**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: CONSIDERAÇÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO FERRAMENTA DE GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Habeas corpus como ferramenta de garantia de direitos fundamentais¹

Anderson Bandeira Quadros²

João Lucas Oliveira Fróes²

Luiza Oliveira³

RESUMO

O poder do homem sobre outro homem faz emergir a ameaça ao Direito Fundamental a Liberdade, esta ameaça, por sua vez, traz a necessidade de se criar mecanismos capazes de proteger a liberdade. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro contem os remédios constitucionais, como instrumentos para a efetivação de Direitos Fundamentais. Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, há um descompasso na aplicação de um mesmo direito em casos diversos. Isto é, para um mesmo caso concreto, há decisões distintas, estamos no campo da hermenêutica constitucional. Há uma necessidade social de se proteger a Constituição Federal, neste contexto, há uma vinculação do Poder Judiciário e Legislativo para que haja uma efetivação de Direitos fundamentais, inclusive, o da liberdade.

Palavras-chave: Descompasso. Hermenêutica. Efetivação. Ordenamento jurídico. Remédios constitucionais.

**1 INTRODUÇÃO**

Não seria adequado, no presente trabalho, nos restringirmos a falar apenas sobre o habeas corpus como ferramenta para efetivar Direitos Fundamentais, seria impossível. Ao falarmos em um Estado Democrático de Direito, que efetivamente haja direito, inclusive o da liberdade individual, também é necessário falar de Direitos Sociais. Não faz sentido existir a efetividade em igualdade no que tange ao Direito a Liberdade, se existe pobreza extrema entre todos (CANOTILHO, 2003)

A proteção ao direito a liberdade esteve presente desde os primórdios, assim como todas as outras ferramentas de efetivação de direitos constitucionais. O referido remédio surge do anseio social, político ou até mesmo ideológico de controlar o poder do Estado/Monarca, fazendo valer a Constituição Federal (CANOTILHO, 2003)

O habeas corpus pode ser conceituado como: uma ação constitucional de natureza penal e procedimento especial, que objetiva a reparação ou prevenção de violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de prática ilegal ou abuso de poder (FERNANDES, P.551,2014).

O habeas corpus tem suas origens no direito inglês, com a magna carta de 1215 outorgada pelo Rei João Sem Terra, a qual prelecionava que: ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de um devido julgamento, de acordo com as leis do país. Porém, mesmo com essa previsão constitucional, ainda continuaram as arbitrariedades, sendo que ainda foram necessários outros atos normativos tais como: o Petition of Rights de 1628 e, logo depois, os Habeas Corpus Act de 1679 e de 1816 para que ocorresse a definitiva materialização da defesa da liberdade de locomoção contra violências e abusos de poder no direito inglês (FERNANDES, p.549. 2014).

No Brasil, a constitucionalização desse remédio constitucional vem com o advento da constituição de 1891, na qual dizia que esse seria concedido sempre que alguém sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade e/ou abuso de poder, o que é algo mantido até hoje com a constituição de 1988 que preceitua em seu artigo 5ª, 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” (FERNANDES, 2014).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito se mostrou bastante evidente, e com isso foi reforçada a ideia de direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos pertencentes à sociedade brasileira. E entre estes direitos fundamentais, se encontra a liberdade, ou seja, o direito de ir e vir, que é algo inerente ao ser humano (VIEGAS, 2011)

Não há duvidas de que o direito de ir e vir possui grande relevância. E com o objetivo de resguardar esse direito, surge o habeas corpus. O habeas corpus, nada mais é que um meio de restringir o poder e o arbítrio do Estado, sendo uma ferramenta presente durante o período de emergência do princípio liberal e na ascensão do neoliberalismo, sendo adotado pelo Estado Democrático de Direito, visto que seu principal objetivo é proteger a sociedade contra o autoritarismo estatal (CANOTILHO, 2003)

**2 REFERENCIAL TEÓRICO**

**2.1 Requisitos e fundamentos para a aplicação do habeas corpus**

O poder do homem sobre outro homem faz nascer ameaças a liberdade do indivíduo, e isto, faz urgir a necessidade de se criar mecanismos que sejam capazes de proteger o direito a liberdade. Hoje, estes mecanismos usados pelo nosso ordenamento jurídico são os remédios constitucionais, responsáveis pela proteção aos Direitos Fundamentais. Em se tratando da proteção ao direito a liberdade, especificadamente, temos o habeas corpus (BARROSO, 2014)

A constituição prevê e garante duas espécies de habeas corpus: Habeas corpus liberatório ou repressivo, que tem a finalidade de afastar à sujeição ilegal a liberdade de locomoção já existente, visando eliminar o constrangimento ou coação a aquela pessoa que se encontra presa por ilegalidade ou abuso de poder, de modo que quando prestado, se expede um alvará de soltura e o preso é posto em liberdade. Já o Habeas corpus preventivo ou suspensivo, é aquele em que não há uma ameaça atual e concreta à liberdade de locomoção do individuo, mas sim uma situação iminente de sofrer uma violência ou coação na sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder e quando concedido, o beneficiado fica impedido de ser privado de sua liberdade pelo fato que culminou a apreciação do direito pela autoridade prevista para tanto (CANOTILHO, 2003)

O supracitado remédio constitucional não exige o requisito da capacidade postulatória, podendo ser feito por qualquer pessoa (CANOTILHO, 2003)

O Direito Fundamental a liberdade, assim como os demais, são inalienáveis, isto é, estão excluídas qualquer ato de disposição como, renúncia, compra e venda. Parece redundante, mas a inalienabilidade traz uma consequência prática importante, no sentido de que, o Direito Fundamental a Liberdade não estará justificado pelo mero ato de o titular do direito consentir (BARROSO, 2013)

**2.2 Jurisdição Constitucional e Justiça Constitucional**

Jurisdição constitucional implica em uma garantia jurisdicional da Constituição, consistindo em um elemento do sistema de medidas técnicas que tem como finalidade garantir o exercício regular das funções do Estado (KELSEN, 2007, p.123-124)

Deste modo, se pode entender a jurisdição constitucional como a outorga de poderes a um órgão jurisdicional, para que este verifique a conformação das leis e dos demais atos estatais ao texto constitucional (LAGO, 2010)

Considerando que a expressão “jurisdição constitucional” designa a interpretação e aplicação da constituição por órgãos judiciais, no contexto brasileiro, esta competência é exercida por todos os magistrados e tribunais, sendo que no topo da hierarquia do nosso ordenamento jurídico está o Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2013)

A jurisdição constitucional compreende duas situações particulares: uma de aplicação direta da Constituição às situações que nelas são contempladas; e uma outra atuação que envolve a aplicação indireta da Constituição, que ocorrerá sempre que o intérprete fazer utilizo da Constituição como parâmetro para medir a validade de uma norma infraconstitucional ou para atribuir sentido a ela (BARROSO, 2013)

A justiça constitucional visa a preservação da Constituição, fazendo valer o princípio da supremacia constitucional. Se trata de um mecanismo para preservar a ordem democrático-constitucional contra atos antidemocráticos, que ferem a rigidez constitucional (ARAUJO 2012)

Com a justiça constitucional surge a jurisdição constitucional, e esta, por sua vez, constrói sua legitimidade em sentido material, visto a necessidade de proteção do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais. Isto é, a legitimidade da justiça constitucional se funda no complemento entre os termos, Democracia e Estado de Direito. O parlamento representa o Estado Democrático de Direito, enquanto a justiça constitucional, o Estado de Direito, na legitimidade da justiça constitucional é imprescindível a compatibilidade entre parlamento e a justiça constitucional (ARAUJO, 2012)

**2.3 Jurisdição constitucional e habeas corpus**

No que se refere ao conceito de jurisdição constitucional, embora não haja uma conceituação unanime sobre em que consiste exatamente este instituto, há, conforme Canotilho (1998) o entendimento no sentido de que: jurisdição constitucional consiste em decidir de modo vinculado o que é o direito, tomando como parâmetro material a Constituição ou o “bloco legal reforçado”, de modo que se trate exclusivamente da fiscalização da constitucionalidade ou legalidade acerca de determinada matéria

Já para Silva (2009) este instituto “jurisdição constitucional” existe em sentido amplo e estrito:

“Em sentido estrito, jurisdição constitucional consiste na entrega aos órgãos do Poder Judiciário, a missão de solucionar os conflitos entre as normas ordinárias (e complementares) e a Constituição. E mais amplamente, em sentido amplo (próprio), é a entrega ao Poder Judiciário a missão de solucionar conflitos constitucionais”

O habeas corpus consiste em uma ação de natureza constitucional, que objetiva restringir qualquer ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção. Desta forma, é considerado como um instrumento de defesa de Direitos Fundamentais, cuja manifestação se dá através de uma ação autônoma, podendo ser proposto também contra ação já transitada em julgado (CARVALHO, 2009)

A relação entre ambos os institutos (jurisdição constitucional e habeas corpus) se encontra em outro instituto denominado de jurisdição constitucional das liberdades, que pode ser provocada por remédios constitucionais e se destina à proteção de Direitos Fundamentais. O habeas corpus, é um dos remédios, previsto no artigo 102, inciso I da Constituição Federal (LIMA, 2007)

2.3.1 Hermenêutica constitucional na solução de conflitos entre normas

Na realidade jurídico-normativa do ordenamento jurídico brasileiro, há um descompasso na aplicação de um mesmo direito sobre casos diversos. Isto é, em um mesmo caso concreto, há decisões no sentido de conceder o habeas corpus, assim como não. Fatos como estes, evidenciam a existência de uma crise em nosso ordenamento. Estamos no campo da hermenêutica constitucional (BARROSO, 2013)

Esta missão da jurisdição constitucional de solucionar conflitos constitucionais se dá de maneira complexa. A vinculação do Poder Legislativo deve resguardar coerência com os Direitos Fundamentais, assim como a vinculação destes direitos pode assumir um caráter positivo, tornando relevante a edição de normas que deem regulamentação aos Direitos Fundamentais dependentes de concretização normativa (BARROSO, 2013)

Neste processo de concretização normativa não é desprezível a análise de normas infraconstitucionais, muito embora estejamos tratando de Direitos Fundamentais presentes na Constituição Federal. Um Direito Fundamental pode necessitar de normas infraconstitucionais para a sua efetivação

**2.4 Justiça constitucional e habeas corpus**

O instituto da justiça constitucional pode ser entendido como um conjunto de instituições e procedimentos jurisdicionais que buscam a aplicação jurídica das normas fundamentais.

Há uma vinculação do Poder Judiciário à efetivação de Direitos Fundamentais, incluindo o da liberdade, protegido por meio de remédios constitucionais, inclusive, o habeas corpus. Cabe ao judiciário a tarefa de defender os direitos violados ou ameaçados de violência. A defesa dos direitos fundamentais, é a essência do exercício do judiciário. Nos Tribunais, há o exercício do controle aos Direitos Fundamentais proclamados pelo constituinte (BARROSO, 2013)

A referida vinculação do judiciário, traz a ele o dever de recusar a aplicação de preceitos que violem Direitos Fundamentais, assim como aos juízes, o dever de respeitar preceitos fundamentais no curso do processo (BARROSO, 2013)

**2.5 Possibilidade de aplicação do habeas corpus no âmbito militar**

Existe uma limitação do direito fundamental a liberdade, no âmbito militar, devido ao que consta no artigo 142, §2 da CF/88, o qual diz que: “não caberá habeas corpus para punições militares” com a finalidade de proteger e resguardar os poderes hierárquicos e disciplinares das instituições militares, sendo assim, há um conflito aparente de normas constitucionais. O que se observa é que não necessita ordem judicial ou uma situação de flagrante delito, como dispõe no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, para que o militar transgressor seja preso, dessa forma, se conclui que a punição disciplinar militar é prerrogativa concedida, exclusivamente, às organizações militares e a Constituição Federal, ao vedar a sua concessão em relação a punições disciplinares de militares, há um bloqueio a análise do ato administrativo punitivo pelo Poder Judiciário (PIANCÓ, 2013)

Contudo, alguns juristas afirmam que a discricionariedade da autoridade militar não é absoluta, podendo assim, haver a apreciação da punição disciplinar militar pelo Poder Judiciário. Já outros juristas, defendem que a lei é expressa e a punição a ser aplicada a um militar deve ser decidida pelo seu comandante, não cabendo qualquer apreciação dos motivos determinantes pelo Judiciário (PIANCÓ, 2013)

Quanto ao entendimento jurisprudencial a respeito da matéria, o STJ no julgamento do RCHC 80.852/RS, entendeu que só é cabível o habeas corpus em crimes militares quando se constatar coação ilegal atual e iminente à liberdade de ir e vir (STJ – RCHC: nº 80.852/RS, 2008).

Alguns tribunais regionais federais entendem que a punição disciplinar militar não está isenta de apreciação jurisdicional, tampouco pode abstrair dos requisitos da motivação e razoabilidade que devem fazer parte dos atos administrativos. Pois o comandante militar, embora tenha competência para punir, deve pautar sua conduta pelos ditames da lei e da Constituição (TFR4 – 4º Turma. RCHC: 2003.71.02.009643-9/ RS,2004).

O STM (Superior Tribunal Militar) não afasta a possibilidade do controle judicial do ato disciplinar em habeas corpus com verificação cabível dos pressupostos da ação do mérito da punição disciplinar. Ou seja, não se pode afastar da apreciação do poder judiciário a ação de habeas corpus que verse sobre punição disciplinar, quando verificadora da legalidade desta punição e, sendo esta ilegal, poderá se pedir o relaxamento da prisão com fundamento no disposto no artigo 5º, LXV, da Constituição Federal, que assim dispõe: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (STM - HC: nº 33167-0/DF, 2001)

Dessa forma, se verifica que a jurisprudência nacional é pacifica quanto ao entendimento da possibilidade de utilização do habeas corpus em relação às punições disciplinares, mas com restrições, pois, conforme se pode observar nos julgados desses tribunais, a aplicação do referido remédio constitucional é relativizada, podendo entrar em questões referentes à legalidade da punição. Porém, devido à independência entre os poderes, o Poder Judiciário não pode invadir questões de âmbito administrativo, já que esta função é exclusiva dos comandantes das organizações militares, principalmente no que se refere às infrações disciplinares dos militares (RIBAS, 2011).

**2.6 A necessidade social de se proteger a Constituição Federal de 1988**

A CF/88 trouxe uma modificação no que diz respeito à proteção aos direitos fundamentais, que desde então, foram positivados. No entanto, um direito positivado não implica em dizer que este se tornou eficaz. Daí a necessidade de se proteger a constituição, fazendo valer o princípio da supremacia constitucional. Para isso, é necessário criar ferramentas/instrumentos que possibilitem a efetivação desses direitos (BARROSO, 2013)

Desde os primórdios, sempre esteve presente às desigualdades na sociedade. É nesse contexto que nasce a necessidade e importância de ter um direito que conceda a igualdade no âmbito jurídico. O direito a liberdade, foco do nosso artigo, muito embora tenha mecanismos para garanti-lo, ainda não é efetivo (BARROSO, 2013)

A Constituição não se trata de um documento composto apenas de normas e princípios, pois é através deste documento que determinado governo deve se apoiar ao reger a vida política e social de determinada sociedade de forma organizada. Desse modo, a constituição escrita deve se apoiar na constituição real, havendo conflito entre ambas, a realidade prevaleceria, pois a realidade social deve ser tomada como parâmetro na efetivação dos direitos fundamentais (BARROSO, 2013)

A interpretação constitucional é o primeiro passo para se preservar a força normativa da Constituição de modo evolutivo e dinâmico, conforme as mudanças das relações fáticas e sociais. Esta interpretação evolutiva é necessária, por se tratar de um processo informal de reforma constitucional, que devido à dinâmica política e social, atribui dentro dos limites e princípios fundamentais, novos conteúdos à norma constitucional, sem que haja modificação literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não foram previstos pelos constituintes (BARROSO, 2013)

Nesse contexto de interpretação constitucional, se destaca o principio de supremacia constitucional que deve ser levado em conta primordialmente no processo de interpretação constitucional, devido à carta magna ter caráter paradigmático e subordinante em relação a todo o ordenamento jurídico (BARROSO, 2013)

Embora seja evidente a necessidade de se proteger Direitos Fundamentais, incluindo o da liberdade, por meio do habeas corpus, ainda há um descompasso na compreensão de um mesmo direito em casos concretos diversos. Infelizmente, esta ainda é uma realidade presente em nosso ordenamento jurídico (BARROSO, 2013)

**3 METODOLOGIA**

A classificação da metodologia dar-se-á sob três métodos: de abordagem, procedimento e quanto aos objetivos. Com relação ao primeiro tem-se que esta é jurídico-sociológica, pois se preocupa com os fatos do direito e as relações contraditórias nele presente. A partir desta vertente, podemos classificá-lo como dedutivo, pois é um processo que faz referência aos dados de nossa experiência ou às normas e regras em relação a leis e princípios em geral, abrangendo o maior número de casos possíveis a que possam ser referidos (GUSTIN; DIAS, 2013)

Quanto aos procedimentos, podemos classificá-lo como bibliográfica, por fazer utilizo de artigos e visões de renomados doutrinadores do direito. Será também considerado como monográfico, por promover um estudo mais profundo e exaustivo, permitindo um conhecimento amplo e detalhado acerca dos crimes de trânsito (GUSTIN; DIAS, 2013)

Quanto aos objetivos, podemos classificá-lo como exploratório, pois se utiliza de artigos bibliográficos acerca do tema, aprimorando ideias (GUSTIN;DIAS, 2013)

**4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ideia de direitos e garantias fundamentais se tornou concreta “teoricamente”. Digo “supostamente concreta” pelo fato de os Direitos Fundamentais, por si só, nem sempre sejam capazes de se efetivarem. Tem que haver uma cooperação entre os poderes, nem sempre presente na realidade nosso ordenamento jurídico. Muito embora estejamos tratando de Direitos Fundamentais, presentes na Constituição Federal, no topo do ordenamento jurídico, estes, não se consolidam por si só, muitas vezes, é necessário até mesmo a análise de normas infraconstitucionais, para se efetivar Direito Fundamental.

A análise monográfica do presente artigo científico nos permite concluir que a relação entre ambos os institutos (habeas corpus e jurisdição constitucional) está na jurisdição constitucional das liberdades. O Direito Fundamental a Liberdade tem como um dos mecanismos de proteção, o habeas corpus, que constituiu objeto de estudo do presente artigo.

A jurisdição constitucional exerce papel crucial na efetivação de Direitos Fundamentais, para isso, é imprescindível a compatibilidade entre parlamento e justiça constitucional. Porém, o que há atualmente é uma rivalidade entre os poderes, o que impossibilita a efetivação de determinados direitos.

Tomemos como exemplo os Direitos Sociais, que embora não constituindo objeto de estudo do presente artigo científico, proporciona a fácil explicação acerca da necessidade de cooperação entre os poderes para a efetivação de direitos. Por exemplo, de nada adianta o Judiciário regulamentar acerca do Direito Social Fundamental a saúde, se não há um Poder Executivo capaz de executá-lo.

**REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 4° edição. Saraiva: 2013

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 33167-0/DF. Relator Ministro Paulo César Cataldo, Brasília – DF, 23 de outubro de 2001. Lex: jurisprudência do STJ, p. 12, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 80.852/RS (2007.30.00.003491-0).

Relato Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília - DF, 27 de março EEde 2008. Lex: jurisprudência do STJ, p. 6, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7° edição. Almedina: 2003

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.**6ª edição. Salvador: JusPodivm.2014

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Teresa Fonseca. Opção metodológica. In: **Repensando a pesquisa jurídica.** Belo Horizonte; Del Rey, 2013. Cap.4, p.19-20

PIANCÓ, Suiane Marques. **O habeas corpus e a controvérsia existente no seu uso diante das punições disciplinares militares no âmbito das forças armadas.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=14016>. Acesso em 21/04/2015.

RIBAS, Renata**. O cidadão militar frente ao princípio da igualdade: análise de sua aplicação e restrições a partir da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/tfg\_renata.pdf> 2011. Acesso em 21/04/2015

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. RCHC 2003.71.02.009643-9/RS. Relator Élcio Pinheiro de Castro. Porto Alegre, 15 de setembro de 2004.

VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. **O habeas corpus processual: instrumento para combater a coação ilegal.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo\_id=9776&n\_link=revista\_artigos\_leitura>. Acesso em 21/04/2015.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** 2° Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007