



Marcos Brayner: Origem, desenvolvimento, uso e abuso do Habeas Corpus

É noção intuitiva que, depois da vida, a *liberdade* é o bem mais importante do indivíduo. A liberdade do corpo, templo da alma, desde há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual, de uma forma ou de outra, sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades ditas civilizadas.

Nesse contexto, o *Habeas Corpus* — expressão latina que significa “tome seu corpo”, braquilogia extraída de uma antiga fórmula processual inglesa utilizada pelo magistrado para ordenar ao carcereiro que se lhe apresentasse o preso^[1] — surge como importante meio processual para defender o direito de ir e vir do cidadão. Sua origem justifica os apelidos que hoje lhe foram dados: “*mandamus*” (ordenamos), “ordem”, “*writ*” (ordem, do inglês). A doutrina de escol aponta os seguintes antecedentes históricos do *Habeas Corpus*:

No período clássico romano (27 a.C. a 284 d.C.), qualquer cidadão podia se valer de uma ação chamada *interdictum de libero homine exhibendo* para exigir a exibição pública do homem livre que estivesse ilegalmente preso, assim considerado quando o sequestrador agia com *dolus malus*^[2]. A medida impunha ao detentor a obrigação de exibir materialmente a pessoa detida diante do pretor, “de maneira que pudesse ser visto e tocado”. O interdicto romano, contudo, só era efetivo contra ações de particulares, não contra o poder de império do Estado. Sem embargo, essa ação, conquanto limitada, já expressava a preocupação de garantir o direito de liberdade do cidadão romano.

Na Inglaterra, a *Magna Charta Libertatum vel concordia inter regem Johannem et barones*^[3] — ano de 1215, no reinado de John Lackland — veio a apaziguar, pelo menos momentaneamente, tensões crescentes entre o rei e os barões, que se insurgiam contra prisões arbitrárias, excesso de impostos e outros desmandos da coroa. Os poderes do rei foram limitados e obrigações feudais reequilibradas, consignando medidas protetivas para nobreza e clero em face do monarca. Entre outras garantias, foi estabelecido o *devido processo legal* para a efetivação de prisões. Embora de conteúdo histórico significativo, naquele momento, as promessas erigidas na *Magna Charta* não foram cumpridas pelo monarca, o que fez recrudescer o descontentamento dos barões, ensejando mais rebeliões. Com a morte do rei John Lackland em 1216, subiu ao trono Henrique III, “que aos nove anos, quando se entronizava, a confirmou [a *Magna Charta*] com algumas modificações secundárias”^[4], reafirmando a importância do documento como instrumento garantidor de direitos e liberdades em face do poder e arbítrio do rei.

Não se pode olvidar que, antes mesmo da *Magna Charta*, a *common Law* inglesa conhecia várias formas de “ordem” (*writ*), dentre elas, o *habeas corpus ad subjiciendum*, que ordenava ao detentor a apresentação do preso, com o esclarecimento das razões da prisão, a fim de submetê-lo às determinações da Corte, conforme a fórmula processual acima referida. Todavia, na prática, o instrumento processual não se revestia de grande efetividade, tampouco era invocado contra o poder do rei. Da mesma forma, as promessas da *Magna Charta* foram sendo progressivamente desrespeitadas, esquecidas.

Na mesma Inglaterra, no reinado de Carlos II, firmou-se o *Habeas Corpus Act*, de 1679, importante instrumento contra prisões arbitrárias de pessoas acusadas de cometer crime, criando o chamado “direito ao mandado” (*right to the writ*)^[5]. Suas imperfeições foram sanadas com o *Habeas Corpus Act*, de



1816, mormente para estender sua abrangência para proteger pessoas presas por outros motivos diversos da acusação criminal^[6].

Nos Estados Unidos da América, a Constituição de 1789 instituiu o *Writ of Habeas Corpus*^[7], reafirmando a herança inglesa no que se refere à importância da liberdade do corpo e do devido processo legal no rol de garantias do cidadão.

No Brasil, a Constituição Imperial^[8] de 1824 não previa, de forma expressa, o *Habeas Corpus*, mas instituíra certos direitos e garantias, visando à tutela do direito à liberdade.

Com o Código de Processo Criminal^[9] de 1832, de forma expressa, o *habeas corpus* foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, como instrumento de proteção do cidadão contra prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade. A tutela do direito à liberdade foi ampliada com a Lei 2.033, de 1871, que instituiu o *Habeas Corpus* preventivo, ou seja, como forma de *evitar* a agressão ao direito de locomoção do cidadão, além de estender seu alcance também a estrangeiros.

A Constituição da República de 1891 incorporou o *Habeas Corpus* em seu texto, no artigo 72, parágrafo 22, elevando o *writ* à categoria de garantia constitucional^[10]. Contudo, a redação da norma deixou de fazer alusão expressa ao direito de *liberdade de locomoção*, para garantir ao indivíduo a proteção contra “imminente perigo de sofrer violência ou coação por *ilegalidade ou abuso de poder*”.

A partir daí, os juristas brasileiros iniciaram um embate entre os que defendiam, de um lado, a estreiteza do *Habeas Corpus*, apegando-se às origens históricas do instituto, para defender seu uso apenas como garantidor do direito de locomoção do indivíduo; e, de outro lado, os que, valendo-se da redação irrestrita da norma constitucional, pugnavam pela aplicação mais abrangente do remédio heroico, para garantia de outros direitos além do de locomoção. Esta última posição foi a que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal.

A reforma constitucional de 1926 pôs fim às discussões, ao restabelecer a construção histórica do *writ*, diretamente relacionado à liberdade, ao dispor no seu artigo 113, inciso 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*.”

Outrossim, para não deixar desprotegidos direitos outros, inovou o Legislador constituinte ao instituir no artigo 113, inciso 33, nova ação: “Dar-se-á *Mandado de Segurança* para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *Habeas Corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.”

De lá para cá, as Constituições de 1946, 1967 e 1988 mantiveram o *Habeas Corpus* em seus textos, esta última no inciso LXVIII do artigo 5º: “Conceder-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

O atual Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no artigo 647: “Dar-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade



de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

Como se infere desse breve histórico, o *Habeas Corpus* surgiu e se desenvolveu para proteger o direito de liberdade de ir, vir e permanecer do cidadão contra abusos e arbitrariedades do Estado. É comumente referido pelos juristas como “remédio heroico”.

No Brasil, com a redemocratização do país depois de mais de 20 anos de ditadura militar, a Constituição Cidadã, como ficou conhecida a de 1988, foi alicerce fundamental para apoiar as decisões judiciais, a fim de resgatar o respeito ao devido processo legal, consagrando o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, talvez como reflexo de tantos anos de repressão e arbitrariedades, no afã de superproteger o cidadão, o cabimento do *Habeas Corpus* foi sendo, paulatinamente, ampliado pela jurisprudência para salvaguardar direitos, os quais só indireta ou remotamente refletem na liberdade de locomoção do paciente.

Assim, passou-se a utilizar o *Habeas Corpus*, por exemplo, para impugnar atos persecutórios do Estado, sem nem mesmo haver ameaça imediata de prisão, como a mera instauração de inquérito policial. Conquanto não se negue a mácula que o procedimento administrativo investigatório possa causar na vida de pessoas de bem, se não há sequer o risco de prisão, não seria o *Habeas Corpus* o meio processual adequado para se discutir a ausência ou não de justa causa para formação de inquérito ou de indiciamento de quem quer que seja. Não obstante, é farta a jurisprudência dos tribunais pátrios, que admitem tal impugnação por meio do remédio heroico, considerando a possibilidade, em tese, de eventual e futura condenação em ação penal.

Julgados houve no Superior Tribunal de Justiça até para reparar ilegalidades que recaíram sobre sequestro de bens imóveis e ativos financeiros, decretado durante o inquérito policial, matéria absolutamente estranha ao *Habeas Corpus*.[\[11\]](#)

Prefeitos, despojados de seus cargos em ações penais em andamento, frequentemente socorrem-se do *Habeas Corpus* para, mesmo em liberdade, impugnar tais decisões, quando é manifesta a inadequação da pretensão deduzida e a via processual escolhida. De novo, vários são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que acolhem esse tipo de súplica.[\[12\]](#)

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reformando anterior decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conhecera do *Habeas Corpus*, concedeu a ordem de para autorizar direito de visita de custodiado em estabelecimento prisional, ao fundamento de que a “decisão do juízo das execuções, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente.”[\[13\]](#)

O *Habeas Corpus* é instrumento, garantido pela Constituição, para evitar ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. A propósito, o eterno mestre Pontes de Miranda leciona que:

“Entre nós, valoroso jurista, que se extremou pela austeridade e retidão de estudos, como o mais comedido de nossos cultores do direito, o conselheiro Lafaiete Rodrigues Pereira, frisou, certa vez, na sessão do Conselho de Estado de 13 de outubro de 1883, que a liberdade pessoal é a liberdade física: *ius manendi ambulandi, eundi ultro citroque* (OD 33/131 e 132); e sua extensão coincide com a



aplicabilidade do *Habeas Corpus*, remédio extraordinário, que se instituíra para fazer cessar, de pronto e imediatamente, a prisão ou constrangimento ilegal.

A equivalência não mudou. Na Inglaterra, nos Estados Unidos da América e no Brasil, o conceito continua o mesmo. Tampouco se modificou o caráter do *Habeas Corpus*: ele persiste adstrito à liberdade física, ao direito de locomoção, que tanto é dizer — faculdade de ir, ficar e vir, em sua mais perfeita efetividade; de andar *ultra et citra*; de se mover à vontade, até onde lho não proíba a lei.”^[14]

Mais preocupante ainda é a torrencial e desmedida utilização de *Habeas Corpus*, no processo penal brasileiro, como meio ordinário de impugnação, em detrimento das vias recursais próprias, quando não há nem mesmo ameaça concreta e imediata, senão remota e eventual, ao direito de locomoção, abarrotando os tribunais e sobrecarregando magistrados com a frequente solicitação de informações para instrução do *writ* nas cortes superiores.

Os defensores, repita-se, mesmo sem risco iminente de prisão do paciente, com arrimo na jurisprudência das Cortes Superiores, podem se valer do *Habeas Corpus* para impugnar a instauração de inquérito, o chamamento de investigado para prestar depoimento perante a autoridade policial, o recebimento de denúncia pelo juiz, o indeferimento ou deferimento de alguma medida durante a instrução do processo, a realização de ato dessa ou daquela forma, a sentença penal condenatória, a dosimetria da pena, o acórdão do respectivo tribunal, e a todo e qualquer ato processual que se realize, em qualquer grau de jurisdição, até o trânsito em julgado da condenação. E não é só! Mesmo depois de passado em julgado a sentença penal condenatória, é possível a impetração para atacar algum aspecto da condenação que dispense dilação probatória.

Não é difícil imaginar a razão da distribuição, só no ano passado, de 36.125 *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça e de 38.109 no Supremo Tribunal Federal, segundo os dados estatísticos disponibilizados nos sítios eletrônicos desses tribunais na internet. A situação dos tribunais estaduais e regionais não é diferente. O réu apela da sentença e, se “esquecer” alguma questão importante, impetra *Habeas Corpus*, ficando o julgador de segundo grau obrigado, segundo a atual jurisprudência das cortes superiores, a examinar ambos^[15].

Sem receio de exagerar na crítica, hoje, o *Habeas Corpus* é a panaceia do Direito processual penal brasileiro. As vias recursais ordinárias são atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico.

Essa quase calamitosa situação, que já poderia ser referida como a “crise do *Habeas Corpus*”, parece ter alcançado seu limite, e alguns ministros do Supremo Tribunal Federal já sinalizaram para uma mudança drástica na orientação jurisprudencial daquela Corte que, como vértice do Poder Judiciário, irradia os contornos para a atuação dos juízes e tribunais pátrios.

Com efeito, o eminente ministro Marco Aurélio, relator do HC 109.956/PR, julgado perante a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal na sessão do dia 7 de agosto de 2012, cujo acórdão ainda pende de publicação, fez a seguinte ponderação:

“O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII



do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo Habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar — visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *Habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário — a correção de rumos. Consigno que, no tocante a Habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

A conclusão da 1ª Turma, portanto, segundo Informativo 674 da Suprema Corte, foi no sentido de que: “É inadmissível impetração de *Habeas Corpus* quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo ministro Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do *Habeas Corpus* como substitutivo de recurso. Vencido o ministro Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do *writ*. HC 109956/PR, rel. ministro Marco Aurélio, 7.8.2012.”

Cumpre observar, como bem anotou o ministro Marco Aurélio, que os tribunais superiores, nas últimas décadas, passaram a admitir o *Habeas Corpus* impetrado em substituição ao recurso ordinário, ficando este relegado pelos defensores. E as razões são óbvias: a impetração originária substitutiva não tem prazo, segue direto ao relator, pelo que se viabiliza o pedido de liminar, com trâmite segundo a conveniência e oportunidade do impetrante. A norma constitucional, assim, vira letra morta.

Perante a mesma 1ª Turma, foi julgado o HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28 de agosto de 2012, relatado pela ministra Rosa Weber, que, indo além, votou por não admitir o *Habeas Corpus* “como substitutivo de recurso no processo penal”, e ressaltou:

“A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do *Habeas Corpus*, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.”

Atenta às consequências da drástica mudança de entendimento, consignou Sua Excelência que: “Como a não admissão do *Habeas Corpus* como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os *Habeas Corpus* já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de *habeas corpus* de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.”

Há, nessa mesma esteira, decisões monocráticas proferidas pelos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC, publicado no DJe de 27/08/2012, e do HC 114.924/RJ, publicado no DJe de 27/08/2012, as quais negaram seguimento aos *Habeas Corpus*.

Pelo que se tem, caso esse entendimento seja convalidado também pelos ministros que integram a 1ª



Turma do Excelso Pretório, produzir-se-á um efeito em cascata, salutar e muito bem-vindo, em todos os tribunais do país, em um movimento de reequilíbrio e racionalização do processo penal brasileiro. É mister a retomada da organicidade do ordenamento jurídico, com o resgate do caráter histórico do *Habeas Corpus* como instrumento garantidor do direito à liberdade de locomoção, acabando, de vez, com o seu uso como substituto das vias recursais próprias.

[1] *“Praecipimus tibi quod corpus A.B., in custodia vestra detentum, ut dicitur, una cum die et causa captionis et detentionis suae, quocumque nomine idem A.B., censeatur in eadem, habeas coram nobis apud Westminster, ad subjiciendum et recipiendum ea quae curia nostra de eo ordinari contingeret in hac parte.”* (Ordenamos-vos que o corpo de “fulano”, detido, como se diz, em vossa prisão, juntamente com o dia e a causa de sua captura e detenção, seja sob que nome o mesmo “fulano” tenha sido avaliado naquela, o apresenteis perante nós em Westminster, para o fim de ser submetido à apreciação e receber aquelas que ao nosso Juízo competirá ordenar a respeito dele nesta parte.)

[2] Digesto XLIII, Título 29, 1.

[3] *Capítulo 29: “Nullus liber hommo capiatur, vel imprisionetur, aut dissaisietur, aut ultragetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec semper eum ibimus, nec super eum in carcerem mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negábimus, aut differemus rectum aut justitiam.”* (Nenhum homem livre será detido, feito prisioneiro, posto fora da lei ou exilado nem de forma alguma arruinado, nem iremos nem mandaremos alguém contra ele, exceto mediante julgamento dos seus pares e de acordo com a lei da terra. A ninguém venderemos, a ninguém negaremos, ou diferiremos o que é reto ou a justiça.)

[4] MIRANDA, Pontes de (Francisco Cavalcante). *História e Prática do Habeas Corpus*, vol. 1 – 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2007; p. 42.

[5] *Idem*, p. 85.

[6] *Idem*, p. 99.

[7] *Constitution of The United States of America, art. 1, sec. 9: “The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in case of rebellion or invasion, the safety may require it.”*

[8] [Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824](#), Art. 179: “A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] VIII. 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 testermunhas, havendo-as.”

[9] Código de Processo Criminal de 1832, art. 340: “Todo cidadão que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em, sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de – *habeas corpus* – em seu favor.”

[10] “Art 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 22 – Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.”

[11] “Ordem parcialmente concedida, a fim de determinar o levantamento do sequestro recaído sobre os bens imóveis que estejam em nome das empresas [...] e das pessoas [...], bem como o desbloqueio dos ativos financeiros que estejam em seus nomes, ressalvada a possibilidade de nova decretação das medidas assecuratórias, desde que fundada em novas evidências da prática do crime.” (HC 144.407/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011.)

[12] “[...] II. Tendo o afastamento do cargo de prefeito fundado-se unicamente na segregação cautelar, com a cessação da causa esvaziam-se os fundamentos para a manutenção do afastamento do cargo, de modo que a ordem deve ser concedida para restabelecer o paciente ao cargo de Prefeito do Município de Piraquê/TO. III. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.” (HC 225.632/TO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 22/03/2012.)

[13] HC 107701/RS, Segunda Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe-061 DIVULG 23-03-2012, PUBLIC 26-03-2012; RT v. 101, n. 921, 2012, p. 448-461.

[14] Idem. p. 64.

[15] “[...] este Tribunal Superior tem reiteradamente decidido que apesar de ser a apelação o recurso próprio cabível contra sentença condenatória, não há óbice ao manejo do *habeas corpus* quando a análise da impetração prescindir do exame aprofundado de provas, como na hipótese. Precedentes. 3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para determinar que o e. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso aprecie o mérito da impetração originária (n.º 95981/2011), decidindo como entender de direito.” (HC 233.827/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012.)

Date Created

07/09/2012