra nestes últimos anos.

Por isto, diante de toda essa fundamentação, que a decisão, diga-se de passagem, como ela mesma corrobora, não busca igualar os seres sencientes aos seres humanos, como tampouco se busca elevar a categoria de pessoas a todos os animais da fauna e flora existentes, senão apenas reconhecer e afirmar que os primatas são pessoas sujeitas de direitos não humanos e que por isto devem possuir um catalogo de direitos fundamentais no qual deve ser objeto de estudo e enumeração pelos órgãos estatais, tarefa precípua não apenas do judiciário.

Destarte a omissão estatal deve cessar diante da clara evolução científica e social em ascensão. Não se tratando de outorgas todos os direitos a que possuem os humanos, senão entender e refletir que os animais podem ser sujeitos de direito, possuindo o direito fundamental de nascer, viver, crescer e morrer com o mínimo de dignidade: não são os animais, nem os grandes símios, objeto de exposição como obras de artes criadas pelo homem.

Concluindo, que não existindo uma regulação processual, nem lei criada que contemple especificamente uma via processual adequada para avaliar a situação dos animais em estado de cárcere em zoológicos ou se qualquer meio de degradação, sem as necessidades vitais básicas conforme o conforto de seu *habitat* natural é de se considerar, segundo a autoridade judicial, que a ação de *habeas corpus* é, pois, a via processual adequada, ajustando-se a interpretação e a decisão que recaia a uma situação específica de um animal privado de seus direitos essenciais e tantos outros representados pela necessidade e condições essenciais da existência do animal a qual favor se aciona, que naquele processo em específico foi a chimpanzé Cecilia.

Logo, diante da análise da sentença precursora proferida na Argentina, resta claro que houve um marco no que tange ao direito constitucional, direito ambiental, direito animal, remédios constitucionais e em toda a seara jurídica *per si*.

Nunca antes houve decisão favorável quanto à utilização do *writ* do *habeas corpus* a um ser que não fosse humano, mesmo que este tivesse claramente sendo constrangido por um ato ilegal em sua locomoção física de ir e vir. Os fundamentos que basearam o deferimento do pleito são bastante

plausíveis e acompanham a constante evolução do pensamento do direito e da sociedade como um todo, frente a novas causas antes inexploradas ou que sequer tiveram discussão aventada em processos judiciais.

Colacionando, pois, o caso brasileiro, pela total impossibilidade e o caso argentino, pela possibilidade, como se viu anteriormente, é de boa feita analisar-se agora o posicionamento adotado neste trabalho e sua justificação.

7.3 Posicionamento adotado neste trabalho

Prima facie, aduz-se logo neste trabalho que é de se corroborar o posicionamento adotado na decisão argentina que infere a possibilidade de se impetrar *habeas corpus* em favor de animais, nos casos de clara violação dos direitos de locomoção destes, por ato coator, maus-tratos ou constrangimento patente na liberdade de ir e vir, vejamos.

Por vários anos, perpassando as diversas sistemáticas jurídicas e procedimentais, os animais não humanos foram destituídos e cerceados de qualquer direito como seres vivos e sencientes. Noutro giro, com o advento de novas propostas ao ordenamento jurídico, no que toca a uma clara elevação do direito ambiental como matéria autônoma, densificadora e interligada principalmente ao Direito Constitucional, estes se transformaram a outro patamar, agora como possíveis recebedores de diversos direitos e possibilidades processuais.

É fato que essa disposição de personalidade jurídica aos animais não humanas é ainda pretexto para diversas polêmicas, que põe em lados opostos diversos profissionais do direito, antropólogos, sociólogos e filósofos, mas que sem dúvidas alguma, ela existe, pelo único fato destes possuírem a qualidade “vida”, cabendo agora a nossa sistemática jurídica, bem como aos operadores do direito, ou seja, ao ordenamento como um todo, aceitar tais mudanças e resguarda-la em sua totalidade idiossincrática.

Primeiro, é inegável, conforme devidamente explanado na decisão pela possibilidade, tudo embasado em pesquisas científicas e estudos feitos por diversos profissionais qualificados, a similitude de alguns animais, principalmente os símios conosco, seres humanos. Estes possuem o escopo

de possuírem alguns sentimentos, serem seres organizados, sentirem dor, afeto, emoções e todo esse amplexo sensorial, muito comum a nós.

Só por essa razão é de se refletir que os mesmos não deveriam sequer sofrer quaisquer abusos quanto a sua morada, liberdade física e psíquica, bem como viver confinados em lugares muitas vezes insalubres, apenas para o puro deleite humano. Porém, como é indissociável e quase impossível disso não acontecer, a proteção jurídica e social quanto a esse fato deve ser elementar e plena.

Transpor a ideia de que o meio ambiente equilibrado é de fato um direito difuso, coletivo, indisponível e transindividual, já nos faz certamente inferir que a sua violação, por mais simples ou básica que seja reverbera em toda a comunidade, de maneira geral. Com isso, é talante a ideia de que essa proteção, pois, se feita vem a reverberar em todo o contexto social e humano e assim também o será se essa mesma proteção não chega a ser exercida.

Assim, a teoria e o uso do instituto *habeas corpus*, como remédio heroico constitucional e direito fundamental processual da pessoa humana, para os animais *per si*, pleiteia uma clara interpretação analógica da situação fática a ser estudada.

Temos que ter em mente a ideia que há no nosso sistema o que se chama de lacunas do direito, que na verdade não são próprias do direito, mas da própria lei, omissa em alguns casos. Há um poder-dever do juiz de corrigir tais lacunas (*non liquet*), extraindo-se da lei²⁹³ o seguinte: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”.

E mais²⁹⁴: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”, bem como que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”. O que já rechaça as reiteradas decisões dos tribunais brasileiros, em extinguir sem resolução de mérito as ações de *habeas corpus* que possuam animais como polo ativo por uma possível ilegitimidade *ad causam*, sem sequer trazer uma justificativa plausível para a não análise do mérito e não dar à oportunidade de se levar adiante a marcha processual para discussão do remédio em sede judicial.

²⁹³ Artigo 140 do Código de Processo Civil.

²⁹⁴ Artigos quarto e quinto da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro.

Nesse caso em específico, o entendimento adotado, é que a lacuna do *writ* no caso dos animais, é de fato uma lacuna normativa (quando há uma ausência total de norma prevista para determinado concreto), devendo-se, pois, se utilizar para colmatar tal omissão legislativa a interpretação analógica, mais do que a analogia em si mesma. Já que a analogia é a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo uma norma prevista para um determinado caso concreto.

E a interpretação analógica, o fato além de ser uma importante fonte do direito, consiste no uso de uma norma definida para uma determinada conduta vinda a conduzir uma outra, desde que não seja possível apontar a norma suscetível aquele caso, havendo similitudes entre os seus supostos jurídicos e/ou jurídicos.²⁹⁵ Com isso, a falta de lei que congloba animais como sujeitos de direitos, que inclusive possam estar no polo passivo dessa ação, não é motivo único de não se utilizar o remédio para resguardar a liberdade física destes pacientes.

Institutos como a interpretação analógica esta exatamente aí para serem utilizados nesses casos inovadores e acompanhar a mudança de entendimentos e paradigmas, já que é totalmente plausível o fato do legislador acompanhar *tête-à-tête* as mudanças sociais mais corriqueiras, simplesmente pelo fato também de que o processo legiferante não ser muitas vezes prático e requerer votações, discussões, audiências públicas e etc. O que não quer dizer, diga-se de passagem, que se deva permitir a constante omissão do Poder Legislativo em trazer ao seio social leis inovadoras e que acompanhem tais mudanças.

Aliás, a transformação de paradigmas que retirem o mero *status* de *res* ou coisas, propriedades, aos animais é indissociável a toda essa discussão trazida à baila. Não se pode requerer a mudança, quando a própria definição do autor não se sobressair de igual maneira. É discrepante, como se disse, que de um lado se tenham diversas leis protetoras dos direitos dos animais, inclusive em sede constitucional, e de outro tenham leis patriarcais como o Código Civil que rebaixem os animais a uma categoria de sujeitos não possuidores de direitos, mas sim a mera objetificação de seu ser.

²⁹⁵ **TARTUCE**, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2012, pp. 11-15.

Mudanças na cultura judiciária e legislativa, todavia, dizem respeito no que tange ao nível de profissionalização dos que utilizam dessa área como seu modo de vida, sejam juízes, procuradores, servidores, defensores, deputados, senadores, etc., bem como quanto à paulatina base de estudo e processo de formação escolar e acadêmica de todo esse pessoal profissionais, precipuamente quanto ao enfoque primordial antropocêntrico lecionado nas faculdades de direito, espalhadas pelo mundo. A mudança a de vir da raiz, já que quando se tem a ideologia formada a mudança nos frutos se torna mais difícil e inoperante.

Destarte, o item que trata da análise da decisão judicial que deferiu o *habeas corpus* a chimpanzé Cecilia, traduz coerentemente toda essa mudança perspicaz que deveria vir no bojo de todas as futuras decisões quando se tratar de um *writ* a qualquer animal que sofra na sua liberdade física em casos de encarceramento em zoológicos, circos ou locais congêneres com a precípua finalidade de entreter humanos.

A decisão por ser inovadora quando se tem como análise o remédio constitucional do *habeas corpus* no mundo veio a ser emblemática não apenas por ter sido inovadora, mas sim por colocar em prática a luta de século de diversas entidades de proteção de animais, ambientalistas, juristas, abolicionistas e afins que lutam pela causa animal.

Ex positis, ratifica-se a possibilidade de se ter como polo ativo do *writ* a ser impetrado judicialmente, quando sobrevier um ato coator e ilegal de constrangimento da liberdade de ir, vir e ficar, os animais em cárcere.

8. Estudo de Caso III: *Homeschooling* no Brasil, a falta de regulamentação, o crime de abandono intelectual, o direito fundamental à educação e liberdade, o *habeas corpus preventivo* e salvo-conduto pela possibilidade aos tutores que queiram utilizar do *homeschooling* no Brasil

8.1 *Homeschooling* no mundo

O *homeschooling*, *home education* ou simplesmente ensino doméstico ou domiciliar é aquele no qual o ensino é lecionado no seio do lar, podendo ser

na própria residência do aluno, de terceiros (parentes ou amigos) e geralmente feita pelos pais, tutores, quem possua a guarda legal dos alunos ou de quem com ele coabite. Trata-se claramente de um método alternativo de educação que foge dos padrões comuns das escolas e instituições públicas ou privadas.

O país precursor desse instituto foi os Estados Unidos da América, já que nesta nação é de onde se pode afirmar que nasceu o movimento propriamente dito, através da contracultura que pairava nas décadas de sessenta e setenta, com educadores estadunidenses como John Holt (1923-1985), grande propagador do ensino domiciliar e quem cunhou o termo pelo qual interliga-se ao conceito desse método: o *unschooling* (desescolar) em 1977 na sua revista *Growing Without Schooling* ou ainda pelos educadores Ivan Illich e Paul Goodman. Talvez tudo advindo de uma longa tradição secular daquela nação, já que em meados do século XVIII até o XX a maioria das famílias educavam seus filhos assim, em casa.²⁹⁶

Hoje esse método de ensino já alcançou patamares grandiosos com praticantes em mais de sessenta países e um crescimento ascendente nas últimas décadas. Na maioria destas nações o método não é proibido por lei, em alguns outros a legislação é vaga e omissa ou por demais contraditórias quanto à questão, o que fica difícil de consignar dados concretos a respeito desse método de ensino.

Mas o que se sabe é que apenas nos Estados Unidos da América, estima-se que quase 2,04 milhões de crianças sejam educadas em casa, a maior população de *homeschooled* do globo. Sendo que existe um claro predomínio em países anglo-saxões (Estados Unidos, África do Sul, Reino Unido, Canadá, Austrália e Nova Zelândia) com poucos registros em países da América do Sul, Central e no continente africano, o que faz parecer que o

²⁹⁶ Tem-se, por exemplo, que “a força da *homeschool* nos Estados Unidos encontra raízes profundas no prestígio que a prática gozava entre os *founding fathers* do país: George Washington, Abraham Lincoln, Thomas Jefferson e Benjamin Franklin foram todos educados em casa” in **VIEIRA**. André de Holanda Padilha. **Escola? Não, obrigado: um retrato do homeschooling no Brasil**. Brasília: UNB: Universidade de Brasília, 2012. Disponível em http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf e **RONDOW**. Cristian de Sales von. **O Ensino Domiciliar e sua previsão legal**. São Paulo: Unisaesiano, 2015. Disponível em <http://www.unisaesiano.edu.br/simposio2015/publicado/artigo0031.pdf>

ensino doméstico é inversamente proporcional ao desenvolvimento econômico das nações.²⁹⁷

Por exemplo, alguns países legalizaram esse método como Estados Unidos, Áustria, Bélgica, França, Noruega, Rússia, Itália, devendo o estado prover avaliações anuais dos alunos que utilizem desse método. Em Portugal a legislação, através do Decreto-Lei n. 553/80, informa que ensino doméstico é “aquele lecionado, no domicilio do aluno, por um familiar, ou por pessoa que com ele habite”, devendo os alunos se matricular em uma rede de ensino e declarando fazer o ensino em casa, sujeito a avaliação final de cada ciclo (4º ano, 6º ano e 9º ano).

Diversos fatores podem trazer motivações positivas e críticas para a escolha dos familiares por esse método quanto à educação de seus filhos.

Por exemplo, preocupação com o ambiente escolar (segurança, drogas, questões gregárias), oferecimento pelas famílias de instrução religiosa específica, insatisfação com a instrução nas escolas comuns, necessidades especiais dos filhos, distancia, tempo, finanças. Bem como utilizar abordagens pedagógicas diferenciadas e específicas daquelas típicas das instituições de ensino, evitar intervenção estatal na educação dos menores, prover atenção individualizada em um ambiente familiar, evitar instruções que vão ao encontro das crenças familiares, incentivar a criatividade e curiosidade inatas própria das crianças, dentre diversos outros fatores para essa escolha.²⁹⁸

Aos que fazem severas críticas quanto ao instituto adotam diversos motivos para assim o inferirem. Por exemplo, a crítica mais usual é de que o ensino domiciliar retiraria substancialmente da criança o chamado aprendizado social ou a questão da socialização (*the S problem*): “a mera relação em família dificilmente estimulará o completo desenvolvimento da personalidade da criança” ou “só a escola proporciona conhecer pessoas de idades diferentes, culturas diferentes, com deficiências e de outros países”. Além do que a educação no seio do lar seria viável apenas para uma enxuta minoria de crianças e tende a uma espécie de “parentocracia”.²⁹⁹

²⁹⁷ Cf. **VIEIRA**. André de Holanda Padilha, op. cit.

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ Ibidem.

Noutro giro, em outro ponto de vista, há autores pedagogos, estudiosos em educação, como West e Fineman inferem que essa modalidade de aprendizagem pode trazer abuso físico, no que tange a saúde pública dos infantes (ausência de imunização), ausência de cuidado igualitário e “cidadão” (em casa, o filho é amado pelos pais porque ele é um membro da família); fundamentalismo político; “servilidade ética”; risco de atraso educacional e econômico. Onde estes autores pregam uma atuação ativa do Estado-regulador na educação, de forma que e possam assegurar as aptidões estudantis de cada um e dar uma certa proteção a estes estudantes uma cidadania responsável, autônoma e ativa.³⁰⁰

Marta Fineman traz em seu trabalho os seguintes pontos de vista quanto aos parentes serem os próprios professores: “1. A família pode não ser um contexto ‘fácil’ para se afirmar a individualidade da criança; 2. Os pais podem não ser capazes de preparar a criança para o futuro em um mundo complexo, técnico e rapidamente em transformação; 3. Algumas decisões paternas podem causar danos para as crianças (idem); 4. Os pais podem passar para os filhos sistemas de crenças opressivos e hierárquicos; 5. Os interesses dos pais podem não ser os mesmos dos filhos; 6. Os pais podem negligenciar, doutrinar, oprimir, abusar, violentar e até matar os filhos.”³⁰¹

Com isso, se percebe que a questão do *homescholing* é algo altamente dicotômico e que pode trazer diversos sentimentos, seja de empatia ou não, no que toca a este método de ensino. Apesar de se ter pontos tanto a favor ou contra, é inegável separar e desconjuntar a importância que o ensino doméstico vem tomando em diversos países e mais intrinsecamente no bojo familiar de diversas sociedades, tanto é assim que vários deles já estão regulamentando ou já regulamentaram o método diferente de ensinar.

Passado assim as noções propedêuticas e preliminares do tema, sem esgota-lo, com certeza, já que esta é uma análise complexa que deverá ficar a cargo dos educadores e pedagogos, é de bom alvitre trazer à baila a questão do *home education* no Brasil, mais precisamente de sua falta de regulamentação e como, inclusive, de forma tão teratológica, o direito penal e a mão do Estado podem interferir na questão da educação.

³⁰⁰ Ibidem.

³⁰¹ Ibidem.

8.2 *Homescholling* no Brasil

É de bom alvitre mencionar que a educação no Brasil não é prioridade dos governantes e do próprio Estado, sendo por diversas vezes colocada de lado e negligenciada como um todo pelo poderio estatal, possuindo defasagens, desequilíbrios e omissões quanto a investimentos públicos na área.

Em 2015 havia 3 milhões de crianças entre 4 e 17 anos sem acesso à escola. O número contraria o Plano Nacional de Educação, que prevê que todas as crianças até 17 anos devem estar matriculadas. A fase mais crítica é na faixa de quatro anos (690 mil crianças estão fora da escola) e 17 anos (932 mil adolescentes sem estudar). De mais de 518 mil professores na rede pública no país, 200 mil dão aulas em uma área diferente da que se formaram, além disso, 52% dos professores sequer completaram o ensino superior.

Embora estejam melhorando nos últimos anos, as taxas de analfabetismo no país ainda são altas - mais altas do que recomenda a Organização das Nações Unidas. 13,2 milhões de brasileiros não sabem ler e escrever - o número equivale a 8,3% da população brasileira, segundo a Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) de 2014. O país dedica 5,6% do Produto Interno Bruto à educação - são 19% dos recursos públicos destinados ao ensino.³⁰²

Se assim o é o tratamento com a educação regular, analisando sistemas alternativos de educação, como o *homeschooling*, no Brasil não há regulamentação e o uso do método, pode inclusive, em tese, ser considerado crime, o que revela uma relegação quanto à temática, mesmo a Constituição Federal garantido o direito a educação e a liberdade imbricados como direitos fundamentais e humanos de qualquer brasileiro.

A questão no país se torna restritiva quando apesar de a Constituição trazer em seu bojo a educação como direito social fundamental no seu Capítulo III, Seção I, do Título VIII (Da Ordem Social): “Art. 205: *A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a*

³⁰² Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/04/04/7-dados-que-mostram-como-est%C3%A1-a-educa%C3%A7%C3%A3o-brasileira-hoje>

colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”. A mesma demonstra que uma espécie de controle pelo Estado nesse setor social.

Por exemplo, no art. 206, infere que o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; [...] III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.”. E que o dever do Estado, no art. 208, quanto à educação será efetivado mediante a garantia de:”I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; [...]§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo; § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente; § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.”.

O que deixa clarificado que o Estado brasileiro, através de políticas públicas, obrigou-se através de sua intervenção a prestação do ensino a todos os seus cidadãos, independente de idade e sob o bojo da autoridade competente, conjugando essa obrigação com o auxílio família, mas encontra-se em segundo plano, já que está sujeita a fiscalização do Estado. Assim o Estado, primeiro, e a família, segundo, tornam o núcleo garantidor da educação no Brasil.

Trazendo outro aspecto, o próprio artigo 5º, garante a liberdade de ensino e pesquisa como aquele conglobado a liberdade de expressão (aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber), bem como que o próprio ensino tem também como objetivo “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Mas lá na frente de maneira dicotômica, aduz que há um “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”: ou seja, ora existe a liberdade de ensino, mas apenas restrita dentro das instituições *intramuros* das escolas.

A mesma Constituição “fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” leciona que “o planejamento familiar é livre decisão do casal”, mas que compete “ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (...)”.

Ora, se por momentos concede a liberdade à família, por outro, interfere de alguma maneira nesse planejamento familiar, mitigando-o através do Estado, parecendo querer o legislador constituinte originário que tal liberdade não seja completa, mas cerceada, mesmo que de maneira (as vezes) velada pelo Estado. E essa é a crítica que muitas vezes se tece ao Estado brasileiro na condução de políticas públicas: a intervenção exacerbada estatal em matéria nas quais deveriam ser eminentemente ou, ao menos, predominantemente privadas.

E não é só isso, a legislação infraconstitucional é mais restrita ainda quanto a este ponto de toque.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, a Lei n. 8.069/90, que trata de normas gerais dos infantes no Brasil, determina que no seu art. 55 que “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”, demonstrando de forma cabal o descabimento do *homeschooling* no país e ratificando a intervenção por diversas vezes exacerbada do Poder Público em assuntos sociais.³⁰³

Já a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei n. 9.394/96, na qual trata das normas gerais e globais da educação no Brasil e que deve ser

³⁰³ A crítica que se faz aqui não é quanto a importância da matrícula na escola regular dos menores pelos seus pais, mas sim da falta de abertura para o inserimento de outros métodos alternativos de estudos escolares no seio da sociedade, como o ensino doméstico. Francismar Lamenza, por exemplo, discutindo sobre o dispositivo legal mencionado reza que “entende-se que não só os filhos ou pupilos devem ser matriculados na rede regular de ensino, mas todos os infantes ou jovens postos sob a responsabilidade de terceiros (como no caso da guarda). Em caso de descumprimento injustificado desse dever, haverá a imposição de responsabilidades. Os genitores poderão inclusive responder pela prática de crime de abandono intelectual (art. 246 do CP). De qualquer modo, pais, tutores ou guardiães, caso descumpram esse dever de encaminhar crianças e adolescentes sob seus cuidados para a rede regular de ensino estarão sujeitos à infração administrativa prevista no art. 249 do ECA. Se esse descumprimento ocorrer por motivo alheio à sua vontade (como na recusa terminante do infante ou jovem em ir à escola), deverá ele ser comprovado de forma cabal para que seja evitada a responsabilização” in **MACHADO, Costa e LAMENZA, Francismar. Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. São Paulo: Editora Manolé, 2012, p. 102.

seguido por todas as instituições educacionais brasileiras, sejam públicas ou privadas, ratifica a obrigação constante no Estatuto da Criança e do Adolescente, anteriormente citado, pois diz no seu artigo sexto que: “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.”. E ainda no artigo quinto que “o acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo.” E mais: “[...]§ 1º O poder público, na esfera de sua competência federativa, deverá: III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.”.

Ou seja, coloca a educação em primeiro plano do Estado e abaixo deste com o auxílio familiar, confirmando, mais uma vez, que métodos alternativos de ensino não são possíveis no Brasil, já que há uma fiscalização pública tanto da frequência escolar quanto um poder-dever dos pais em matricular os seus filhos nas redes regulares de ensino.

Destarte inclusive as próprias Cortes superiores brasileiras julgam a impossibilidade do ensino em casa, o que parece um retrocesso para o Poder Judiciário: “ENSINO EM CASA. FILHOS. Trata-se de MS contra ato do Ministro da Educação, que homologou parecer do Conselho Nacional de Educação, denegatório da pretensão dos pais de ensinarem a seus filhos as matérias do currículo de ensino fundamental na própria residência familiar. Além de, também, negar o pedido de afastá-los da obrigatoriedade de freqüência regular à escola, pois compareceriam apenas à aplicação de provas. A família buscou o reconhecimento estatal para essa modalidade de ensino reconhecida em outros países. Prosseguindo o julgamento, a Seção, por maioria, denegou a segurança ao argumento de que a educação dos filhos em casa pelos pais é um método alternativo que não encontra amparo na lei ex vi os dispositivos constitucionais (arts. 205, 208, § 2º, da CF/1988) e legais (Lei n. 10.287 /2001 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação - art. 5º, § 1º, III; art. 24, I, II e art. 129), a demonstrar que a educação é dever do Estado e, como considerou o Min. Humberto Gomes de Barros, é, também, formação da cidadania pela convivência com outras crianças, tanto que o zelo pela freqüência escolar é um

dos encargos do poder público. MS 7.407-DF , Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 24/4/2002 .".

Se percebendo assim, pois, que no Brasil há uma restrição por diversos setores e poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) no que tange aos métodos alternativos de ensino e, mais uma vez, concentração do direito social à educação controlado através do Estado.

Cite-se, por exemplo, que diversos projetos de Lei nas quais já tramitou (ou ainda tramitam no Congresso Nacional) pretendendo regularizar o ensino domiciliar no Brasil, como o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.179/2012 (que acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica), no qual foi acrescentado ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 3.261/2015 (que autoriza o ensino domiciliar na educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio para os menores de 18 (dezoito) anos, altera dispositivos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.), ou ainda o Projeto de Lei do Senado n. 490/2017 (no qual altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para prever a modalidade da educação domiciliar no âmbito da educação básica.), jamais nenhum destes sequer chegou a ser votado ou discutido efetivamente nas casas Legislativas do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados ou Senado Federal.

Assim, mesmo havendo uma crescente popularização do unschooling no bojo das famílias brasileiras, é fato que diante há uma clara supressão da matéria diante da legislação constitucional na qual coloca a educação mais no controle do Estado e menos no poder familiar, aliada ao fato da legislação infraconstitucional (Estatuto da Criança e Adolescente e Lei de Diretrizes e Bases da Educação) que restringe os ensinos alternativos ainda mais, obrigando os pais e responsáveis a matricularem seus filhos menores na rede regular de ensino, ou seja, em colégios públicos ou privados, sob pena de responsabilidade, civil, administrativa e penal, ratificado por decisões do Poder

Judiciário proibindo o *homescholling* através de decisões judiciais, além, é claro, da falta de regulamentação e interesse do Legislativo em regularizar a questão no Brasil, e que quanto a isto é preciso levar essa discussão adiante, já que ela encontra-se posta e imbuída no meio social.

A análise aqui proposta, eleva a um patamar constitucional tal possibilidade, como se verá mais a frente, através da possibilidade de uso do *habeas corpus* para garantir que os pais que assim o desejem, possam conseguir um salvo-conduto para realizarem esse método alternativo de educação, sem sofrer as penas legais, precipuamente as penais, na qual poderá cercear o direito de ir e vir destes. Com isto, veja-se agora tal premissa e sua conclusão sob o esposado.

8.3 Crime de abandono intelectual do artigo 246 do Código Penal

Segundo Machado e Lamenza,³⁰⁴ em caso de descumprimento injustificado do dever de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino, conforme o artigo 55 da Lei n. 8.069/90, haverá a imposição de responsabilidades. Os pais poderão inclusive responder pela prática de crime de abandono intelectual, contido no artigo 246 do Código Penal Brasileiro.

O tal crime de abandono intelectual está tipificado na Lei penal dentro do título VII, que trata dos “crimes contra a família” e capítulo III, que insere nos “crimes contra a assistência familiar”. É fato típico, segundo o artigo, “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”, sob pena de detenção de 15 dias a um mês, ou multa.

Para a doutrina³⁰⁵, trata de crime que tem como objetividade jurídica que tutela-se a organização da família, mais especificamente a formação intelectual dos filhos em idade escolar. Sendo sujeito ativo somente os pais (pois, crime próprio) e sujeito passivo o filho em idade escolar, ou seja, aquele que deve ingressar no ensino fundamental aos seis anos, segundo a Lei nacional de Diretrizes e Bases da Educação.

³⁰⁴ Nota de rodapé anterior.

³⁰⁵ **CUNHA**, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 457 e **CAPEZ**, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 3. Edição, 2008, pp. 158 e 159.

A conduta é típica, segundo a mesma doutrina, para quem pratica o crime (pai ou mãe) que, convivendo ou não com o filho, deixar de providenciar seu ingresso no ensino fundamental, omitindo investimento na sua formação educacional. Tratando, assim, de crime omissivo próprio, transgredindo o autor ou autores em norma mandamental, exigindo-se a inexistência de justa causa para a omissão, que é elemento normativo do tipo, ou seja, todo impedimento de força maior é justa causa.

Capez, ainda citando Magalhães Noronha informa que “se os pais deixam no analfabetismo o filho, por ser inacessível – pela distancia – a escola pública e serem eles também analfabetos, não cometem o crime. Tão-só a falta de recursos, porém, não é razão, pois o ensino oficial é gratuito (CF, art. 176, § 3º, II). Bem sabemos que a realidade não atende ao texto constitucional: os Governos não têm proporcionado ensino a todas as crianças. Mas, em tal hipótese, os pais se escusarão provando que diligenciaram para matricular o filho e não podem dar instrução em casa”.

Tendo-se, ainda, como tipo subjetivo o dolo de não cumprir uma obrigação legal, dispensando uma finalidade específica, consumando-se o crime com a condição do menor em idade escolar, que fica por tempo juridicamente relevante sem ir à instrução primária, deixa de ser matriculado, ou, embora estando matriculado, para de frequentar definitivamente a escola (na primeira hipótese o momento é certo, sendo o crime instantâneo. Na segunda, a ausência ocasional não configura o crime em tela). Há ainda o entendimento que o delito pode se consumir quando esgotado o último dia de prazo para a realização de matrícula daquele que necessita do ensino fundamental, desde que não haja justa causa para tanto (Rogério Greco).

Conjugado com a legislação infraconstitucional mencionada, na qual obriga a matrícula do infante em instituição regular de ensino, o artigo 246 do Código Penal e sua tipificação penal, poderiam, em tese, configurar pelos pais que fazem o ensino domiciliar, o cometimento do crime de abandono intelectual e, conseqüentemente, levar o Ministério Público a promover denúncia criminal contra estes e requerer ao Juízo Criminal a condenação nas penas encartadas no dispositivo, tornando-os réus e conseqüentemente culpados do crime, apenas por exercer sua liberdade de ensino quanto a seus filhos.

Apesar de o crime ser de menor potencial ofensivo, ou seja, aplica-se a Lei dos Juizados Especiais Criminais, Lei 9.099/95, (em virtude da pena máxima cominada), com uma série de benesses como a transação penal, uma ação penal desta espécie poderia ser constrangedora aos pais que apenas ao exercerem sua liberdade de ofertar aos seus dependentes um ensino alternativo àquele disposto pelo Estado, pois poderiam, em tese, serem processados e teriam que comparecer aos bancos judiciais para apresentarem sua defesa, comprovar sua inocência, ter gastos com advogados e passar por todo um processo judicial, no qual querendo, ou não, se torna desgastante tanto psicológico quanto economicamente.

Assim, conjugando um possível constrangimento, através de um ato coator ou ilegal, quanto ao direito de liberdade de ir e vir dos pais que exercerem o ensino domiciliar a seus filhos, pois propensos a serem processados criminalmente no crime de abandono intelectual constante no Código Penal Brasileiro, é de se defender neste trabalho o uso do remédio constitucional do *habeas corpus* preventivo para se angariar um salvo-conduto e garantir ou o não processamento ou o trancamento de inquérito penal, caso esteja na fase de investigação.

Tudo isso avalizado pelo conglobamento do direito à educação, liberdade, dos pais além de diversos outros argumentos como a intervenção mínima do Estado em questões particulares, à configuração de fato atípico pela não caracterização do molde típico do dispositivo legal, a *ultima ratio* do Direito Penal, dentre diversos outros fatores, conforme se verá adiante. Sem é claro descaracterizar a possibilidade de uso de outros remédios constitucionais encartados na nossa Constituição como o Mandado de Segurança, mas deixando claro que quanto à questão criminal *per se* o que melhor se encaixa na utilização no caso concreto seria realmente o *writ* aqui estudado, conforme se verá mais adiante.

8.4 Análise do direito a educação na Constituição Federal de 1988 e o seu contexto no direito de liberdade

Como se viu no primeiro capítulo desta pesquisa, a liberdade, enquanto direito fundamental, pode se subdividir em diversas espécies, sendo uma

delas, por exemplo, a liberdade de manifestação de pensamento (artigo quinto, incisos IV e V, da Constituição Federal de 1988), que segundo Pedro Lenza, tem entre suas segmentações os direitos de liberdade de ensino, pesquisa, aprendizagem, arte, saber, divulgação do pensamento³⁰⁶ interligado, conseqüentemente, ao direito a educação, na qual pode resvalar no próprio direito de liberdade de ir e vir, já que conglobados num microsistema processual constitucional de direitos fundamentais humanos em seu espectro típicos essenciais.

A educação, propriamente dita, encartada no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, não pode ser tratada de maneira estrita, já que se trata de um conjunto de direitos sociais, que tem como fundamento o tratamento de valor de igualdade entre todas as pessoas: uma sociedade sem educação não é uma sociedade igualitária, mas sim com aparentes e imbuídas discrepâncias sociais o que resvala em diversas conseqüências, como pobreza, carência de informação quanto aos seus direitos e uma ausência da própria boa convivência em meio social.

Em seu sentido jurídico, a educação tem natureza de “princípio lógica”, ou seja, são mandamentos de otimização e tem eficácia contida depende de regulamentação legal a partir do legislador infraconstitucional, procura-se um *facere* do Estado um poder-dever de forma positiva (típicos direitos programáticos advindos do Estado Social).

Destarte, diante do contexto normativo diferenciador entre regras e princípios, quanto a este direito também se pode retirar um sentido regamental autoaplicável, ou seja, agora como mandamento de definição, por exemplo, quando a própria Carta estabelece, em seu artigo 208, a obrigatoriedade da educação básica dos 4 aos 17 anos: enquanto um próprio direito público subjetivo. Causando com isso, diante de alguma omissão estatal uma série de responsabilizações³⁰⁷, conseqüência do efeito irradiante dos direitos fundamentais.

Neste íterim, pois, direito de todos e dever maior do Estado e da família, a educação é lastreada também no princípio da universalidade,

³⁰⁶ Cf. LENZA, Pedro. Op. cit., p. 1.182.

³⁰⁷ JR., Dirley da Cunha e NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 940

cabendo a todos a tarefa de efetivá-la mediante a aplicação, criação e colocação de diversos programas, atividades, políticas públicas e deveres subjetivos gerais. Citando Pereira Júnior, Novelino reza a importância da família neste último aspecto: “*a parcela da educação que caberá ao Estado administrar deve se exteriorizar em atividade que possa ser organizada, gerenciada e fiscalizada pelos poderes públicos, em harmonia com a competência da família. Parte significativa da atividade estatal se exaure no ensino. A educação é uma realidade mais ampla*”.³⁰⁸

Quanto à questão organizacional e material-administrativa da educação, o Estado brasileiro impõe a todos os estes federativos essa obrigação de competência, onde estes, seja a União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem organizar seus sistemas em regime de colaboração, mediante a ordenação que trata o artigo 211: a União, entidade federativa mais ampla, compete o papel de disciplinar o sistema federal de ensino, fomentar as instituições públicas federais e inferir, na matéria da educação, função supletiva e redistributiva, de maneira a equilibrar as oportunidades educacionais e padrões mínimos de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos outros entes. Já os Municípios ocorre prioritariamente o dever de encartar ensino fundamental e a educação infantil, e os Estados e Distrito Federal, ente federativo *sui generis* com competências tanto municipais quanto estaduais, atuam precipuamente no ensino fundamental e médio, tudo nos termos do mesmo dispositivo constitucional.

O princípio da igualdade de condições para se ter acesso e permanência na escola também está presente no artigo 206, inciso II, e é concretizado, por exemplo, pela norma na qual assegura o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação das artes, segundo a capacidade subjetiva idiossincrática. Aqui se encontra implicitamente uma espécie de critério republicano da “meritocracia” e é utilizado para embasar ideias e aplicação das chamadas *affirmative actions* ou discriminações positivas, que cuidam em estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, de alguma maneira, certa igualdade de oportunidades para alguns segmentos sociais que sofreram, por questões históricas, restrições de acesso à educação.

³⁰⁸ Ibidem.

São essas medidas, por exemplo, as cotas raciais, já julgadas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e a atuação direta do Estado, com a feitura da Lei n. 12.990/2014, que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.³⁰⁹

Outro ponto que trata da liberdade de aprender, também ratificada na Carta Política, impõe a garantia de um padrão de qualidade, a adoção de ações que conduzam o crescimento da qualidade do ensino e a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar a formação básica comum e o acatamento aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, conforme o artigo 210.

A liberdade de ensinar, tendo como os recebedores do conteúdo normativo aqueles que devem ofertar o ensino, se aplica a todas as instituições de ensino, sejam públicas ou privadas, nas quais dependem de autorização do Estado e se submetem as normas gerais de educação e à avaliação de qualidade (artigo 209), e porque não também aos que queiram ensinar em suas casas? Ao ensino superior também foi garantida a liberdade e autonomia didático-científica, administrativa, financeira e patrimonial, nos termos do artigo 207.

O pluralismo do ensino, densificação de um dos fundamentos do artigo primeiro da Constituição, o pluralismo político, assegura a diversidade de ideias e ideologias pedagógicas o equilíbrio entre as instituições públicas e privadas. A definição do que vai ser ensinado, como forma de pedagogia, deve ter a influência, participação e atuação de toda a sociedade não podendo, pois, “o ensino regular ser ambiente para imposição de concepção pedagógica dos governantes da época”.³¹⁰

³⁰⁹ Cf. **LENZA**, Pedro. Op. cit., pp. 1174/1175 e **JR.**, Dirley da Cunha e **NOVELINO**, Marcelo. Op. cit, p. 94.1

³¹⁰ Apud **PEREIRA JUNIOR**, Antônio Jorge. Comentários à Constituição Federal de 1988. Paulo Bonavides *et alii* [Coord.]. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.230 in **JR.**, Dirley da Cunha e **NOVELINO**, Marcelo. Op. cit., 942

Há também um princípio no que toca a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, sejam universitários ou da educação básica, como meio de garantir o acesso de ensino a todos, conforme artigo 208, inciso I.

E no mais, a Constituição elenca a gestão democrática do ensino público, nos termos do artigo 206, inciso VI, na forma da lei. Densoificador da democracia participativa, reforça o pluralismo, atuando com as peculiaridades dos sistemas de ensino com a participação de profissionais da educação em projetos, participação das comunidades locais e de conselhos escolares ou equivalentes na criação e estruturação de normas aplicáveis ao ensino.

Com isso, é possível vislumbrar que a educação vem encartada de maneira quase monumental no bojo da Constituição.

Da análise dos dispositivos que tratam da temática pode-se retirar algumas conclusões: a) que o texto normativo, em tese, é completo, estruturante, organizacional, engloba diversos subsegmentos do ensino e da educação, mas na prática este não é oferecido por completo pelo poder estatal à sociedade, ratifique-se pelos dados negativos mostrados e a atual situação da educação no Brasil; b) que a educação no Brasil encontra-se plasmada, conforme já citado, sobre certa intervenção do Estado, muitas vezes mais parecendo um monopólio deste, do que um direito que deveria se atrelar a própria liberdade; c) que os princípios encartados na Constituição acima analisados, como o da universalidade, igualdade de condições, liberdade de ensino, pluralismo, gratuidade, valorização dos profissionais da educação e da gestão democrática do ensino, apesar de terem sido construídos para as instituições tradicionais de ensino públicas ou privadas, podem ter seu teor, sem sombra de dúvidas, também aplicados ao ensino doméstico, o que não justifica criminalizar e punir esse método alternativo de ensino, como se faz na prática; d) que a educação tem um espectro global, ou seja, todos os entes federativos, de forma organizada e reunida devem atuar no que toca a efetividade da educação; e) que diante destes mesmos princípios, noutra giro, encontram-se os fundamentos para a propositura de uma ação judicial constitucional para se tentar conduzir livremente a aplicação do *unschooling* no seio particular, sem o temor de se ver processado pelo Estado, sob a pecha de ser acusado de cometer um possível crime de abandono intelectual, fato típico do artigo 246 do Código Penal brasileiro; f) que a educação e a liberdade,

como direitos fundamentais encontram-se interligados de sobremaneira, tanto em suas características, quanto em sua estruturação, que um não pode restringir o outro, devendo-se fazer uma leitura harmônica desses dois direitos, para que ambos tenham unidade, coerência, conservação, concordância prática, justiça e efeito integrador de ambos, numa leitura conjunta e ponderada desses dois direitos fundamentais humanos.

8.5 Possibilidade da impetração de *habeas corpus* preventivo e o consequente salvo-conduto aos pais que queiram utilizar do *homeschooling* no Brasil

Com essas premissas e embasamento, é que se pode aduzir nesta análise a viabilidade (e é o que se defende aqui) de se utilizar o *habeas corpus* preventivo, como remédio constitucional processual, e meio apto de se garantir, através da concessão de um salvo-conduto, pela autoridade judicante competente, o ensino domiciliar livre por parte dos pais ou responsáveis, sem o temor de ser processado criminalmente. Senão vejamos.

Inicialmente, é de bom alvitre mencionar que o uso do direito penal pelo sistema jurídico estatal deveria ser a *ultima ratio* (última razão ou último recurso), ou seja, ao menos em tese, a criminalização de condutas como último instrumento do Estado em situações que digam respeito a fatos ou condutas que muitas vezes se tipificam como crimes, mas assim não o deveriam ser.

Primeiro, se utilizariam outros instrumentos ou outras áreas do direito, como o direito civil, administrativo, trabalhista, para por fim, em última instância, se operar com o direito penal, que tem como punição restringir um dos maiores bens do homem: a sua liberdade física. A *ultima ratio regium* (última razão dos reis), onde em tempos de guerras ou batalhas, a bala do canhão deveria ser acesa apenas em casos extremos, quando as forças inimigas não pudessem mais ser contidas, deveria ser também aplicada com o instrumento processual penal no direito.

Para que se tenha um crime é preciso que se demonstre a tipicidade formal, ou seja, conduta, resultado naturalístico (nos crimes materiais), nexos de causalidade entre conduta e resultado e a adequação formal ao tipo, e, no mais, também a tipicidade material ou normativa (aquela encartada na lei). E

para que este se configure, dentre outras coisas, é preciso que tenha ocorrido uma ofensa real (concreta ou não presumida), transcendental (ofensa a terceiros), grave (com significado jurídico relevante) e intolerável (insuportável) a bem jurídico relevante (no qual seja digno de proteção), premissa básica da teoria constitucionalista do delito.³¹¹

Trata-se do princípio da ofensividade (ou da lesividade): *nullum crimen sine iniuria*. Alguns consideram que a lesividade tem raiz constitucional outros, porém, sem pronunciar tal força, admite-o, ao menos, como princípio geral de interpretação: “*não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico,... esta lesão (a um bem jurídico) é indispensável para configurar a tipicidade.*”³¹²

Conforme o grande jurista brasileiro Nilo Batista, citado por Paulo Queiroz³¹³, o princípio da ofensividade tem a função de proibir a incriminação, ao menos de uma atitude interior, uma conduta que não exceda o âmbito do autor, simples estados ou condições existenciais e condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico.

Pode-se chegar à mesma conclusão, com os mesmos valores, mas passando por terrenos e termos diferentes. Raul Zaffaroni leciona em sua obra que para a configuração da tipicidade, além da tipicidade legal (formal) é preciso à chamada tipicidade conglobante. Enquanto tipicidade legal é a adequação da conduta à descrição legal do tipo, a tipicidade conglobante é a comprovação de que a conduta legalmente típica não é fomentada, ordenada ou indiferente pela norma.³¹⁴ Segundo o autor argentino, quando a ordem jurídica manda, fomenta ou é indiferente a algumas condutas, mesmo que estas sejam legalmente típicas, estamos diante da atipicidade conglobante.³¹⁵

Para ocorrer à tipicidade conglobante, é necessário que a conduta legalmente caracterizada como um fato típico tenha afetado algum bem jurídico, causando-lhe um dano ou um perigo: “*se a norma tem sua razão de*

³¹¹ Como visto em <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1022725/teoria-constitucionalista-do-delito>

³¹² **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl e **PIERANGELI**, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro : parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 439.

³¹³ *Ibidem*, p. 36.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 436.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 438.

*ser na tutela de um bem jurídico, não pode incluir em seu âmbito de proibição as condutas que não afetam o bem jurídico. Conseqüentemente, para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico... pode acontecer que o tipo tenha se configurado, e, no entanto, o bem jurídico não tenha sido atingido. “*³¹⁶

Se a conduta não gerar ao menos perigo concreto ao bem jurídico, mas tão somente o chamado perigo abstrato, pelo qual se situa no campo das ideias, pode afirmar que ocorreu atipicidade conglobante. Não se pode presumir de forma absoluta que determinada conduta necessariamente gera algum perigo concreto a bem jurídico, devendo, em cada caso, ser provada a existência do perigo. Admitir o perigo abstrato como conduta criminosa é considerar penalmente relevante o suposto perigo do perigo, quando se deve considerar apenas o perigo de dano a algo realmente que seja concreto.

Ora, com isso, será que poderia existir ao menos em uma análise forçada, algum perigo de dano, e conseqüentemente um fato típico, dos pais, que exercendo sua liberdade parental, resolvam educar seus filhos em casa? Pelo raciocínio mais lógico, a resposta há de ser negativa. Se os pais se mostram, capazes, aptos, racionais e possuam capacidades mínimas de garantir uma educação de qualidade a seus infantes, qual seria a racionalidade de trazer uma intervenção Estatal em detrimento de um direito inato familiar? O Estado deveria ser uma mera diretriz e não o comandante dessa questão.

Não se pode, com isso, condenar criminalmente os pais, que pretendam, desde que possuam, diga-se de passagem, condições mínimas, de garantir um método alternativo de ensino aos seus filhos. Não há ainda, utilizando-se a teoria de Zaffaroni, como se tipificar essa conduta do *homeschooling* como crime de abandono intelectual: a conduta desses pais não afeta qualquer bem jurídico, não causa perigo concreto, não há uma ofensa real, que transcenda esse aspecto, que seja grave e intolerável à bem jurídico relevante, o fato é atípico de maneira conglobante.

Ao se analisar o elemento objetivo do tipo penal do abandono intelectual, tem-se o fato de se omitir ou não tomar as providências necessárias quanto à educação de quem se encontra sob sua responsabilidade. Assim, o

³¹⁶ Ibidem, p. 533.

agente age de forma inerte nas medidas que poderiam propiciar instrução básica de filho em idade escolar. Para a real caracterização da conduta criminosa impõe-se que a conduta seja caracterizada sem a devida justa causa (elemento normativo). Não há conduta omissa, nem falta sequer justa causa, nos pais que ensinam em casa. Muito pelo contrário, há uma comissão, um ato de fazer: se ministra a aula, se provem a educação desses menores. Apenas se alterou o espaço físico: o que seria ensinado em uma instituição tradicional de ensino, agora está sendo feito no seio do lar.

Tanto é assim que ainda que se se admita a subsunção do *homeschooling* ao fato típico colacionado no artigo 246 do CP, a legislação brasileira, por meio do art. 249 do ECA (“*descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar. Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência*”), já puniria na esfera administrativa tal conduta. Portanto, em respeito ao princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio* do direito penal, não há razão para atuação criminal nesse caso, a conduta além de ser atípica conglobantemente, o é materialmente (falta de omissão e justa causa) e totalmente irrelevante para o Direito Penal.

Ora, em uma clara análise de ponderação de valores é de se sopesar que numa colisão entre o direito a educação, liberdade de ensino e pesquisa e liberdade física e o direito da intervenção do Estado em questões educacionais (direitos esses, aliás, protegidos constitucionalmente) deve-se no caso concreto ponderar em favor daquelas: nessa questão, a intervenção estatal deveria ser mínima.

Conjugando a norma constitucional interna com normas alienígenas incorporadas pelo Brasil, é de se notar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 26, §3º, estabelece que “*aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos*”.

Ademais, o artigo 12, §4º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado no nosso ordenamento jurídico como norma supralegal (abaixo da Constituição e acima da lei infraconstitucional) indica que “*os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral*”

que esteja de acordo com suas próprias convicções.”. Ou seja, o controle de convencionalidade dessa questão, suplantaria o fato criminoso do abandono intelectual (norma infralegal), pela liberdade encartada nas normas supralegais (em formas de tratados internacionais de direitos humanos incorporados na sistemática jurídica brasileira).

Mas não é só isso.

Pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade, é a referência primordial do controle da atuação das autoridades públicas, assumindo no âmbito da fronteira dos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controle da atuação que restringe a liberdade individual e de chave sem a qual, amalgamada no recurso à metódica da ponderação de bens, não seria possível entender os problemas nos quais vem ai sendo colocados à tona.³¹⁷

A utilização da proporcionalidade exsurge quando dois ou mais bens jurídicos pelos quais faltem à sua realização e sobre os quais, há ou não conflito, tenha de procurar o equilíbrio, a harmonização, a ponderação, a concordância prática. A avaliação a ser sopesada não se reduz a um mero âmbito cognoscitivo, mas sim, uma funcionalidade teleológica ou axiológica e não de qualquer funcionalidade lógica ou semântica, em que tudo se perfaz num *decisum*.³¹⁸

Vem do entendimento que este é um mandamento constitucional que objetiva verificar a constitucionalidade de intervenções estatais a um direito fundamental, mediante a avaliação de sua licitude e da licitude dos fins pretendidos, da mesma forma a adequação e necessidade da intervenção para fomentar determinada finalidade, ou seja, configura-se um limite do poder limitador.³¹⁹ O que se pode traduzir com isto, é um significado geral de proibição de decisões das autoridades públicas que se revelem arbitrárias, excessivas e desarmônicas, que resultem desvantagens ou sacrifícios ululantes e injustificados para os destinatários daquele bem protegido.

A proporcionalidade vem a acautelar, impreterivelmente, a essência ou conteúdo que identifica o Estado material de direito, a liberdade, autonomia,

³¹⁷ **NOVAIS**, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais...**, p. 161.

³¹⁸ **MIRANDA**, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...**, p. 354.

³¹⁹ **DIMOULIS**, Dimitri e **MARTINS**, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 177 e 188.

igualdade e justiça.³²⁰ Por exemplo, Jorge Miranda aduz que tal princípio, aplica-se, com mais ou menos adaptações aos direitos sociais, no conflito com direitos de liberdade (do direito à fruição cultural com a liberdade de propaganda eleitoral); na escolha da plena efetivação destes ou daqueles direitos em face da escassez de recursos, de exigências de sustentabilidade e de fatores institucionais envolventes da atuação do poder público; na escolha da maior ou menor efetivação dos direitos derivados a prestações (entre prestação de saúde e prestações de ensino); na distribuição das prestações em razão das situações concretas das pessoas.³²¹

Como se pode notar, a proporcionalidade (em sentido lato) se constitui um verdadeiro superconceito (*Oberbegriff*), com uma latitude de amplitude bastante alargada, em que, sempre, é identificado com alguns subprincípios invocáveis a este. É um princípio geral que abrange diversas outras dimensões como os elementos da adequação (dos meios ou idoneidade, conformidade – *Geeignetheit*), necessidade (indispensabilidade, exigibilidade ou meio menos restritivo – *Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (nacionalidade ou da justa medida – *Verhältnismässigkeit*).³²²

³²⁰ Cf. **MORAIS**, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional...**, p. 474 e **ALEXANDRINO**, José Melo. **A Estruturação do Sistema de Direitos...**, p. 135.

³²¹ Cf. **MIRANDA**, Jorge. Op. cit., p. 359.

³²² JORGE REIS ainda acresce como elementos da proporcionalidade, em sua doutrina, o princípio da razoabilidade, que esta amalgamado a proporcionalidade em sentido estrito “e corresponde a uma dimensão autonomia da garantia da proibição do excesso que não se esgota no sentido material daquela relação entre meio e fim. Esse novo sentido orienta-se para a razoabilidade da imposição, dever ou obrigação restritiva da liberdade na exclusiva perspectiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é desvantajosamente afectado. [...] A razoabilidade assume, portanto, uma dimensão valorativa essencialmente referida à situação em que a medida em apreciação coloca pessoas individualmente consideradas e que é funcionalmente orientada à garantia da quantidade e qualidade de um espaço de liberdade individual remanescente que as intervenções restritivas num Estado de Direito podem observar; e o princípio da determinabilidade (na dimensão de proibição do excesso) pelo qual esta ligado a uma dimensão competencial à reserva de lei e ao princípio democrático e se traduz na exigência de determinabilidade, clareza e suficiente densidade das normas legais e, particularmente, das normas restritivas, visto que, uma restrição de enunciado vago ou não precisamente determinado abre a possibilidade de intervenções restritivas que vão eventualmente para além do que é estritamente exigido pela salvaguarda dos bens dignos de protecção que justifica a restrição. [...] No princípio da determinabilidade a perspectiva do cidadão é decisiva já que possa conhecer o sentido e alcance da lei e, conseqüentemente, prever com progressiva probabilidade que tipo de intervenções restritivas a Administração levar a cabo e até onde ela pode ir.” In **NOVAIS**, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais...**, pp. 187, 189 e 191-193.

O primeiro elemento da proporcionalidade, a adequação, é onde se pergunta se a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?³²³ Isso se traduz na propositura pelo qual um meio adequado a sua prossecução, a intervenção ou a providência a ser adotada pela autoridade competente tem que ser correspondente e legítima ao que se pretende: uma medida se torna idônea quando é útil para que se busque tal ideário e o resultado a ser alcançado sejam pelo menos visível e palpável, independente quaisquer que sejam a medida posta ou o fim buscado, emancipado dos méritos correspondentes.

Já na necessidade, a tônica é a qual o cidadão deva ter a menor desvantagem possível. O fim constitucionalmente legítimo para ser alcançado há de ser exigível ou indispensável, significando o mais suave ou menos restritivo que precise ser utilizado para atingir aquela busca.

Para se aferir a desnecessidade de uma agressão se voltam os olhos pelas medidas restritivas em comparação, avaliados nos efeitos materiais, no qual o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; espaciais, apontando para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; temporais, na rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; e pessoais, se devendo a medida ser limitada à(s) pessoa(s) cujos interesses devam ser sacrificados. Dessa maneira, se se puder fazer a prova da existência de um meio alternativo menos restritivo agressivo que o utilizado, ou então, se a medida restritiva que embora seja legítima em comparação ao fim prosseguido, provoque efeitos mais restritivos da liberdade que as medidas atuais em aplicação, sem garantir, igualmente, um acréscimo sensível de eficácia na realização desse fim, tais meios que foram escolhidos, são excessivos, e conseqüentemente inconstitucionais por violação da proibição do excesso.³²⁴

No que toca a proporcionalidade em sentido estrito, trata-se essencialmente, de indagar acerca da proporção de uma relação entre dois termos ou entre duas grandezas e comparáveis, ou seja, visa-se apurar a harmonia na relação entre a importância pelo fito vislumbrado e a gravidade do

³²³ **SILVA**, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170

³²⁴ Cf. **NOVAIS**, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais...** pp. 171-172 e **CANOTILHO**, J. J. Gomes. Op. cit., p 270.

sacrifício imposto. Uma medida dicotomicamente poderá ser adequada e necessária aquele caso, mas ao mesmo tempo pode afetar de forma desarrazoada, excessiva ou intolerável o direito posto em questão.

A *justa medida* tem tudo a ver com a *ponderação de bens* e aquelas ideias de pesar, sopesar, como em uma balança, ou as vantagens e desvantagens que possam ser vislumbrados em um determinado cenário de restrição, trazendo alguma semelhança com a análise econômica dos custos e benefícios, ônus e bônus de uma decisão.³²⁵

Ora, será realmente adequado, necessário e ponderável, condenar criminalmente alguém, por exercer um direito no qual lhe compete, no que seja promove uma forma de educação alternativa àqueles a quem possui a guarda e a responsabilidade, que no caso são os filhos quanto aos seus genitores? Parece-nos que não.

Uma decisão desse monte fere sensivelmente o princípio da proporcionalidade, em qualquer um de seus aspectos. Isso se traduz, aprioristicamente, quando a execução de algum direito, como a liberdade e educação, se fazem em confronto e às expensas de outros valores constitucionais, como a própria atuação e controle do Estado, por exemplo, sendo que mesmo que o meio indigitado seja eficaz ou suficiente a concretização desse direito, portanto menos gravoso a outro direito/princípio jusfundamental atacado, torna-se dubitável a sua proporcionalidade, que se transpõe aqui na utilidade e justa adequação de se usar o meio que venha a favorecer o direito de prestação.

Aliás, só com esses argumentos, poder-se-ia concluir por um direcionamento da não criminalização do *homeschooling* no caso brasileiro, mas essa análise vai ainda mais além.

O art. 5º da CF/88, por exemplo, como se citou diversas vezes, protege a liberdade de expressão em diversos dispositivos (incisos IV a IX), posto que esta proteção se transmute num dos mais relevantes apanágios, dentre os diversos outros condicionantes da liberdade humana.

³²⁵ Cf. **MIRANDA**, Jorge. Op. cit., p. 355; **NOVAIS**, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais...** pp. 178-179; **ALEXANDRINO**, José Melo. **Direitos Fundamentais...**, p. 137 e **CANOTILHO**, J. J. Gomes. Op. cit., p. 270.

O inciso VIII seguinte, deste mesmo artigo, aduz que "*ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei*". Trata-se de uma norma de eficácia contida e prospectiva, ou seja, com aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral.³²⁶ Saliente-se que tal integralização normativa é feita pelo legislador infraconstitucional, mas que uma possível omissão deste jamais poderá inviabilizar o exercício do direito, pois todos os dispositivos que remontam a direitos individuais têm aplicabilidade súbita, basta, com isso, a utilização da proporcionalidade, com as características acima mencionadas.

O dispositivo normativo dispõe do instituto da escusa (ou objeção) de consciência, que nada mais é, nas palavras de Gilmar Mendes, "do ato de se recusar em realizar comportamento prescrito, por forças de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral. (...) A conduta determinada contradiz algo irrenunciável para o indivíduo. É importante, como salientou a Corte Europeia de Direitos Humanos, que a objeção nasça de um sistema de pensamento suficientemente estruturado, consciente e sincero. (...) A objeção de consciência admitida pelo Estado traduz forma máxima de respeito à intimidade e à consciência do indivíduo. O Estado abre mão do princípio de que a maioria democrática impõe as normas para todos, em troca de não sacrificar a integridade íntima do indivíduo."³²⁷

A objeção citada, eminentemente subjetiva e pessoal dos pais, aplica-se perfeitamente ao caso em contexto do *unschooling*: há uma discrepância entre a consciência de se utilizar uma forma alternativa de ensino, com o sistema educacional tradicional, que é imposto pela atuação estatal, quando se obriga por meio da lei os pais a matriculem seus filhos. Os pais acreditam severamente, por questões de foro íntimo que aquele método é melhor que este, e isto advém de suas concepções e idiosincrasias, que jamais devem ser subtraídas por qualquer autoridade pública.

³²⁶ Cf. **LENZA**, Pedro. Op. cit., p. 258.

³²⁷ Cf. **MENDES**, Gilmar Ferreira e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., pp. 357 e 358.

Veja-se o caso de países desenvolvidos. Nestes ambientes a utilização da educação domiciliar é maior e a quantidade de famílias que se firmam neste sistema é bastante grande, mesmo a sociedade tendo amplo acesso a educação de qualidade e ensino nas redes públicas, de forma universal e gratuita. Agora vire os olhos ao Brasil, por exemplo, país nos quais as defasagens educacionais do sistema, bem como a doutrinação nos bancos escolares são bem mais que conhecidos, são públicos e notórios, embasados por laudos e pesquisas nacionais internacionais. Será que opinião familiar, diante desse aspecto, não deve prevalecer?

A objeção de consciência, pois, como exceção à regra, e, como tal, reforça a regra, de caráter isento de um cumprimento de um dever geral, no qual se fosse um direito de igual natureza ao da obrigação a que ela se opõe, estaria a criar uma faculdade de agir, um novo espaço de liberdade, o que não ocorre.³²⁸ Impede, pois, seu uso diuturno e comum, mas traz, na prática, aos pais submetidos à autorização do Poder Judiciário sempre que quiserem, de fato, realizá-lo. Ou seja, o argumento da objeção de consciência, também é factível em uma possível judicialização da questão.

Dicotomicamente, mesmo diante de tanto pressupostos para não criminalização da conduta do *homeschooling*, o Brasil possui alguns casos de processos criminais contra os pais que utilizaram esse método alternativo de ensino. Desde meados dos anos 1990, pelo menos dez pais já foram acusados pela conduta típica do abandono intelectual, bem como o Poder Judiciário, através do Superior Tribunal de Justiça, considerou não haver direito líquido e certo dos pais em ensinarem os seus filhos em casa.^{329 330}

Nessas situações, onde a liberdade dos pais encontra-se na iminência de ser cerceada diante da provável incriminação no fato típico do crime de abandono intelectual, é de se defender, pois, o uso do *habeas corpus*

³²⁸ Ibidem, p. 358.

³²⁹ BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. **ENSINO EM CASA NO BRASIL: um desafio à escola?**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013, p. 30.

³³⁰ Por exemplo, a autora anteriormente citada, relata o caso da família Nunes do Estado de Minas Gerais, que “foi denunciada por vizinhos ao Conselho Tutelar, dando assim início a um processo judicial” e que por fim foram condenados além da esfera civil a uma multa bem como na seara criminal pelo crime de abandono intelectual. Inclusive conforme amplamente noticiado na mídia nacional, como visto em:

<<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/02/condenado-pela-justica-casal-de-mg-mantem-filhos-fora-da-escola.html>>

preventivo, para com a garantia de um salvo-conduto judicial, trancar a ação penal, ou se esta já estiver em fase avançada de instrução processual, tentar derrubá-la, ante o constrangimento ilegal da criminalização da conduta do ensino domiciliar.

É de se concluir, ante todo o exposto, que o embasamento fático e de direito para estruturar o pedido do deferimento do *habeas corpus*, no juízo competente, pode ser encartado nos seguintes pontos: a) o direito penal como *ultima ratio*, devendo ser o mesmo utilizado, apenas quando outras esferas da sistemática jurídica, como a civil ou administrativa, por exemplo, não penalizarem corretamente o ato; b) falta de ofensividade ou lesividade do fato em comento; c) atipicidade conglobante da conduta (teoria de Zaffaroni); d) a atipicidade pela falta de subsunção da conduta ao fato típico do artigo 246 do Código Penal brasileiro (*deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar*), ou seja, ausência de justa causa ou omissão); e) no uso de uma ponderação entre a liberdade e educação, direitos fundamentais, e a intervenção estatal, deve-se priorizar aqueles ante este; f) uso do controle de convencionalidade de normas internacionais, ratificadas pelo Estado brasileiro, como aquelas dispostas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica); g) falta de adequação, necessidade e ponderação (estrutura do princípio da proporcionalidade) na criminalização da conduta do ensino domiciliar; h) a escusa de consciência, como limitadora de uma obrigação imposta pelo Estado.

Assim, pode-se trazer que a grande celeuma que gira ao redor do *homeschooling* decorre, na verdade, de diversos fatores, como uma lacuna no ordenamento jurídico, alta intervenção do Estado em assuntos privados, tradicionalismo do Poder Judiciário e etc. A ausência de dispositivos legais, por exemplo, seja para proibir, seja para regulamentar, abre espaço para discussão da não tolerância da educação dos filhos no seio do lar. Noutro giro, considerando-se a ausência de norma no Brasil acerca desse contexto, ainda que se adote a interpretação de que o *unschooling* seja uma conduta vetada na seara cível, certamente não se trata, jamais, de um ilícito criminal e o *habeas corpus* pode ser o meio adequado para que se ratifique esse disposto.

Diga-se de passagem, aliás, que não se quer deixar a educação familiar de maneira livre e absoluta na sociedade, interessante, seria, além de trazer, é claro, uma legislação consistente e adequada, regras de conduta, como faz Portugal, onde são requeridos dos pais, avaliações, análises, estudos sociais de cada família que desejasse se utilizar desse meio alternativo de ensino, antes regular, do que proibir (ou criminalizar) de maneira inadequada e arbitrária.

9. Estudo de Caso IV: uso farmacêutico e terapêutico da *cannabis*, os crimes constantes na Lei 11.343/2006, o direito fundamental à saúde e liberdade e o uso do *habeas corpus* preventivo

O quarto e último caso dessa análise acadêmica, trata de uma questão bastante delicada e que traz uma celeuma entre diversos sistemas jurídicos, seja no Brasil, ou fora dele, principalmente, por tratar de uma substância que se encontra, diversas vezes, entre aquelas proibidas de uso pelo Estado, por ser considerada um estupefaciente na qual poderá causar dependência química: a *cannabis*.

A folha do cânhamo, de onde a provem, historicamente, foi uma das primeiras plantas cultivadas pelo homem, tendo sido utilizada em diversos meios como fibra para papel, tecidos, fármaco, finalidade religiosa, e atualmente, até em produtos cosméticos, alimentícios e alcoólicos. Em meados da época da contracultura, com os *hippies* e as comunidades alternativas, o uso recreativo da *cannabis* tornou-se mais comum e se popularizou em larga escala, sendo que a *cannabis* é produzida em quase todos os lugares, precipuamente em lugares mais quentes e temperados, pelo qual os Estados Unidos o maior produtor mundial.

É uma das substâncias mais utilizadas em todo o globo, principalmente por jovens, agregando-se, como substância ilícita, objeto de repreensão e proibição, pela primeira vez na “Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas das Nações Unidas”, assinada na cidade de Viena, em 21 de fevereiro de

1971³³¹ e o seu uso sendo tratado por diversas autoridades públicas como um problema de saúde pública, na qual deve ser combatida e titulada como patologia ou vício.

Dicotomicamente, alguns países consideram a *cannabis* uma droga propriamente dita e dispõe em sua legislação interna, penas duras e restritivas, para quem comercialize, cultive, venda ou transporte a substância. Já outros países, como a Holanda e Alemanha, caracterizam-na como uma substância recreativa, leve e autoriza o seu uso, com algumas restrições.

Na América do Sul, de forma percussora, o Uruguai foi o primeiro país a autorizar o Estado a controlar, regular e vender a *cannabis* a população, porém com algumas restrições impostas pela lei.³³²

Considera-se, como ideia geral, na qual foi implementada no consciente coletivo universal, que a *cannabis* tem como finalidade central apenas finalidades psicotrópicas, principalmente pelo que se explora na mídia, nas escolas e no dia a dia da população em geral, sendo muitas vezes relativizada como uma substância que causa danos à saúde mental de quem se utiliza dela de forma contínua e gradual.

Mormente tais propriedades psicotrópicas e que possam causar dependência química, a *cannabis sativa*, socialmente conhecida como maconha, ganja ou *marijuana*, também nos mostra outro lado: possui um grande potencial terapêutico e farmacológico, com múltiplas ações medicamentosas no qual auxilia a pacientes de todas as faixas etárias, com finalidades curativas de analgesia, anti-inflamatória, antiepiléptica e como,

³³¹ O Brasil, por exemplo, incorporou internamente tal Convenção, através do Decreto n. 79.388/77, reconhecendo, de maneira legal, que “substância psicotrópica” significa qualquer substância, natural ou sintética, ou qualquer material natural relacionado nas listas I,II,III ou IV.”, estando os “tetraidrocannabinóis” listados no item 10, da lista I, juntamente com diversas outras substâncias.

³³² Como visto em:

<<https://www.cartacapital.com.br/revista/983/a-maconha-no-uruguai-legal-de-boa-qualidade-e-rentavel>> e “Uruguai inicia venda de maconha em farmácias e revoluciona a política mundial de drogas - País com a maior tradição liberal da América dá início a um projeto vanguardista destinado à maconha” como visto em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/01/internacional/1498915815_792114.html>

inclusive, estimulador de apetite, ou seja, demonstrando, assim, grande importante no auxilio da medicina global.³³³

9.1 Efetividade do uso do canabinóide em algumas patologias

Em meados do século XVIII, o cânhamo foi introduzido na Europa por Napoleão, advindo do Egito, sendo atrativo da comunidade da época pelos seus efeitos sedantes e de alívio imediato da dor. Em 1839, por exemplo, estudos médicos já relatavam o uso da *cannabis* em altas dosagens no tratamento de desordens causadas por espasmos e convulsões, hidrofobia, cólera e nas crises de abstinência de outras drogas.

Em 1844, foi inserido a *cannabis* de maneira medicinal no Reino Unido e Estados Unidos. Após os anos 90, do século seguinte, com diversas outras pesquisas a respeito do tema, foram descobertas significativas propriedades, com a descoberta dos receptores canabinóides endógenos que apontavam para novos usos terapêuticos da *cannabis*, fazendo, de lá para cá, mais que triplicar os estudos e o interesse da comunidade científica a respeito de tais propriedades.³³⁴

Estes agentes, comumente chamados na comunidade farmacêutica de “agentes canabinoides”, como o THC e CBD, possuem considerável importância no tratamento de patologias graves e diminuição de seus sintomas, com efeitos que podem ser relatados como os de efetivos ansiolíticos e euforizantes, para ansiedade e depressão; analgesia, inclusive para dor neuropática; percepção da dor diminuída, aumento da tolerância à dor; ação anticonvulsivante; estímulo do apetite no estado de caquexia; diminuição da pressão intraocular, útil nos casos de glaucoma; atividade antitumoral e anti-inflamatória do câncer; ação antiemética; redução da saliva em pacientes e relaxamento muscular para alívio da espasticidade.³³⁵

³³³ **GUILHERME**, Camila Guedes et. al. **Cannabis sativa (maconha): uma alternativa terapêutica no tratamento de crises convulsivas**. Rev. Ciênc. Saúde Nova Esperança – Dez. 2014.

³³⁴ **RIBEIRO**, José Antonio Curreal. **A Cannabis e suas aplicações terapêuticas**. Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2014, p. 28.

³³⁵ Há por exemplos, diversos fármacos, que podem ser citados e que se utilizam de canabinoides em sua composição, como o “Marinol” ou “Dronabinol”, que tem por finalidade a estimulação do apetite e antiemético em doentes oncológicos e com

Desta forma, é importante trazer à tona que se por um lado, o uso desenfreado e descontrolado da *cannabis* pode repercutir em sintomas psiquiátricos agudos de dependência dessa substância, além é claro de consequências jurídicas e criminais, para quem a comercializa. Por outro, a manifestação terapêutica e farmacológicas do uso das mais diversas vertentes das canabinoides no tratamento de várias patologias, sintomas e doenças, demonstram plena eficácia médica.

Citando, pois, apenas que no ramo da neurologia pode ser utilizada em doenças como epilepsia, esclerose múltipla, Síndrome de Parkinson, Síndrome de Tourette, Síndrome de Huntington, Alzheimer, Esclerose Lateral Amiotrófica e fibromialgia, dentre diversas outras.

Na psiquiatria³³⁶, se vê resultados em tratamentos de ansiedade, depressão, psicoses em geral, esquizofrenia e dependência químicas.

Na imunologia³³⁷, ainda, em tratamentos de artrite crônica, colites, doença de Crohn, Diabetes tipo II, AIDS, asma, esclerodermia, dermatites em geral.

Na oncologia³³⁸, no tratamento de quimioterapias, efeito antineoplásico, câncer de mama, próstata, estômago, cólon, reto, neuroblastoma, glioblastomas cerebrais, linfomas e leucemias.

Com isso, é preciso separar o "joio do trigo". Como se verá mais à frente a legislação infraconstitucional brasileira, considera ilícitos penais diversos fatos típicos no que toca a *cannabis*, o que pode incluir nessas condutas o uso, comercialização, importação e cultivo da substância para, ainda mesmo, o uso científico. Ou seja, o Estado, não sabe distinguir hoje, tanto o uso da substância como droga ilícita, quanto o uso desta quanto fármaco, criminalizando ambas as condutas, o que não pode prosperar.

síndrome de imunodeficiência adquirida; "Cesamet" ou "Nabilona", que estimula o apetite e é antiemético em doentes oncológicos e com AIDS; "Sativex" ou "THC e Canabidiol" que se usa no tratamento da rigidez muscular e dor neuropática em doentes com Esclerose Múltipla e é analgésico em doentes oncológicos terminais; "Acomplia" ou "Rimonabant" que pode ser utilizado na redução do apetite e tratamento da obesidade in ibidem, p. 31.

³³⁶ Como visto em: <<http://amame.org.br/especialidade/psiquiatria/>>

³³⁷ Como visto em: <<http://amame.org.br/especialidade/imunologia/>>

³³⁸ Como visto em: <<http://amame.org.br/especialidade/oncologia/>>

Tanto é assim que se defenderá, conforme se verá adiante, o uso do instituto processual constitucional do *habeas corpus* preventivo, para se garantir a utilização, comercialização, plantio e etc. nesta outra vertente: para fins medicamentosos, sem a possibilidade de ser criminalizada a conduta.

Colocando na balança, pois, o direito à saúde e a liberdade em um mesmo patamar de isonomia, tal quais direitos fundamentais e humanos, garantidores da dignidade da pessoa humana. Vejamos.

9.2 Crimes da Lei 11.343/2006 e do artigo 334-A do Código Penal Brasileiro

Em 2006, o legislador ordinário brasileiro, incorporou no sistema jurídico a Lei 11.343/2006 que institui o “Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD”, prescrevendo medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e afins. Considerando a Lei como “drogas”³³⁹ as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Conforme a doutrina, tal lei trata-se de uma norma penal em branco em sentido estrito ou heterogênea, já que para se aplicar seus preceitos necessita de uma complementação vinda de fora.

Assim, para especificar o que seja “droga:”, deve-se utilizar o que consta em uma Portaria expedida pelo Poder Executivo (SVS/MS 344/98), na qual estão previstas as substâncias, sendo atribuição da ANVISA, Agência Nacional

³³⁹ Para a doutrina, diferente do que se pensa neste trabalho, o uso do termo “droga”, foi feito pelo legislador de maneira acertada, em contraposição à expressão “entorpecente”, da lei anterior. Segundo Nestor Távora, a “Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de drogas e outras substâncias psicotrópicas utilizou a expressão ‘narcotic drugs’ para representar as substâncias abarcadas na Convenção Única de 1961 sobre drogas. Tal expressão é traduzida para o português como ‘estupefacientes’. No entanto, a palavra ‘droga’ é a que melhor representa e traduz o âmbito de incidência da expressão ‘narcotic drugs’. Neste sentido Damásio de Jesus, asseverando que ‘a nova terminologia é digna de encômios’ explicando que a OMS entende inadequada a expressão entorpecente, sendo preferível a expressão ‘drogas que determinam dependência’. In **TÁVORA**, Nestor e **FRANÇA**, Bruno Henrique Príncipe. **Lei de Drogas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 11.

de Vigilância Sanitária, a manutenção atualizada dessa lista.³⁴⁰ Em tal portaria, na qual aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, a *cannabis sativum* faz parte da “Lista E” (lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas) e o THC (tetraidrocanabinol) encontra-se na “Lista F2” (lista de substâncias psicotrópicas).

Ainda, segundo o artigo 28 da lei em comento, inserida no Capítulo III, que trata dos crimes e das penas, quem “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, bem como quem, “para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe, plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”, será submetido às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Trata de um tipo misto alternativo, de ação múltipla ou de conteúdo variado, onde se prevê mais de uma conduta, de forma alternativa, para a configuração de um mesmo crime. Desta maneira, quem adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, com a intenção de posse, bem como, colher, cultivar ou semear, qualquer substância ou planta constante na portaria anteriormente mencionada, poderá ser criminalizado na conduta sobredita, devendo cumprir as sanções criminais, em medidas restritivas de direito aplicadas diretamente pelo preceito secundário do tipo penal.³⁴¹

Já no título IV, que trata da “repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”, em seu capítulo II, “dos crimes”, o artigo 33 torna crime as condutas de “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, ou ainda “importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em

³⁴⁰ Ibidem, p. 12.

³⁴¹ Ibidem, p. 44.

depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”; “semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”; “utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas”, incorre nas duras penas de “reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

Sendo que tais crimes previstos, são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Note que tratam os crimes de tráfico de drogas, e o uso e posse de substâncias entorpecentes, graves crimes nos quais o legislador quis imprimir reprimendas e penas brandas para quem incorrer em seus tipos penais. Em uma análise até perfunctória da lei, resta demonstrado que em nenhum momento se atenua, isenta ou perdoa-se a conduta de quem posso utilizar a *cannabis* para tratamento médico, podendo, inclusive, serem processados aqueles pais que importem, ou cultivem ou inclusive comprem fármacos que possam ter substancias que estejam listadas na portaria que trata o tema.

Pode-se questionar se seria justo o Estado processar e reprimir a conduta, com penas que variem de até 15 anos de prisão, por exemplo, de um pai que tenha seu filho acometido de severas crises de epilepsia e que compre uma medicação com o CBD para aliviar as crises deste. Ou então, a reprimenda de um familiar de quem esteja com um câncer em fase terminal, com dores por todo o corpo e queira substituir a morfina por maconha para abrandar tais padecimentos que lhe acomete.

O Código Penal do Brasil no seu artigo 334-A, também tipifica a conduta de quem Importar ou exportar mercadoria proibida, sob a pena de reclusão de 2 a 5 anos, tratando do crime de contrabando, incorrendo na mesma pena quem “importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente”; “vende, expõe à

venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira”.

Ora, se já são conhecidas várias possibilidades de uso medicinal para a *cannabis* entre elas está sua capacidade de aliviar a dor, convulsões e afins, seria justo penalizar o mero uso, a comercialização ou cultivo, de uma planta na qual possa extrair uma substância no qual inclusive é permitida sua prescrição por profissionais da saúde, como em alguns estados americanos e em países como Holanda e Bélgica.

Parece-nos que a legislações brasileira acabam por gessificar a possibilidade de aprofundamento ou de ampliação de autorizações para este intento, não dando espaço e abertura para que familiares, profissionais da saúde e os próprios pacientes se utilizem dos derivados da *cannabis* como mais uma opção de tratamento, melhorando a qualidade de vida, em patamares maiores e proporcionando finais de vida mais dignos para alguns pacientes, que possam ter doenças terminais, por exemplo.

Para combater, pois, essa visão antiquada de que a substancia *per si* possui apenas uma faceta de droga, ilícita e recreativa, é que se pode defender, mais uma vez, o uso do *writ*, com a finalidade de que se possa expedir um salvo-conduto pela autoridade judiciária, na qual se autorize o cultivo, importação, exportação, posse, porte, utilização e etc., dessas substancia canabinoides, sem a ameaça de um processo criminal e o indiciamento de tais condutas nas penas da Lei de Drogas, a lei 11.343/2006.

9.3 Questão do direito à saúde e a liberdade

O direito fundamental à saúde, como social e fundamental, encontra-se encartado na nossa Carta Política, no artigo sexto, dentro do capítulo que trata dos Direitos Sociais, tanto como no artigo 196 e seguintes, no Capítulo que trata da Seguridade Social.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, onde o poderio público deve garantir, como poder-dever, e não um mero dever, mediante políticas públicas, medidas que visem a garantir a redução do risco de doenças e de outros agravantes e ao acesso universal e isonômico às ações e serviços

prestados à comunidade, tanto no que tange a promoção quanto à proteção e recuperação (caráter preventivo contido no artigo 196 da CF/88).³⁴²

Como direito fundamental, diante do contexto analisado no primeiro capítulo, possui duas vertentes, tanto uma de natureza negativa (típica das liberdades do Estado Liberal): onde o Poder Público ou particular devem se abster de praticar atos pelos quais prejudiquem terceiros, quanto outra de natureza positiva (feição precípua dos direitos sociais *lato senso*): fomenta-se um Estado prestacionista, programático e garantista de implementar tal direito social.³⁴³

Tal direito é tão essencial, por estar relacionado ao direito à vida e a própria concepção de dignidade da pessoa humana, que para Dirley da Cunha Junior sequer haveria necessidade de se encontrar explicitado e positivado. Isto posto, constitui exigência insofismável de qualquer Estado que tenha uma mínima preocupação com o valor humano, ao se reconhecer um direito subjetivo público à saúde,³⁴⁴ estando contido dentro do seletivo grupo de direitos que compõe o *minimum core*.³⁴⁵

A saúde no Brasil, é submetida ao controle Estatal, sendo este que deve orientar o dever de regulamentar as ações e serviços na área e fiscalizar se há um cumprimento efetivo das normas sobre a temática (artigo 197). Administrativamente, a Constituição infere serem as ações e serviços públicos neste campo integrados através de uma rede regionalizada e hierarquizada,

³⁴² O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o “princípio do acesso universal e igualitário” que se funda o sistema de saúde brasileiro, enquanto sedimentado no “princípio da isonomia”, impõe aos poderes públicos o dever de agir fornecendo, a todos, prestações materiais e jurídicas adequadas à promoção e proteção da saúde, bem como sua recuperação nos casos de doença, independente da situação econômica do indivíduo in STF – RE (AgR) 271.286/RS, rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 12/09/2000.

³⁴³ Cf. LENZA, Pedro. Op. cit., p. 1299

³⁴⁴ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, pp. 723 e 724.

³⁴⁵ Conforme também explanado no primeiro capítulo deste trabalho pelo que se ressalta que na Alemanha, por exemplo, inexistente previsão constitucional de muitos direitos sociais, “sendo o mínimo existencial garantido pela doutrina e jurisprudência, onde se defende a necessidade de o Estado Social intervir para assegurar a existência vital da pessoa humana. A propósito disso, segundo Scholler, a dignidade da pessoa humana estará assegurada ‘quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade’”. In JÚNIOR, Dirley da Cunha. Op. cit., pp. 725 e 726.

constituindo um sistema único (S.U.S.), conforme artigo 198, ou seja, é descentralizado, de atendimento integral e gratuito, com prioridade na prevenção, sem prejuízo de serviços de assistência e conta com participação da comunidade, refletindo, pois, o caráter democrático que aduz toda a seguridade social.

A efetivação do direito à saúde se perfaz com a existência óbvia de hospitais, postos de saúde, com ampla disponibilidade de vagas e leitos, fornecimento gratuito de medicação e tratamentos, além da existência de profissionais capacitados em número suficiente para que possa sustentar o desenvolvimento e manutenção de tais ações públicas.

A inexistência ou omissão parcial de tais prestações caberá indiscutivelmente a intervenção do Judiciário nesse quesito, obrigando o Estado em dispor de providencias fáticas necessárias para que se desfrute da prestação pelo qual lhe constitui objeto.³⁴⁶

Desta forma, o direito a saúde, conglobado aos direitos sociais *per si*, deflagram um conjunto pelo qual se garantindo sua fruição há uma clara reverberação em diversos outros direitos, como os de liberdade, vida digna, isonomia e um mínimo existencial. Sendo a dignidade da pessoa humana o ponto central, para que se ratifique o direito público subjetivo aos cabedais materiais para que haja esse exercício do direito.

Se concluindo que o Estado passa a ser garantidor universal a toda a população de meios que traduzam e traga expedientes necessários a se afirmar um padrão mínimo de satisfação do grupo social no que toca a sua saúde. Mormente que o Estado jamais poderia (e poderá), sob pena de que haja uma intervenção judicial, obstaculizar, nesse amplexo, a efetiva entrega de medicamentos, tratamentos, ou métodos paliativos que possam de alguma maneira a ajudar pessoas que estão necessitando, diante de graves problemas circunstanciais de saúde e/ou severas patologias.

Por isso, que ao se criminalizar e proibir pacientes que tentem utilizar de substancias que possam ser extraídos da folha da *cannabis*, o poder estatal de alguma maneira impõe uma barreira para que não se frua efetivamente o direito à saúde destes indivíduos. Sendo, pois, o *habeas corpus* um meio

³⁴⁶ Ibidem, p. 725.

judicial constitucional cabível para a completa disposição deste direito, vejamos.

9.4 Possibilidade de deferimento de *habeas corpus* preventivo e o consequente salvo-conduto no caso em comento

Inicialmente, quanto a este quesito, é de bom alvitre mencionar que o legislador brasileiro, não liberou, por qualquer meio de produção legiferante, o uso, plantio, importação ou exportação, da *cannabis* ou de qualquer extrato para utilização em tratamentos medicinais, diferente de alguns países, como os Estados Unidos da América, que já disponibilizam inclusive a compra com receitas médicas comuns, a venda específica para o uso medicinal. E isso é um retrocesso no país, já que a luta de pacientes que necessitam ter o uso dessas substâncias é substancialmente válida e necessária.

Segundo, que diante desta negativa do Legislativo em produzir leis que resguardem esse direito, felizmente, o Poder Judiciário brasileiro³⁴⁷, em diversos estados da federação, vem admitindo hoje, através de medidas judiciais pertinentes que pacientes e familiares, cultivem, importem, comprem ou utilizem substâncias providas da *cannabis* para fins terapêuticos, bem como alguns órgãos administrativos (como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA) também estão autorizando a importação de alguns medicamentos dessa extirpe.³⁴⁸

Salientando que estas não são medidas gerais, mas sim, singulares, específicas e *inter partes*, sem qualquer caráter *erga omnes*, onde os autores requerem especificamente o uso e a liberação apenas para aquele caso

³⁴⁷ Estado do Ceará <<https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2017/09/cearense-consegue-habeas-corpus-para-cultivo-de-maconha-com-fins-medic.html>>

Estado da Paraíba <<https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/juiza-autoriza-cultivo-da-maconha-para-tratamento-medicinal-na-paraiba.ghtml>>

Estado do Rio de Janeiro <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-06/justica-rio-permite-casal-cultive-maconha-tratar-filha>>

Estado de São Paulo <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-autoriza-mulher-a-importar-semente-de-cannabis-para-uso-medicinal/>>

³⁴⁸ Como visto em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2017/03/anvisa-autoriza-medicamento-a-base-de-canabidiol-para-crianca-autista.html>>

concreto.³⁴⁹

Ao se analisar a possibilidade da utilização do *habeas corpus* para se garantir um salvo-conduto no sentido de os pacientes que queriam cultivar, exportar, importar, adquirir, ou qualquer outro preceito, substâncias que possuam extratos canabinoides em sua composição, para fins medicinais, sem sofrer qualquer risco de serem processados criminalmente nos crimes citados

³⁴⁹ Aliás, é interessante vislumbrar que o próprio Supremo Tribunal Federal já vem trazendo a tona a questão da discussão da descriminalização do uso de drogas para consumo pessoal, ao julgar o Recurso Extraordinário 635.659, que tem repercussão geral reconhecida e sobre um *habeas corpus* a um homem preso por importar 14 sementes de maconha, com a concessão do *writ* em sede liminar já concedido. No primeiro caso, três votos nesse caso foram proferidos pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que criminaliza o porte de drogas para consumo pessoal, quando o julgamento foi suspenso por pedido de vistas e teve como base os seguintes argumentos do voto do Ministro Barroso: “Direito Penal. Recurso Extraordinário. art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Inconstitucionalidade da Criminalização do Porte de Drogas para Consumo Pessoal. Violação aos Direitos à Intimidade, à Vida Privada e à Autonomia, e ao Princípio da Proporcionalidade. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.”

da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) ou do artigo 344-A, do Código Penal, poderiam se trazer os seguintes argumentos para o deferimento do pedido: a) a questão da liberdade *versus* dignidade da pessoa humana; b) a questão conjugada do direito social a saúde e seus consectários; c) a questão do conglobamento dos princípios constantes na própria Lei de Drogas frente toda a problemática.

Quanto à dignidade da pessoa humana, como metaprincípio ou *prima pricipium* do Direito Constitucional, que perpassou por quase todos os ordenamentos jurídicos do pós guerra, ressabiando no movimento do neoconstitucionalismo, Jorge Miranda³⁵⁰ lembra que ela trata da dignidade da pessoa individual e concreta, enquanto homem e mulher, tanto da pessoa nascida, quanto do nascituro; não podendo ser apreendida sem consideração da bioética; compreendendo o respeito as pessoas carecidas ou sujeitas a cuidados de saúde; implica a garantia a intimidade pessoal e familiar; o respeito e a orientação sexual das pessoas, sua autonomia, com vivencia numa relação comunitária, que congloba uma dignidade social; inclusão; condições adequadas de uma vida material; o primado da pessoa *ser* e não do *ter*, onde a liberdade prevalece sobre a propriedade; onde se procura uma qualidade de vida, que justifica a criminalização da ofensa dos bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais de acordo com a consciência geral e um princípio da proporcionalidade no qual requer a proteção à vítima.

Jeremy Waldron,³⁵¹ esquematiza esse principado da dignidade de maneira que este funcione tanto como uma fonte de direitos, ou seja, num ponto pelo qual todos os outros direitos estariam nela sustentada (fig. 1); tanto como um *status* em um contexto intrínseco e imbricado a própria humanidade, ou seja, como um direito fundamental dissociável (fig. 2); e esta dignidade como algo interligado a uma espécie de “fusionamento” entre todos estes outros direitos (fig. 3):

³⁵⁰ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...**, p. 245/246

³⁵¹ WALDRON, Jeremy. **Is Dignity the Foundation of Human Rights?**. New York: NY University School of Law: PUBLIC LAW & LEGAL THEORY RESEARCH PAPER SERIES WORKING PAPER NO. 12-73, p. 28.

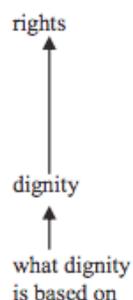


fig. 1

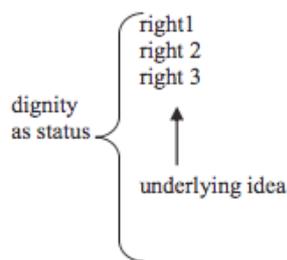


fig. 2

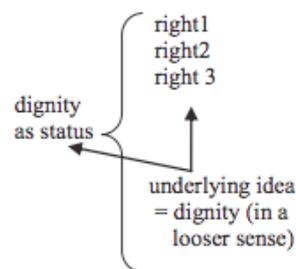


fig. 3

Ora, se vislumbra na conceituação doutrinária da dignidade da pessoa humana e na própria análise de casos concretos o Supremo Tribunal Federal, que este é um princípio que reverbera em todos os outros, possuindo nesse contexto, ser um direito fundamental autônomo, não se pode deixar de interligá-lo ao próprio contexto de liberdade e bem-estar, cabendo ao sistema de segurança social proteger os cidadãos, na doença, na velhice, na invalidez e em todas as outras situações, de forma a assegurar, nas próprias instituições de saúde, públicas ou privadas, adequados poderes de eficiência e qualidade e de disciplinar e controlar a produção, distribuição, comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico.³⁵²

Quando o legislador pátrio tipifica criminalmente o “plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas”, do art. 2º, caput, da Lei nº 11.343, não houve preocupação, a época, inclusive em uma interpretação histórica, ou social, do próprio fundamento da norma, em se estudar o potencial terapêutico do cânhamo quando empregada nas mais outras diversas condições que não fosse o uso recreativo ou como estupefaciente.

Criminaliza, similarmente, os fatos de “importar, preparar, produzir, fabricar, adquirir, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar e etc.”, do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, em crime de tráfico de drogas, sem qualquer diferenciação entre o precípuo fim do uso seja terapêutico ou científico, ou outro uso pessoal, que não seja também o para se

³⁵² Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional...**, p. 254.

entorpecer, ferindo, assim, o direito fundamental à dignidade da pessoa humana conjugada com sua liberdade e autonomia da vontade, já que a própria atividade legiferante põe de lado que algumas pessoas em situação de risco possam depender dessas “drogas” para fins pessoais outrens, ficando estes pacientes ao alvedrio do mercado paralelo, como de traficantes, e da própria punição estatal para conseguir tratar condição de saúde.

Noutro giro, se o poder estatal, através de seus órgãos públicos proíbe a venda ou cultivo por empresas no próprio, de maneira regularizada, inibindo assim, a população de comprar a substancia derivada da *cannabis* em lugares autorizados, ou até nos próprios hospitais, como forma de tratamento, para quem já esteja internado, este vem a afrontar diversos preceitos constitucionais originários como a própria vida, dignidade da pessoa humana (compreendido no contexto do respeito às pessoas necessitadas de cuidados de saúde), cidadania (art. 1º, II), à vedação do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e precipuamente a saúde (art. 196), o que poderia ser alegado em sede judicial, com o instrumento do *habeas corpus*.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos infere em seu artigo 25 que “1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

Já a Lei 8.080/90 que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”. Aduz em seu artigo segundo, que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. “ Sendo “dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e

recuperação” e que este dever do Estado “não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.”.

Com estes preceitos, conclui-se que plantar, cultivar, colher, guardar, transportar, prescrever, ministrar ou meramente adquirir *cannabis* ou quaisquer de suas substâncias para realização de tratamento de saúde, com o fito medicinal é uma forma legal de exercício básico do direito à saúde e de busca da felicidade plena e que sua proibição criminal, ou em qualquer outro aspecto se perfaz numa ingerência ilegítima pelo Estado, podendo ser garantido, através dos meios judiciais, como o *habeas corpus*, meios de não se ver processado penalmente por fazer uma atividade legítima (direito à saúde) que se sobrepõe a qualquer restrição de cunho físico (prisão).

Aliás, ainda há quem lecionem haver um imperativo de direitos fundamentais, como o da saúde, inclusive no campo privado, para quem os direitos fundamentais devem ser aplicados a leis de direito privado como direito imediatamente vigente, de forma imediata, inclusive estas servindo para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais e sua proteção”.³⁵³

A tutela criminal da Lei de Drogas e do Código Penal Brasileiro torna restrito o livre dispor de que uma família, por exemplo, seja capaz de usufruir o direito constitucional de se assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde e da dignidade da pessoa humana. Sem condições de comprar ou cultivar a *cannabis*, resta apenas compra-la no mercado negro, ao arrepio da lei. Criminalizar assimila-se a proibir que o familiar, ou qualquer pessoa próxima, da pessoa doente, pelo qual se encontra incapacitada em um momento de fragilidade de saúde, tenha consigo fármaco que dele precise para manter a sadia qualidade de vida. Infringindo ainda o gozo dos direitos fundamentais da criança e adolescente, caso o paciente seja menor, ou do idoso, caso o enfermo se encontre em idade avançada.

A própria Lei 11.343, no título que fala sobre “das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, leciona que são princípios e diretrizes da norma, dentre outros, “a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica

³⁵³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., pp. 129-139.

como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam”; “a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas”; “o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas”; “o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas”.

Nesse contexto, resta claro que as personificações desses princípios poderiam ser aplicadas tanto no contexto do uso indevido de drogas, que trata da lei, tanto do contexto pelo uso legal dessas substâncias, como o medicinal ou para fins meramente terapêuticos. Há de se dar agora, uma nova interpretação a lei, para adaptá-la a esse novo contexto social, que foi ratificado por diversas pesquisas científicas e biológicas e que confirmaram a possibilidade do uso da *cannabis* e seus derivados em diversas patologias e métodos paliativos para aliviar daqueles que já sofrem, inclusive por doenças incuráveis.

Nesta feita, resta concluir que é plenamente possível que possa se adentrar com o remédio constitucional do *habeas corpus*, de maneira preventiva, para que se conceda a ordem do *writ* e conseqüentemente o devido salvo-conduto que se formula, garantindo aos pacientes impetrantes o direito judicial para que se possa cultivar, importar, comprar, exportar, ou qualquer outro verbo, para fins terapêuticos, a erva *cannabis* e seus derivados, sem haver o perigo de início da persecução penal pelo Estado, através de inquérito policial, ou prisão em flagrante, reverberando na impossibilidade da condenação nos crimes da Lei 11.343 (Lei de Drogas) e do Código Penal Brasileiro.

CONCLUSÕES E TESES CONCLUSIVAS

Diante disto, é inequívoco perceber o quão relevante é a dimensão e a monta do *habeas corpus* no cenário jurídico atual, como instituto resguardador do direito de locomoção, frente a novas situações, que há algum tempo atrás seria até então inimaginada pela sociedade, doutrinadores, jurisconsultos ou legislador, ou seja, pelos atores da dinâmica jurídica.

Nota-se que após a superação de concepções classicistas por excelência, do modo de pensar racionalista, lógico-dedutivo, positivista (em sua forma mais cristalina) e sem dúvida formalista, eis que exsurge no pensamento do moderno uma nova hermenêutica constitucional, onde se deixa de dar primazia apenas as bases tradicionais dos sujeitos processuais e constitucionais e crescem-se novos dogmas, na intenção de sobrelevar as normas constitucionais jusfundamentais, como aquelas que sejam inerentes a uma justa aplicação na busca da aporia fundamental do direito aos casos concretos.

Dentro de um sistema jurídico totalmente afeito a abertura, onde se verificam princípios e regras, em afinamento ao que dita a Carta Magna de uma sociedade, o *habeas corpus* teve salutar contribuição em todo esse contexto ao atualizar e renovar tal interpretação aos sujeitos, não de forma a substituir o sistema tradicional, mas, de participar enquanto processo mútuo de corroboração entre os fatos apresentados e as normas constitucionais a total consubstanciação das premissas adotadas nas decisões dentro de construções normativas (sendo a norma sua tutora e guia), inserido em uma concepção pós-positivista do direito, não deixando em segundo plano aquilo que representa a própria razão desse mesmo sistema, através do Direito Constitucional como manipulador coerente dessa dogmática.

Com isso, é que há uma inefável e completa interdisciplinaridade do Direito Constitucional, e seus institutos, como o *habeas corpus*, com diversos outros campos, como o Direito Ambiental, Direito Coletivo, Direito Civil e etc.

Em um primeiro contexto, a análise e pesquisa nos fez concluir a importância dos direitos fundamentais como garantidor de diversos outros apanágios, estando o direito de liberdade, em suas diferentes vertentes, envolto nesse contexto.

A liberdade é, pois, um direito inerente e intrínseco ao ser humano, considerando que o seu desrespeito ou ferimento, poderá reverberar em diversas outras situações negativas, nas quais se transmutam em um claro contexto de ilegalidade ou inconstitucionalidade, estando o Estado obrigado a fazer cessar o ato coator, sendo o *writ* do *habeas corpus* um importante ator nesse papel.

Desta forma, a liberdade pode se apresentar como um direito que adveio da evolução gradual de diversos modelos estatais, mais precisamente do Estado Liberal de Direito, posterior ao Feudal e Absoluto e anterior ao Estado Social, mas sem retirar completamente suas características nem de uns, nem de outro.

Já enquanto direito fundamental, a liberdade encontra-se na segunda dimensão (ou geração) desses direitos, sendo o primeiro nesse amplexo, anterior aos direitos sociais, coletivos e globalizados, trazendo sua importância, enquanto estabilizador desses outros direitos, em um claro sistema processual conglobado. Restando por encartado, em quase todas as Constituições Democráticas, nos aspectos da defesa, do *non facere* de abstenção estatal, frente ao aspecto de prestação e da participação. Possuindo, assim, diversas feições, como a de manifestação de pensamento, consciência, religião, crença e culto e mais precisamente a *stricto sensu*, ou de locomoção em sua clara predisposição de ir, vir, ficar (e permanecer).

Sendo que é a partir dessa última vertente, onde se percebeu que há de se garantir uma proteção mínima necessária ao direito mais caro do homem: sua locomoção física, enquanto contextualizado em um aspecto da vida e da própria dignidade da pessoa humana. Estando o *habeas corpus*, que adveio, desde premissas da época romana, como um garantidor fundamental nesse ponto, podendo ser aplicado em algumas situações extraordinárias no seu direito básico de ir e vir.

Ora, se a pergunta inicial foi: quando e como se poderia utilizar do remédio heroico constitucional do *habeas corpus*, para garantir o perfeito aproveitamento do direito fundamental básico de liberdade (ir, vir e ficar), seja de maneira liberatória, ou não, em algumas situações insólitas, inauditas e singulares que vão além daquelas encartadas na legislação operante?. Agora,

diante da pesquisa é que podemos trazer com certeza a resposta da formulação indagativa.

Não se quer, diga-se de passagem, esgotar os casos concretos excepcionalíssimos, já que eles são inúmeros, mas sim trazer à tona a reflexão de que alguns destes muitas vezes, diante de novos contextos sociais e mudanças de paradigmas jurídicos, filosóficos e morais, podem ser resguardados por regimes constitucionais que por ora eram utilizados em apenas alguns outros momentos comuns e cotidianos.

É o que acontece com o *habeas corpus* coletivo, muitas vezes não aceito pela doutrina, com o fundamento de que a lei não autoriza, bem como seria impossível haver uma pluralidade de sujeitos no polo ativo da ação constitucional.

Porém, a mudança de paradigmas encontra-se latente, já que o fundamento pela possibilidade pelos Tribunais, se da pelo sobrelevamento dos direitos coletivos, difusos e transindividuais, precipuamente para alguns segmentos da sociedade que na maioria das vezes estão atingidas pela hipossuficiência, pobreza ou em situação de vulnerabilidade social, como no caso dos detidos no sistema carcerário brasileiro. Um sistema sem estrutura, organização e respeito mínimo a dignidade da pessoa humana dos presos, em um claro estado de coisas inconstitucionais.

Ou então pela mudança de visão, quanto à possibilidade de se deferir o *writ* a animais não humanos, que hoje são considerados pela sistemática jurídica brasileira, apenas como mera coisa, propriedade ou como que o direito civil, um *res*.

Com o novo arquétipo do Direito Ambiental, relatado na nossa Constituição brasileira, enquanto direito fundamental, humano, de terceira dimensão, indisponível, coletivo e transindividual, o que se percebeu foi nova revalorização dos direitos aos animais, não podendo ser estes agora considerados meros objetivos, mas sim seres, capazes de estarem em juízo, com a devida representação, para garantir o rompimento de intenso cárcere, sofrimento e reclusão, em um aposta do abolicionismo frente à diminuição do puro antropocentrismo e uma clarificação ética do biocentrismo, enquanto vertente influenciada por essa nova percepção do Direito Constitucional em um dialogo das fontes com o Direito Ambiental.

Mostra-se também, dentro desse novo contexto, a questão de novos métodos de educação, como o ensino domiciliar, muito comumente em países com economia pujante, mas que não trazer uma regularização em nações como o Brasil e da América do Sul no qual podem inclusive criminalizar a conduta de não matricular os menores em uma rede habitual de ensino, em uma clara intervenção estatal na escolha dos pais.

Entre sopesar o direito de liberdade e educação defronte uma imposição estatal, restou claro, pela possibilidade de se utilizar diversos argumentos, como a objeção de consciência, a educação livre, a escolha dos pais, a mínima intervenção do Estado nessa questão, à atipicidade da conduta (inclusive a conglobante de Raul Zaffaroni), para embasar a impetração do *habeas corpus* enquanto meio adequado para se garantir o não processo criminal (fato típico do abandono intelectual, constante no Código Penal brasileiro em seu artigo 246) dos pais que vejam no livre arbítrio de se escolher esse método de ensino.

Mais ainda, se demonstrou possível à utilização do *writ* para se garantir o livre acesso dos pacientes ou familiares que se encontram com patologias ou severas enfermidades a remédios provenientes da extração da *cannabis*, substancia muitas vezes contida em listas de proibição emitidas pelo Estado, pelo fato de muitas vezes serem consideradas como psicotrópicas. Substancias, aliás, que já se demonstraram efetivas nesse tratamento.

Em um cotejo entre o direito a saúde e liberdade frente à proibição estatal, se vislumbra que é possível a utilização do instituto para que se garanta um salvo-conduto, pela não tipificação da conduta nos crimes constantes na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) e no Código Penal, seja questão conjugada do próprio direito social a saúde e seus consectários e o conglobamento dos princípios constantes na própria Lei de Drogas frente toda a problemática.

Assim, o *habeas corpus* como novo instrumento e opção aos operadores do Direito (mesmo rememorando a sistemas jurídicos antiquíssimos), em alguns novos contextos, pode trazer inicialmente certas relutâncias doutrinárias e jurisprudenciais, mas que se podem ver mitigadas tais objeções, diante da facilidade pelo qual transpareceu em aplicar de forma justa a solução buscada a quem possuísse alguma lide sobrelevante, ratificada, sem dúvida alguma,

pelos importantes argumentos, principalmente no que toca aos direitos fundamentais.

Por isso hoje é mais que necessário saber lidar com diversas ramificações jurídicas, em termos articulados, polissêmicos e interdisciplinares com relevo, sobretudo para a Constituição. A interpretação deve ser vista em pauta com a Norma Maior, com os diversos dados normativos relevantes e os próprios níveis instrumentais, como o processo. A especialização dos juristas deve ser complementada com novas sínteses e conexões que, à realização do Direito, deem todas as suas dimensões. Devemos estar abertos a novos parâmetros, novas ideias, técnicas, métodos e argumentos, e o *habeas corpus* pode ser um bem útil a essa função, através de suas várias facetas.

O tema em estudo, desta maneira, possui muitas nuances que o deixam de certa forma emaranhada a outras questões, que perpassa desde a história, filosofia ou sociologia, e sempre vai necessitar de uma análise e exame mais profundas para o seu completo entendimento. Nunca se quis aqui esgotar o tema de alguma forma, mas com a pesquisa foi possível levantar tais conclusões, com o qual os desenlaces nos faz refletir ainda mais a respeito da temática aduzida, encaminhando-nos a um possível norte para que se entenda, mesmo que de forma perfunctória este instituto na seara moderna do direito Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, José Melo. A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais: introdução geral.** Cascais: Princípia Editora, 2016.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMADO, Frederico. Direito Ambiental. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Lisboa: Almedina, 2001.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Editora Abril, 1986.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. ENSINO EM CASA NO BRASIL: um desafio à escola?. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013.

BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editora, 2017.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

CAETANO, Marcello. As Garantias Jurisdicionais dos Administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1964.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7. Ed.

CAPEZ. Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 3. Edição, 2008.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. **Espinosa: uma filosofia da liberdade**. São Paulo: Editora Moderna, 2001.

CHURCH, William Smithers. **A treatise of the writ of Habeas Corpus: including jurisdiction, false imprisonment, writ of error, extradition, mandamus certiorari, judgments, etc. with practice and forms**. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri e **MARTINS**, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

FERREIRA, Pinto. **Teoria e Prática do *Habeas Corpus***. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007,

GORDILHO. Heron José de Santana e **SILVA**. Tagore Trajano de Almeida. **Animais em Juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual**. Revista de Direito Ambiental, 2012.

_____. ***Habeas Corpus para os grandes primatas***. 2012: RIDB, n. 4.

GUILHERME, Camila Guedes et. al. **Cannabis sativa (maconha): uma alternativa terapêutica no tratamento de crises convulsivas**. Rev. Ciênc. Saúde Nova Esperança – Dez. 2014.

JR., Dirley da Cunha e **NOVELINO**, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MACHADO, Costa e **LAMENZA**, Francismar. **Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. São Paulo: Editora Manolé, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional – Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

_____. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Direito de Asilo e Refugiados na Ordem Jurídica Portuguesa**. Lisboa: Universidade Católica Editora – série argumento, 2016.

_____. **Estado Social, crise económica e jurisdição constitucional**. Coimbra: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 55, nºs 1-2, 2014.

_____. **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

_____. **Textos Históricos do Direito Constitucional**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1980.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos)**. Campinas: Bookseller Editora, 2012.

_____. **História e Prática do *habeas corpus***. São Paulo: Editora Saraiva, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: editora Atlas, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em tempo de Crise do Estado Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Lisboa: Caminho, 1987.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os Direitos Sociais como Limites Materiais à revisão Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Habeas Corpus**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PETTIT, Phillip. **Teoria da Liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RAUMSOL, Carlos Bernardo Gonzáles Pecotche. **Coletânea da revista de logosofia**. Editora Logosofica, tomo II.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

RIBEIRO, José Antonio Curreal. **A Cannabis e suas aplicações terapêuticas**. Porto: Universidade Fernando Pessoa, 2014.

RUFFIA, P. B. Habeas Corpus. Enciclopedia Del Diritto. Milano, v. XIX, Giuffrè, 1970.

SANTOS, Boaventura de Souza. Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência.** Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005.

RONDOW, Cristian de Sales von. O Ensino Domiciliar e sua previsão legal. São Paulo: Unisaesiano, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Direito Animal E Hermenêutica Jurídica Da Mudança: Animais Como Novos Sujeitos De Direito. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. São Paulo: Editora Método, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

TÁVORA, Nestor e **FRANÇA**, Bruno Henrique Príncipe. **Lei de Drogas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Ministério da Educação co-edição com a EdUnb, 1979.

VIEIRA. André de Holanda Padilha. **Escola? Não, obrigado: um retrato do *homeschooling* no Brasil**. Brasília: UNB: Universidade de Brasília, 2012.

YOUNG. Katharine G. **The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content**. Connecticut: Yale International Law Journal 33, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Is Dignity the Foundation of Human Rights?**. New York: NY University School of Law: PUBLIC LAW & LEGAL THEORY RESEARCH PAPER SERIES WORKING PAPER NO. 12-73.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e **PIERANGELI**, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZULMAR, Fachin e **SILVA**, Deis Marcelino. **Acesso à Água Potável – Direito Fundamental de Sexta Dimensão**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.