

O *Habeas Corpus* Contra Ato de Particular

SERGIO DEMORO HAMILTON

Procurador de Justiça/RJ, Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, Professor Convidado da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ).

1. Como por todos sabido, foi através da ***Magna Charta libertatum***, de 15 de junho de 1215, que se instaurou de forma solene a tutela da liberdade individual e, por via de conseqüência, a exigência de controle jurisdicional da prisão de qualquer cidadão. Imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, passaram, desde então, a ser expedidos ***writs*** (mandados) para que o homem (***corpus***) fosse trazido à presença do juiz com a finalidade de que este decidisse, de forma sumária, sobre se a prisão poderia ou não ser mantida. Com efeito, estabelecia aquele texto constitucional a seguinte determinação:

(nº 39) “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer forma molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”¹

¹ Constituição da Grã-Bretanha, outorgada por João sem Terra, em 15 de junho de 1215 e confirmada seis vezes por Henrique III; três vezes por Eduardo I; catorze vezes por Eduardo III; seis vezes por Ricardo II; seis vezes por Henrique IV; uma vez por Henrique V e uma vez por Henrique VI.

Tal princípio veio a ser aperfeiçoado, séculos depois, pelo **Habeas Corpus Act** de 1679, que Blackstone chamou de “segunda Magna Carta”², onde se estabeleceu um processo legislativo destinado a amparar a tutela ao direito de liberdade. É de ponderar, no entanto, que o **habeas corpus**, então, já existia, como tal, como **common law**. A lei de **Habeas Corpus** de 1679 traçava um procedimento minucioso sobre a maneira de interposição da impetração, estabelecendo a forma escrita para a “reclamação ou requerimento” (art. 1º), a obrigação do preso ser apresentado ao Tribunal em prazo curto (art. 3º), não podendo exceder de vinte dias (prazo pequeno para as condições de locomoção da época), fixava a multa de 500 libras para quem capturasse, pelo mesmo fato, a pessoa beneficiada pela providência do **habeas corpus**, além de outras regras procedimentais.³

Em 1816, através de novo **Habeas Corpus Act**, o “*writ* recebe, no Direito inglês, sua estrutura definitiva”⁴. É o que ensina José Frederico Marques com apoio em Pontes de Miranda, salientando este que o ato de Carlos II, de 1679, não era completo pois só “se referia às pessoas acusadas de crime, de sorte que não tinham direito de pedir **habeas corpus** as detidas por outras acusações ou meros pretextos”. Dessa forma, ampliou-se o âmbito de aplicação do **writ**, tornando-o mais abrangente de maneira a transformá-lo em remédio para resolver “a questão da ilegalidade do constrangimento” sofrido pelo paciente. Esta, também, a posição da doutrina alienígena: “*après la loi*” de 1816 “*on peut considérer comme achevé l’évolution de l’habeas corpus. A ce moment, en effet, l’institution a acquis la nature, la forme, l’ampleur qu’ou lui connaît aujourd’hui*”.⁵

2. Do Direito inglês o **habeas corpus** foi transportado para outras legislações, chegando a nós, como remédio processual, atra-

² Pontes de Miranda, **História e Prática do habeas corpus**, p. 62, 1951.

³ **Constituições do Japão e da Grã-Bretanha**, p. 29/30, Edições Trabalhistas, 1987.

⁴ José Frederico Marques, **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 374, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro - São Paulo, 1ª edição, 1965.

⁵ Bernard Delignières, **Le Writ d’Habeas Corpus ad Subjiciendum en Droit Anglais**, 1952, p. 162/163, *apud op. cit.*, José Frederico Marques, p. 367 e 374.

vés do Código de Processo Criminal do Império, de 1832 (art. 340). É certo que, antes de tudo, por tocar de perto os direitos e garantias individuais, ele é um verdadeiro instituto de Direito Processual Constitucional, tal como ocorre com o mandado de segurança. Porém, não há como negar que sua aplicação se dá no campo criminal, justificando, assim, sua disciplina nas leis que regem o processo penal. E foi assim, como lei processual, que ele ingressou em nosso direito positivo.

Releva observar, portanto, que na Constituição do Império, o ***habeas corpus*** não mereceu referência muito embora em várias passagens do texto legal daquela Lei Maior tenha o legislador constituinte tutelado a liberdade individual (art. 179, §§ 8º, 9º e 10), ficando o remédio heróico relegado à lei ordinária até o advento da Constituição republicana de 1891. Ali, no art. 72, § 22, garantiu-se 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” (Seção II, que cuidava da “Declaração de Direitos”)⁶

Na época, ficou famosa a posição extremada de Rui Barbosa para quem o ***habeas corpus*** teria cabimento em qualquer caso em que se desse abuso de poder ou ilegalidade em oposição aos que se mantinham fiéis às linhas clássicas do direito inglês, onde o ***habeas corpus*** se destinava, apenas, a garantir a liberdade de locomoção, tal como ocorria ao tempo das leis do Império⁷.

A reforma constitucional de 1926, em seu art. 72, § 22 (Seção II, que cogitava da “Declaração de Direitos”), sem dúvida restringiu o âmbito do remédio heróico à liberdade de ir e vir, ao aludir que a medida se daria “sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”⁸.

A Lei Magna de 34 repete as linhas básicas contidas nas normas anteriores, acrescentando, apenas, que “nas transgressões dis-

⁶ **Constituições do Brasil**, p. 352, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

⁷ José Frederico Marques, **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 376/377, Companhia Editora Forense. Rio de Janeiro - São Paulo, 1ª edição, 1965.

⁸ **Constituições do Brasil**, p. 396, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

ciplinares” não caberia o ***habeas corpus*** (art. 113, 23)⁹. Porém, a grande novidade da Constituição de 1934, no âmbito da tutela dos direitos e garantias individuais, resultou na criação do mandado de segurança (art. 113, 33)¹⁰, destinado à defesa de direito “certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”. Estabelecia, ainda, que o processo (***rectius*** procedimento) seria o mesmo do ***habeas corpus***, bem como a obrigatoriedade da ouvida da pessoa de direito público interessada.

Com a criação do mandado de segurança resguardou-se a tutela de direitos não amparados pelo ***habeas corpus***, uma vez que, com a limitação imposta pela Reforma de 26, muitos juristas de renome foram buscar nos interditos possessórios a defesa para os direitos que, em razão da norma constitucional, ficaram à deriva.¹¹

Com o advento da Carta de 37, em linhas gerais, foram mantidos os preceitos anteriores constantes da Reforma de 26, falando-se, agora, em “liberdade de ir e vir” (ao invés de “liberdade de locomoção”, o que dá no mesmo) além de manter-se a exceção da incidência do ***habeas corpus*** para a punição disciplinar. (art. 122, 16)¹²

Ocorrendo a redemocratização do País, o art. 141, § 23 da Carta Magna de 1946 dispôs sobre o ***habeas corpus*** reafirmando os princípios básicos originários da Reforma de 1926, sem deixar de amparar, pela via do mandado de segurança, outros direitos subjetivos não protegidos pelo ***habeas corpus*** (art. 141, § 24). E, dessa forma, a matéria voltou a ser tratada nas Constituições de 1967 (art. 150, §§ 20 e 21) e na Emenda Constitucional de 1969 (arts. 153, §§ 20 e 21)¹³.

3. A Constituição em vigor, em seu art. 5º, LXVIII, estabelece que “conceder-se-á ***habeas corpus*** sempre que alguém sofrer ou se

⁹ **Constituições do Brasil**, p. 533, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

¹⁰ **Constituições do Brasil**, p. 534, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

¹¹ Vicente Ráo, **Posse de Direitos Pessoais**, p. 139/140.

¹² **Constituições do Brasil**, p. 609, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

¹³ **Constituições do Brasil**, p. 912 e 1091, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, mantendo o mandado de segurança destinado à proteção de direito líquido e certo não amparado pelo **habeas corpus** ou **habeas data**, quando o responsável pela ilegalidade ou o abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX).

4. Sempre reinou na doutrina o maior dissentimento no sentido de saber se o **habeas corpus** caberia somente contra constrangimento emanado da autoridade pública ou se ele teria sentido também contra a coação originária de ato de particular. Em suma: o remédio heróico poderia ser empregado, somente, contra ato do delegado de polícia, do juiz de direito, do promotor de justiça etc. ou encontraria fundamento contra o diretor de hospital que retém, indevidamente, o doente que se encontra internado ou, ainda, o diretor de colégio que impede a saída de um aluno do estabelecimento de ensino por tempo indeterminado ou, ainda, contra o dono de fazenda que proíbe o empregado de afastar-se de sua propriedade. Em todos estes casos haveria, sem dúvida, violação ao direito de locomoção.

A atual Constituição deixa em aberto a controvérsia, uma vez que, ao tratar do **habeas corpus**, não exigiu, expressamente, que o constrangimento seja exercido por autoridade pública.

Magalhães Noronha coloca-se entre os que sempre deram ao preceito constitucional sentido amplo, ao assinalar que “condiz mais com a índole e a origem do instituto a opinião que amplia seu âmbito, para admiti-lo, também, contra ato de particular”¹⁴

E traz, em prol da sua opinião, o argumento histórico, ao salientar que, em suas origens, o Código de Processo Criminal do Império era taxativo, prescrevendo em seu art. 344:

*“Independentemente de petição, qualquer juiz pode fazer passar uma ordem de **habeas corpus, ex officio**, toda as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos, ou ao menos de uma testemunha*

¹⁴E. Magalhães Noronha, **Curso de Direito Processual Penal**, p. 412, Editora Saraiva, 1986, 17ª edição.

jurada, que algum cidadão, oficial de justiça ou autoridade pública, tem ilegalmente, alguém sob sua guarda ou detenção". (grifos meus)

Não há dúvida de que o legislador do império, ao aludir a *algum cidadão*, admitia o remédio heróico de forma ampla, para atingir, também, o constrangimento emanado de ato de particular, como bem argumenta aquele saudoso Professor e Procurador de Justiça, que, por tantos anos, ornamentou o Ministério Público de São Paulo. Basta a mera interpretação literal da lei processual para que se chegue àquela conclusão.

Tourinho¹⁵, igualmente, esposa a possibilidade da impetração da ordem de ***habeas corpus*** contra ato de particular, invocando, entre outros, a autoridade de Costa Manso, Pedro Lessa, João Mendes Junior e do próprio Magalhães Noronha, acima referido, todos no sentido de que a ilegalidade pode emanar do particular.

Salienta, ainda, o eminente Professor e Procurador de Justiça de São Paulo que o art. 5º, LXVIII da Magna Carta "não fala em autoridade"¹⁶, ao passo que, no inciso seguinte, ao ocupar-se do mandado de segurança e do ***habeas data*** alude, expressamente, à ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Talvez por ser pouco freqüente, em razão da pronta ação policial, a discussão nos tribunais a respeito da coação decorrente de ato de particular, o ***thema*** nem sempre tem merecido o devido destaque por parte da jurisprudência. Com efeito, constitui verdadeira raridade a ocorrência de tal modalidade de constrangimento ilegal ser discutida na via angusta do ***habeas corpus***. Não me deparei, até hoje, como Procurador de Justiça, com uma hipótese em que a questão viesse à tona.

Além disso, não se pode negar que a corrente de pensamento majoritária, pelo menos na aparência, é a mais consentânea com a

¹⁵ Fernando da Costa Tourinho Filho, **Processo Penal**, v. 4, p. 477/478, 1995, 17ª edição.

¹⁶ Fernando da Costa Tourinho Filho, **Processo Penal**, v. 4, p. 478, 1995, 17ª edição.

própria finalidade do ***habeas corpus***, pois, como salienta Costa Manso, “a interpretação das leis deve ser feita com espírito liberal. Interpretação que, em lugar de proteger a liberdade do indivíduo, só favorece a ação dos que a violam e restringem não é jurídica”¹⁷.

Portanto, a índole do instituto conduz, invariavelmente, o intérprete da lei a ampliar o seu âmbito e, em conseqüência, ao reconhecimento de que ele se aplica, também, contra o ato de particular.

5. Sem embargo das respeitáveis opiniões em contrário, parece-me que a melhor posição doutrinária é a restritiva, excluindo o constrangimento emanado do particular da proteção do remédio heróico.

Com efeito, a linha evolutiva da corrente ampliativa encontra raízes entre nós no Código de Processo Criminal do Império, de 1832, onde, como já assinalado, havia alusão, no art. 344, ao constrangimento oriundo de “algum cidadão”.

Frederico Marques, com apoio em ensinamento de Rafael Bielsa, observa que as origens remotas de tal entendimento regridem ao “Direito Romano, no ***interdictum de homine libero exhibendo***, remédio, sem dúvida, para a recuperação da liberdade física, mas só admissível contra particulares”.¹⁸

Como observa Rafael Bielsa “*ese interdicto se daba cuando los particulares, y no las autoridades, los que privaban de la libertad a un hombre libre*”¹⁹.

O estudo sistemático do nosso Código de Processo Penal conduz, sem sombra de dúvida, à conclusão de que o legislador ordinário, ao especificar a norma constitucional genérica, referiu-se, sempre, à *autoridade coatora*. Basta examinar os artigos 649, 650, § 1º, 653 e seu parágrafo único, 655, 660, §§ 3º e 5º, 662 e 665 da lei instrumental penal, para que não pare indagação a respeito dos objetivos da lei. Não alude, ao contrário do que se dava com o

¹⁷ Costa Manso, *apud*, **Código de Processo Penal**, Bento de Faria, v. II, p. 375, Distribuidora Record Editora, Rio de Janeiro, 1960.

¹⁸ Jose Frederico Marques, **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 374, Forense, Rio de Janeiro, 1ª edição, 1965.

¹⁹ Rafael Bielsa, **Estudios de Derecho Público**, v. III, p. 398, 1952, *apud op cit in* nº 18.

Código de Processo Criminal do Império (art. 344), à tutela jurisdicional em favor da pessoa vítima de detenção efetivada por “algum cidadão”.

Nem se argumente que a Constituição Federal aludiu somente à violência ou à coação sofrida pelo paciente em sua liberdade de locomoção, “por ilegalidade ou abuso de poder”, deixando de fazer referência à “autoridade pública” como ocorre com o mandado de segurança. É que a norma Constitucional, por sua própria natureza, se apresenta com caráter genérico, não necessitando, por tal razão, que todos os seus preceitos desçam a minúcias desnecessárias e até mesmo incabíveis em um texto daquela natureza.

Na verdade, o preceito da Lei Maior teve em mira a ilegalidade emanada do abuso de poder. Ora, o poder a que se refere a Carta Magna não é, à toda evidência, o do particular. É ao poder público, aquele dotado de mando ou de autoridade, *ex vi legis*, que a Constituição se dirige. O particular não dispõe de poder; ele, eventualmente, exerce um constrangimento físico, impedindo o direito ambulatório de determinada pessoa. Porém, em tal circunstância não se pode falar em abuso de poder; estaremos diante, isto sim, da prática de um crime.

A razão está, sem dúvida, com Bento de Faria, ao registrar que “a violência ou sua ameaça, quando realizada por particular contra outrem, constitui crime, sujeitando o agente à ação criminal. Assim, incumbe à polícia o respectivo inquérito contra o infrator, ou mesmo sua prisão, fazendo cessar imediatamente a coação por ele praticada”.²⁰

Portanto, não há confundir o constrangimento físico impeditivo do direito de locomoção proveniente de particular com a privação do direito de ir e vir advindo de ato da autoridade pública. O primeiro nada mais é que um crime; já o segundo dá ensejo à impetração de *habeas corpus*.

E nem se incorra no sofisma de afirmar que o particular também pode prender no caso de flagrante delito (art. 301, CPP). Tal prisão será feita, sempre, em nome da autoridade, impondo-se a

²⁰ Bento de Faria, *Código de Processo Penal*, v. II, p. 376, Distribuidora Record Editora, Rio de Janeiro, 1960.

imediate apresentação do preso (*rectius*, capturado) à autoridade competente (art. 304, CPP). Esta é quem irá decidir sobre a lavratura ou não do auto respectivo (art. 304, CPP) e, se for o caso, mandará recolher o detido à prisão (art. 304, § 1º, CPP). Tal modalidade de prisão, expressamente prevista em lei, nada tem em comum com a ação criminosa praticada pelo particular, que age na clandestinidade com propósito inconfessável e criminoso.

É por tal razão que o Código de Processo Penal, em seu art. 240, § 1º, letra “g”, permite, expressamente, a busca e apreensão de pessoas vítimas de crime, mostrando, ainda uma vez mais, quão descabida seria a impetração de *habeas corpus* no objetivo de liberar o ofendido que se encontra privado de sua liberdade de locomoção em poder de mãos criminosas. Aliás, mesmo que se faça abstração de qualquer colocação técnica que o assunto possa merecer, a busca e apreensão será medida muito mais prática, rápida e eficiente para por termo à conduta criminosa do particular.

E se a polícia não agir?

Esta é uma indagação muito comum para os que entendem cabível o *habeas corpus* contra ato de particular.

Não me parece uma objeção capaz de gerar preocupação para quem pensa em sentido contrário. Com efeito, não se pode partir de uma colocação teratológica, presumindo que autoridade policial não atuará. Ao revés, é de presumir-se a ação policial. **Quid inde** caso a autoridade policial, por qualquer razão, não venha a tomar as providências cabíveis?

Bastará ao interessado dirigir-se ao Ministério Público, que, se for o caso, requisitará as providências cabíveis (art. 129, VIII da Constituição Federal e 26, I, letras “b” e “c”, e IV da Lei 8.625, de 12/02/93) ou requerer à autoridade judiciária, conforme a urgência do caso, em caráter cautelar, a busca e apreensão da vítima da ação criminosa (arts. 240, § 1º, letra “g” e 242, CPP).

Este, no meu entendimento, é o caminho adequado para a solução do impasse.

6. Em que casos se daria a intervenção policial para fazer cessar o constrangimento ilegal advindo de ato de particular?

Já vimos que a violência ou a ameaça, quando levada a efeito por particular contra outrem, constitui crime, incumbindo à Polícia

a prisão do coator ou, se tal não for possível, a instauração do respectivo inquérito policial contra o infrator. A peça de informação que daí resultar servirá de base para a eventual ação penal que o Ministério Público venha a propor contra o indiciado.

Em que casos tal se dará?

Já vimos alguns.

Azevedo Marques²¹, um dos autores que mais se destacou no estudo da matéria, dá como exemplos as hipóteses de “um pai ou tutor, ou diretor de internato, que proíbe o filho, ou internado, de sair durante muitos dias, prende-o, enfim, em casa particular, ou no estabelecimento de educação, cerceando-lhe a liberdade de locomoção”.

Estes, ao lado de outros exemplos acima formulados, servem para demonstrar a inocuidade do ***habeas corpus*** para pronta solução do caso.

Em certas ocasiões, a privação da liberdade de ir e vir do cidadão pode estender-se aos loucos, aos leprosos ou aos idosos sem que se façam presentes as exigências legais necessárias à sua internação. Ainda assim a providência policial resolverá com maior eficiência e brevidade a questão, sem a necessidade da impetração do remédio heróico. Não pode haver dúvida de que o ***habeas corpus*** só retardaria a liberação da vítima de crime não oferecendo vantagem alguma de prontidão em relação à célere atuação policial no sentido de soltar a pessoa vítima de crime praticado por particular.

7. Assim sendo, e em conclusão, não me parece sólido o argumento segundo o qual pelo simples fato de que a Constituição Federal, ao tratar do ***habeas corpus***, não haver feito referência à violência ou à coação emanada de autoridade pública (art. 5º, LXVIII), deva reconhecer-se que ele é cabível contra ato de particular. A verdade é que o Código de Processo Penal, como já demonstrado (5, supra), aperfeiçoando o preceito constitucional, define o ***habeas corpus*** como providência destinada a enfrentar a coação praticada por *autoridade*.

²¹ Azevedo Marques, **Cinco Estudos**, p. 37, *apud* **Código de Processo Penal**, Bento de Faria, v. II, p. 375, Distribuidora Record Editora, 1960, Rio de Janeiro.

E não se pode discutir que o ***habeas corpus*** é, “antes de mais nada, remédio de Direito Processual Constitucional” e “sua maior projeção, sem dúvida alguma, reside no campo do processo penal”, como assinala Frederico Marques. E, ainda, acrescenta o saudoso mestre: por tal razão, é “nas leis de processo penal” que se encontra o seu “disciplinamento legislativo” (grifos meus)²².

Dessa forma, revela-se insofismável a colocação aqui defendida: o ***habeas corpus*** só terá cabimento quando o constrangimento ilegal decorrer de ato emanado da *autoridade pública*. O particular, quando assim procede, nada mais faz que praticar um crime. ☐

²² Jose Frederico Marques, **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 367/368, Forense, Rio de Janeiro, 1965, 1ª edição.