

XIII CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS (CONCURSO DE TESES)

TÍTULO: O HABEAS CORPUS; O PEREGRINO E O CAMINHO DO PEABIRÚ.

**8º CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO – DEFENSOR PÚBLICO - LUIZ ANTONIO VIEIRA DE CASTRO**

TESE: O Defensor Público impetrante do *Habeas Corpus*, tendo sido concedida a ordem, deve proceder no sentido de levar ao máximo alcance o resultado da impetração, requerendo ao Magistrado que officie, o que ele próprio também deverá fazê-lo, dando ciência ao órgão correccional ou ao conselho da instituição a que pertence a autoridade coatora do ato ilícito praticado e do seu afastamento pela concessão do writ, de modo a ultimar as suas atribuições em conformidade com os fins e os valores apregoados no art. 1º, da Lei Orgânica da Defensoria Pública

I)

Da Partida do Peregrino

Esta, portanto, é a proposição que procuraremos demonstrar: a competência do defensor público na ação de *Habeas Corpus* não se esgota com a soltura do paciente ou o afastamento do ato ilegal ou abusivo, posto que suas atribuições vinculam-no à restauração da ordem democrática de direito e à defesa dos direitos humanos, o que impõem levar a impetração às últimas consequências, no caso, de ordem administrativas (vez que a responsabilização civil e criminal, quando existirem, são da alçada, via de regra, do paciente e do Ministério público, respectivamente), sob pena de não cumprimento integral das suas funções.

Primeiramente cabe conceituar o *Habeas Corpus* não como um recurso, o que já está pacificado na doutrina, mas como uma ação independente a ser ajuizada “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5, inciso LXVIII, CF).

Logo, toda ordem de *Habeas Corpus* concedida encerra um ato de violência ou coação à liberdade de uma pessoa, o que significa dizer que o agente público cometeu uma ilegalidade ou um abuso de poder, e que, à toda evidência, não poderá ficar desconhecida nem da sociedade, nem da instituição a que ele (coator) é membro. Afinal, trata-se da liberdade de uma pessoa, direito essencial em qualquer regime democrático de direito, inerente mesmo à condição humana contemporânea.

Nesta dissertação vamos nos ater à hipótese em que a autoridade coatora seja um magistrado. Nesses casos, a decisão da impetração deverá ser comunicada ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ; e, assim, se a tese é válida para autoridade maior no processo, posto ser quem decide, cabe também o mesmo procedimento para o membro do Ministério Público que oficiou no mesmo sentido respaldando a decisão coacta, devendo também ser oficiado o Conselho Nacional do Ministério Público. Apenas por preciosismo, com o que nos desculpamos, vale repetir que cometida a coerção por qualquer que seja o agente público, o mesmo procedimento deverá ser adotado pelo defensor público impetrante: oficial o órgão correcional da administração pública em questão.

Frisemos que a finalidade perseguida é de ordem pública. Com efeito, o cerceamento da liberdade física assume uma dimensão de tal modo aviltante à dignidade da pessoa humana, como também atinge ao corpo da sociedade como um todo, na medida em que, tratando-se do direito de locomoção, há incontestavelmente um condomínio social, fazendo com que a violência sofrida por um indivíduo seja também uma violência sentida por todos.

Neste caso, não se compreende como a ordem de *Habeas Corpus* possa conceder um salvo conduto para quem perpetrou o ato injurídico, deixando a resolução de tão grave problema circunscrito à ação mandamental, e que, assim, venha cair em esquecimento com o arquivamento do processo. O desvio do direito aqui não poderá ser justificado apenas pelo livre convencimento do juiz,

pois ninguém é senhor do direito para operá-lo como bem entender em desfavor da mais básica e essencial regra jurídica, que é a liberdade física.

Sabemos que são as regras, melhor o uso que delas fazemos, que determinam a liberdade dos modos de vida, e podemos afirmar, sem medo de errar, que a violação das regras que garantem a liberdade tem um público alvo majoritário dentre as pessoas e nos grupos mais vulneráveis da população, justamente os assistidos em potencial da Defensoria Pública, o que vai ao encontro da temática focada neste Congresso catarinense, e faz aumentar a importância da atuação do defensor público no sentido de esgotar as conseqüências de sua impetração.

II)

O arbítrio Impede a Peregrinação

Algumas observações sobre o histórico do *Habeas Corpus*, ainda que bastante sucintas, serão pertinentes para clarear o nosso percurso. Começemos pela própria palavra *Habeas Corpus*, cujo termo latino nunca foi alterado nesses séculos de vigência. Não me ocorre outro instituto que se compare em importância no mundo jurídico que tenha se mantido com o mesmo nome de origem latina. A palavra continua com o desígnio original, como que a permanecer na alma dos operadores do direito com o mesmo significado: presente o corpo do paciente, como podemos ler em *História e Prática do Habeas Corpus*, clássica obra de Pontes de Miranda.

No início do Evangelho segundo São João podemos está escrito “Deus era a palavra e a palavra estava em Deus”, o que pode ser interpretado que a palavra deve ter a força de seu sentido original e, assim, estar salvaguardada das

distorções ideológicas e das impurezas do cotidiano. Esta, penso, talvez tenha sido a força que manteve o instituto do *Habeas Corpus*: para se desincumbir de tão sublime missão que é proteger a liberdade humana, o direito manteve intacto o nome do instituto *Habeas Corpus*.

Entretanto, sabemos que, como qualquer instrumento técnico, a sua finalidade e o seu alcance são determinados pelo uso que dele fazemos. Assim, no Brasil, o dever de apresentar o corpo do paciente por parte da autoridade coatora nunca foi devidamente cumprido, tendo sido substituído na prática dos tribunais pela singela prestação das informações à autoridade judiciária. E, justamente, é dessa “acomodação”, bem a jeito brasileiro, que nos ocupamos neste trabalho.

Como revela a obra de Andrei Koerener, “O *Habeas Corpus* na Prática Judicial Brasileira 1841-1920” quando o instrumento tem aparição no ordenamento jurídico brasileiro, através do código de processo penal de 1832, diante do laconismo das regras procedimentais, foram criadas outras pela prática judicial que restringiram três importantes finalidades do *Habeas Corpus*: a verificação do estado do paciente pelo juiz; o controle pela celeridade, em caso de réu preso; e a fiscalização das prisões pelo Poder Judiciário. A isso se soma o problema do ônus da prova, pois a presunção da verdade das informações prestadas pela autoridade coatora reduzia o âmbito da indagação pelos juízes nas ações de *Habeas Corpus* aos aspectos formais da resposta, argumentando-se ser impossível contestar o seu conteúdo.

Já no direito inglês, como relata Pontes de Miranda, o processo era oral, da natureza do *common Law*, havendo uma regulação bastante rígida no que

concerne à apresentação do preso à audiência realizada pela Corte de Justiça, e, ainda, no controle acerca da suficiência das informações prestadas pela autoridade coatora. Isto fazia com que a Justiça se inteirasse sobre a ilegalidade das autoridades inferiores, e não somente ao seu aspecto formal de cumprimento da norma.

Fato é que até a presente data perdura em nossos tribunais essa indiferença acerca do ato coercitivo. Excetuando a verificação de má fé da autoridade coatora, cuja única admoestação é o pagamento das custas do processo, ou do cometimento do crime de abuso de autoridade (previsto na Lei n. 4.898/65), o código de processo penal em vigor, não tem dentre os arts. 647 a 667, que o regulamentam, qualquer disposição a respeito da coação perpetrada, ou sua ameaça. Tal desinteresse está bem estampado no art. 659, que preceitua: “se o juiz ou o tribunal verificar que já cessou a violência ou a coação ilegal, julgará prejudicado o pedido”. Ou seja, a própria letra da lei cria uma antinomia, em que deverá prevalecer o esvaziamento da arbitrariedade cometida - neste caso, o direito afasta-se do interesse social para servir a um senhorio, que pode ser particular ou corporativo.

Mesmo que não tenha havido má fé ou abuso de autoridade por parte do agente público, sustentamos que, a despeito de ter cessado a violência ou a coação ilegal, a concessão da ordem de *Habeas Corpus* não encerra a questão. Por dois motivos claros: o primeiro diz respeito ao atingimento contra o condomínio social, com o cerceamento da liberdade de um seu integrante, o que significa dizer que foi a próprio regime democrático de direito que sofreu violação, e que deve se

proceder a sua restauração na íntegra, sob pena de novamente se incorrer no erro, pois o agente recalcitrante ficará escorado pela capa da discricionariedade no exercício de suas funções; e o segundo toca a efetivação do princípio de publicidade dos atos da administração pública, dentre os quais estão as deliberações judiciais.

Liberdade e Publicidade dos atos públicos são dois pilares sem os quais o edifício da democracia não se sustenta e desaba. A questão é que somos levados a esperar uma espécie de desfecho radical, e isso nos ofusca e nos acomoda (claro que há resistência, e é disso que tratamos em última análise); daí que não percebemos que a ruína da sociedade democrática vem aos poucos, com a restrição e o afastamento dos direitos fundamentais dos mais vulneráveis feitas pontualmente, sem que nos demos a devida conta dos retrocessos que somos levados, como civilização humana.

Ainda perdura no cotidiano brasileiro a herança escravista no nosso modelo colonial de estado, o que nos legou um condicionamento paternalista em relação à autoridade pública. Isso se mostra perfeitamente visível pelas ações de *Habeas Corpus*, visto que, como dissemos, de tudo, afora os casos excepcionalíssimos, resta a incolumidade do agente coator.

Vê-se que o “apresentar o corpo do paciente” significa estar presente ao juiz da causa que decidirá o *Habeas Corpus*. Isso discrepa totalmente de uma simples resposta por escrito que, ao fim e ao cabo, servirá de um salvo conduto. Não há compromisso algum com o interesse social, nem tampouco com a instituição ou

órgão público do qual faz parte (cabe lembrar que órgão tem o sentido de organismo, corpo orgânico, conjunto composto por seus membros, portanto pessoas as quais certamente terão interesse em conhecer a ação desviante de um de seus componentes).

Em outras palavras, se houve o atentado à liberdade é porque a autoridade pública que não cumpriu o dever de respeito ao direito. Justamente é este grave desvio, que coibiu a liberdade de locomoção de uma pessoa ou grupo de pessoas que estamos tratando de reparar os efeitos. Em inúmeras violações que atingem os mais fragilizados e marginalizados, tais como os presos, os indígenas, os sem teto, os drogados, enfim os excluídos sociais, o estado brasileiro tem mostrado a sua vertente colonialista e pouco ou nada tem sido restaurado em relação às violações da liberdade física. E o problema vem recrudescendo.

Neste exato momento em que estou redigindo essa tese (final de julho/ 2017), os jornais informam que o município do Rio de Janeiro, aonde sou domiciliado, fez editar uma lei que autoriza a proibição da passagem de pessoas não residentes por ruas, condomínios e até de bairros inteiros. Guetos verdadeiros é o que estão sendo criados! Portanto, para a questão que estamos nos ocupando, como exemplo trivial, cabe fazer a seguinte colocação: se um magistrado, seja da vara de execuções penais, seja de uma vara da fazenda pública, vem sofrendo inúmeras e recorrentes ações de *Habeas Corpus*; se, da mesma forma, vem sofrendo inúmeras ações um delegado de polícia, perguntamos, nada será comunicado ao CNJ, ou à secretaria de segurança pública ou à procuradoria do

estado; também nada do que envolveu tais ações deverá ser dado a conhecimento público para além do processo? Liberdade e publicidade dos atos administrativos, reiteramos, são dois valores muito caros ao mundo civilizado. Os dois estão envolvidos nas ações de *Habeas Corpus*; e sem eles não há viabilidade alguma para a peregrinação, portanto agora vamos nos ocupar um pouco deles, a começar pelo segundo.

III)

Sem Publicidade dos Atos Não Há Garantia Alguma para o Peregrino

Formulamos a tese de que a impetração do *Habeas Corpus* pelo defensor público deverá ser levada ao grau máximo de alcance na perspectiva de que se trata de uma direito essencial à dignidade da pessoa humana e ao regime democrático de direito. A ordem concedida deve ser devidamente publicizada para restaurar os dois bens vilipendiados, o primeiro particular e o segundo de ordem pública. Daí a necessidade de oficiar o CNJ e o CNMP (caso o membro do MP corrobore com o ato coercitivo). O CNJ, por seu plenário tem atribuição de elaborar indicadores pertinentes à atividade jurisdicional (art. 4., XI, do Regimento Interno).

A deliberação judicial, afora os casos de segredo de justiça, deve ser pública, portanto deverá ser objeto dos indicadores de que trata a norma acima apontada, especialmente por tratar-se de ato ilegal ou abusivo de autoridade. Caso contrário, o poder estará se ocultando, o que não tem nada a ver com a democracia e sim com a tirania.

Por este motivo a transparência dos atos da administração pública foi enfaticamente prevista no ordenamento brasileiro, como preceituam os arts. 5., incisos XXXIII e LX; 37., par. 3., inciso II; e 216, par. 2., todos da CF. Também a Lei n. 12.527/2011, denominada lei de acesso à informação, veio regulamentar a garantia constitucional de transparência da Administração Pública.

Não me parece que paira qualquer dúvida ou divergência quando se trata da obrigatoriedade de se dar transparência dos atos públicos. O regime republicano diz respeito ao interesse social pelas coisas públicas, o que significa dizer que a vigilância sobre estas somente se efetiva pelo conhecimento e controle públicos.

Portanto, diante do princípio constitucional da publicidade dos atos públicos, a ordem de *Habeas Corpus*, que desfaz a coerção da liberdade individual, deve ser dada a conhecimento ao CNJ, viabilizando assim o conhecimento das questões envolvidas no processo, tanto pelos Magistrados, como pela sociedade civil, que poderão exercer um maior controle de fiscalização daqueles que persistem em atuar na contra mão do direito.

Creemos não ser dispensável a comunicação aos magistrados pares da autoridade coatora, ou seja, ao CNJ. O judiciário, e vale para todas as instituições que compõem o sistema de justiça, aliás, como toda instituição humana, necessita de uma força atuante de seus membros para cumprir aquilo para o qual foi criado (em síntese, exercer a jurisdição, resolvendo os conflitos que lhe são endereçados em conformidade com a constituição, pacificando o meio social).

Segue-se, então, a seguinte reflexão de Hans Jonas: Mas como essa finalidade opera no tribunal? Opera na medida em que as próprias partes que agem são animadas pelo fim, isto é o desejam e agem de acordo com ele – o que supõe que elas devam ser, antes de tudo, seres que querem um fim e possuem autonomia. O desvio do objetivo-fim torna-se ensejo para a crítica (In, O Princípio Responsabilidade- ensaio de uma ética para a civilização tecnológica)

Portanto, em se tratando de um ato que viola, ou ameaça violar, o direito de liberdade, o juiz-estado infrator deve responder perante o estado-juiz- no caso o CNJ - para justificar o desvio cometido. Não podemos perder de vista: primeiro, que estamos diante de um direito irrenunciável para a natureza humana, que é a liberdade (adiante vamos tentar explorar um pouco mais este axioma); segundo, que o esvaziamento de tal arbitrariedade acaba por transgredir toda a finalidade do próprio Judiciário, na medida em que a sua razão de existir deixa de ser servir à sociedade para ter uma função que se realiza em si própria, ou seja, no cargo ocupado, transformando-se em um fim em si mesmo, conforme escólio de Hans Jonas (obra citada, pag. 115).

Mesmo cientes do elevado grau de corporativismo que há entre os magistrados, temos visto algumas medidas e grupos preocupados e engajados com as questões republicanas, como é o caso, por exemplo, do “movimento dos juízes pela democracia” (RJ). Certo é que não cabe inércia ao defensor público impetrante do *Habeas Corpus*, diante de suas elevadas atribuições, o que motiva, fundamenta e justifica a expedição do ofício ao CNJ.

Feitas essas observações, que respaldam a atribuição do defensor público de proceder no sentido de oficiar o órgão de classe em questão, ingressamos na fase final de nosso percurso para assinalar que estamos tratando de assegurar nada mais nada menos que a liberdade de locomoção, um dos pilares da condição humana.

IV)

A Liberdade e o Peregrino se Confundem na Peregrinação.

De tudo que dizemos, cabe delinear que a questão central é a liberdade física do indivíduo, na qual intrinsecamente está contida a sua cara metade, a igualdade de direitos entre os homens. É isso que move o homem em sua perene caminhada à plenitude: a liberdade. A forma mais ou menos livre de como cada ser humano se constituirá dependerá das regras constituídas, melhor de como elas são aplicadas no contexto social, sendo certo que se neste meio não houver um tratamento que iguale os homens, o jogo não será o mesmo para os participantes. É o que vimos experimentando no atual modelo capitalista, isto cobra um preço altíssimo, não apenas aos próprios homens (em vidas mesmo), mas também à própria terra (em vida também).

Diante do dantesco quadro de exclusão dos direitos fundamentais que estamos presenciando no Brasil, escolhemos a figura do peregrino para falar da liberdade física e da atribuição do defensor público nas ações de *Habeas Corpus*.

O peregrino é aquela personagem que desponta desde os primórdios da civilização que caminha com seus próprios pés de forma a mais humilde

possível, em busca de um destino, que pode ser ou não um santuário; estar no “lugar alto” e no mais profundo de seu ser, simultaneamente.

Os motivos pelos quais o peregrino deu a sua partida são os mais diversos, mas é fato que realiza uma empreitada em busca de um encontro, que pode ser alguém ou um lugar. Não tem nada com a solidão, nem com um ser anti-social, pois em sua caminhada sabe que o trajeto escolhido sempre foi percorrido por outros desde tempos imemoriais, e assim deverá continuar por longo tempo. O encontro, aquilo que a vida pode nos proporcionar de melhor, é sua ambição.

Sobre a importância do encontro nas nossas vidas, escolhemos trazer um belíssimo conto sufi, que nos mostra a transformação que um simples encontro pode nos causar. Passa-se mais ou menos assim: interpelado como conseguiu estar num lugar paradisíaco embora tenha cometido um crime, o qual, outras pessoas que o cometeram não podem estar, o assassino responde “quando meu sangue corria pela terra, um amigo passou por ali. Era um santo *pir* muito avançado no caminho espiritual. Esse venerável personagem lançou-me furtivamente um olhar. Pela excelência desse único olhar obtive a honra de que me vês possuidor, e mais cem outros favores de que nem tem idéia” (In Farid ud-Din Attar. A linguagem dos Pássaros. Ed. Attar. SP. 2ª. Edição).

Como revela José da Silva Lima, a “peregrinação” não é somente uma categoria histórica, nem um fenômeno ligado ao Ocidente ou ao cristianismo, embora ao longo dos tempos a Igreja tenha criado um berço cultural onde a peregrinação é relevante. Porém, a peregrinação está para o ser humano como o sangue para

a vida. Peregrinar não é um acto meramente extrínseco ao homem, como se de deslocação se tratasse apenas; peregrinar pertence ao âmago do ser. A existência é uma experiência dinâmica de um ser peregrinante, não no sentido apenas metafórico, mas no sentido instituinte. Daí que a noção bíblica de “peregrinante” possa constituir um paralelo com a noção contemporânea da existência. Estar em êxodo, sair de si para ser, caminhar em busca daquilo que ainda se não é, é instituinte de cada homem (In A Peregrinação- percursos e palavra. Ed. Imprensa Nacional-Casa da Moeda. Lisboa. 2007).

Retire a liberdade de locomoção e o peregrino deixa de existir. Em outras palavras, a peregrinação deixa de acontecer. A regra liberdade e a vida mesmo do peregrino se confundem, pois aquela não se aplica à vida do peregrino, mas o constitui e o define como tal (me utilizo da mesma reflexão de Giorgio Agambem para a vida monástica e as suas regras). A norma, na nossa tese a liberdade, se reduz a uma prática, no caso, vital para o peregrino; e esta prática coincide com a própria regra.

Consideremos que todo o ser humano tem um peregrino dentro dele, e isto será o bastante para demonstrar que é vital para o defensor público nas ações de *Habeas Corpus* restaurar não apenas a liberdade, mas também a sua possibilidade.

V)

O Caminho de Peabirú

Nunca saberemos o ponto de chegada de uma caminhada insitucional. A defensoria pública em sua longa jornada cabe contribuir para a sedimentação da

liberdade e da igualdade que devem marcar a sociedade humana das gerações vindouras. Isso somente será possível se nos constituirmos cada vez mais caminhantes em busca do encontro com o diferente, sempre.

Neste sentido, e para homenagear este Congresso, aponto um registro histórico que tem a ver com esse encontro e sua temática: o caminho do Peabirú. Trata-se de um caminho que existiu antes da colonização, e que ligava o litoral atlântico ao litoral do Pacífico. O seu traçado (e ainda há muitos vestígios dele), com algumas ramificações, cobria a região que hoje conhecemos do litoral de São Paulo (Cananéia e São Vicente) e de Santa Catarina (Floripa); após vencer o planalto brasileiro e atravessar os rios Paraná (Guaíra) e Paraguai (Porto Casado), alcançava os Andes em Potosi para seguir a Cusco, capital do império Inca, e depois a cidade de Arequipa, finalizando no litoral do Pacífico, integrando toda esta vasta região da América do Sul.

O leito do Peabirú era uma valeta de 1,40ms de largura e 40 cms de profundidade em média, forrado por uma gramínea que impedia a erosão e o crescimento de outra vegetação. Há registros de que em determinados trechos as suas margens eram cobertas de árvores frutíferas para beneficiar o caminhante; e ainda que foram instaladas algumas praças para o deslumbre da paisagem. A grandiosidade do engenho humano (as inclinações do terreno e as passagens por desfiladeiros e rios) superava em muito às edificações romanas e egípcias.

Se fazemos referência a esse monumento erigido pelos ancestrais dessa região é para advogar que a nós latinos americanos cabe traçarmos nosso próprio

caminho em busca de uma integração dos povos que habitam esse vasto território latino americano, em que os valores da liberdade e igualdade não sejam apenas promessas, mas sim conquistas nossas. Peabirú tem esse significado: o caminho que se inicia.

Bibliografia e Livros Consultados:

- KEATING, Vallandro; e MARANHÃO, Ricardo. *“Caminhos da Conquista. A Formação do Espaço Brasileiro”*. Ed. Terceiro Nome. SP. 2008.
- VEGA, Inca Garcilaso de La. *Comentários Reales de los Incas*.Ed. Fondo de Cultura Economica. México. 2005.
- LIMA, José da Silva. *A Peregrinação- Percursos e Palavra*. Ed. Imprensa Nacional-Casa da Moeda. Lisboa. 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*. Ed. Bookseller. SP. 2003.
- JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade- Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Ed. Contraponto. RJ.
- AGANBEM, Giorgio. *O Uso dos Corpo (Homo Sacer, IV,2)*. Ed. Boitempo. SP. 2014.
- ATTAR, Farid ud-Din. *A linguagem dos Pássaros*. Ed. Attar. SP. 2ª. Ed.
- KOERNER, André. *O Habeas Corpus na prática judicial brasileira 1841-1920*. Tese de Doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. 1998.