



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL**

**A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *HABEAS CORPUS* E SUA
IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL COMO FORMA
DE RESGUARDAR O DIREITO DE LIBERDADE**

Márcio Vítor Meyer de Albuquerque

Fortaleza - CE
Novembro - 2007

MÁRCIO VÍTOR MEYER DE ALBUQUERQUE

**A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *HABEAS CORPUS* E SUA
IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL COMO FORMA
DE RESGUARDAR O DIREITO DE LIBERDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof.º Dr. Roberto Martins Rodrigues.

Fortaleza - Ceará
2007

MÁRCIO VÍTOR MEYER DE ALBUQUERQUE

**A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *HABEAS CORPUS* E SUA
IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL COMO FORMA
DE RESGUARDAR O DIREITO DE LIBERDADE**

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Dr. Roberto Martins Rodrigues
UNIFOR

Prof.º Dr. Rosendo de Freitas Amorim
UNIFOR

Prof.ª Dra. Maria Vital da Rocha
FA7

Dissertação aprovada em: 06/12/2007

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Roberto Martins Rodrigues, por ter me ajudado nesta tarefa. Aos professores que se dispuseram a compor a banca examinadora, professor Rosendo de Freitas Amorim e professora Maria Vital da Rocha. Todos dignos do meu carinho e respeito, pois além do vasto conhecimento que possuem, todos foram meus professores.

À professora Núbia Maria Garcia Bastos, por ter me ajudado na metodologia desta pesquisa. Ao professor José Ferreira Silva Bastos, por ter feito a correção gramatical deste trabalho.

À Dra. Cristiane Gadelha Cavalcante, diretora do Instituto Penal Professor Olavo Oliveira 2, pela gentileza de ter me recebido nas dependências daquele estabelecimento bem como por ter me orientado sobre o funcionamento da estrutura daquele presídio.

Aos meus pais, que sempre me motivaram e contribuíram para que fosse possível a conclusão desta pesquisa.

A todos os meus parentes e amigos, que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

O direito de liberdade é uma das maiores garantias constitucionais do ser humano. O *habeas corpus* tem como propósito resguardar tal direito, bem como a ameaça a esse direito. A Constituição Federal e o Código de Processo Penal prevêem tal remédio, bem como disciplinam como ele pode ser utilizado. O referido remédio deve ser analisado com a maior brevidade possível pelo Poder Judiciário, pois uma possível arbitrariedade, que afete o direito de liberdade, não deve ser aceita em um Estado Democrático de Direito. É muito comum em Fortaleza haver por parte do Poder Judiciário desrespeito no tocante à liberdade do cidadão. Isso pode ser constatado quando se vê que na Capital só existe uma Vara de Execução Penal, que é responsável por todos os presos definitivos dos presídios que ficam próximos a Fortaleza. Muitos detentos já poderiam ter direito a diversos benefícios, dentre eles: o livramento condicional, a progressão, etc. Acontecem até casos de presos que já cumpriram a sua pena e ainda ficam retidos no presídio. A pesquisa, além de analisar o histórico do *habeas corpus*, bem como sua forma de impetração, procura também explorar os excessos cometidos pelo Poder Judiciário no tocante ao cumprimento da pena pelo preso.

Palavras-chave: *Habeas-corpus*. Liberdade. Constituição.

ABSTRACT

The right of freedom is a major constitutional guarantee of human beings. The “habeas corpus” is to protect this right, and the threat to that law. The Federal Constitution and the Code of Criminal Procedure provide that remedy, and govern as it can be used. The remedy should be examined as soon as possible by the Judicial Power, as a possible arbitrariness, which impairs the right of freedom should not be accepted in a Democratic State of Law. It is very common in Fortaleza that there is by the Judiciary, disrespect concerning the freedom of the citizen. This can be seen when we see that there is only one Jurisdiction of Criminal Enforcement in the Capital, which is responsible for all inmates of prisons that are definitive from the prisons that are near Fortaleza. Many detainees could already be entitled to several benefits, among them: the conditional freedom, the progression, and so on. But even cases of prisoners who have already fulfilled their sentence and are still retained in prison. The research, besides examining the history of “habeas corpus”, as well as their form of impetrating, also seeks to explore the excesses committed by the Judiciary regarding the enforcement of the prison sentence.

Keywords: Habeas Corpus. Freedom. Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO <i>HABEAS CORPUS</i>	12
1.1 O <i>Habeas Copus</i> no Direito Português.....	16
1.2 O <i>Habeas Copus</i> no Direito Espanhol.....	17
1.3 O <i>Habeas Copus</i> no Brasil.....	18
1.4 A Doutrina brasileira no <i>habeas corpus</i>	23
2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	31
2.1 Espécies.....	32
2.2 Legitimidade ativa.....	32
2.3 Legitimidade passiva. Autoridade coatora.....	34
2.4 Admissibilidade.....	36
2.5 Quando não houver justa causa.....	39
2.6 Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo.....	42
2.7 Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.....	43
2.8 Quando estiver extinta a punibilidade.....	55
2.9 Quando o processo for manifestamente nulo.....	61
2.10 Não oferecimento de pena ou medida alternativa.....	64
3 DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SEU PROCESSAMENTO.....	67
3.1 Formas de impetração.....	70
3.2 Processamento.....	72
3.3 Do julgamento.....	77
3.4 Recursos.....	80
3.5 Sentença no <i>habeas corpus</i>	83
4 PESQUISA DE CAMPO FEITA NO INSTITUTO PENAL PROFESSOR OLAVO OLIVEIRA 2.....	88
4.1 Estrutura do presídio e o tratamento conferido aos presos.....	88

CONCLUSÃO.....95
REFERÊNCIAS.....99

INTRODUÇÃO

Neste trabalho será abordada a importância do instituto do *habeas corpus*, desde o seu aparecimento no cenário mundial, observando-se o caráter histórico desse instituto, bem como o seu surgimento no Brasil, verificando a sua incidência no âmbito constitucional, bem como na lei processual penal.

A pesquisa pautou-se na análise da Legislação, no caso o Código de Processo Penal e seus vários artigos que tratam sobre o tema. Outras Leis extravagantes foram comentadas, traçando-se um paralelo sobre quando há necessidade de se impetrar o *writ* constitucional. A doutrina pertinente também foi colacionada. Várias jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal, foram acostadas como forma de se verificar a incidência do *habeas corpus* nesses Tribunais. Também foi feita pesquisa de campo em um presídio da região, no Município de Itaitinga, para se averiguar a forma como era cumprida a pena privativa de liberdade por parte dos presos e como era administrado pelo estabelecimento tal cumprimento.

No Direito Romano havia um dispositivo chamado *interdictum de libero homine exhibendo* (interdito para exibir homem livre), o qual procurava resguardar a exibição de um homem livre que tivesse sido detido ilegalmente. Salienta-se que, naquela época, os próprios magistrados obrigavam homens livres a lhes prestar serviços. Dessa forma a noção de liberdade nessa época em nada se assemelha ao que se vê nos dias atuais.

A doutrina apresenta como marco do surgimento desse instrumento, pelo menos nos moldes semelhantes ao da atualidade, a implementação do *habeas corpus* na Magna Carta de 1215, outorgada pelo rei João Sem Terra, na Inglaterra.

No Brasil tal instituto foi utilizado desde a época do império, porém, em nível constitucional, só veio constar explicitamente na Carta Magna de 1891. Em nível infralegal, surgiu no Código de Processo Criminal de 1832.

Figura de extrema importância para o crescimento desse instrumento na época republicana no Brasil foi Rui Barbosa. Será apresentada a análise da participação desse jurista para o fortalecimento desse remédio, inclusive com a análise da chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.

O referido “*writ*” tem como objetivo resguardar a liberdade das pessoas no momento 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.

Hoje, o instituto do *habeas corpus* consta da Constituição de 1988, no art.5º, erguido à condição de garantia fundamental, alcançando assim *status* de cláusula pétrea, já que o art. 60 § 4º dispõe da seguinte forma: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”.

Dessa forma, serão tratadas, nesta pesquisa, a defesa e a ampliação da garantia do *habeas corpus*. Serão também debatidas formas de dar mais celeridade aos julgamentos de processos que tratem de *habeas corpus*, inclusive formas de punição aos magistrados que não apreciarem de forma célere e imparcial referido remédio constitucional.

O Código de Processo Penal prevê tal instituto a partir do art. 647, sendo certo que tal pesquisa irá se ater aos diversos tipos de *habeas corpus* previstos na Lei Adjetiva Penal, dentre eles o preventivo, o liberatório ou repressivo.

É uma garantia que vem resguardar o Estado Democrático de Direito e uma das maiores prerrogativas inerentes ao ser humano, que é a defesa da liberdade. O art. 654 do CPP deixa claro que tal remédio pode ser impetrado por qualquer pessoa.

O objeto de investigação da presente dissertação traz à colação o seguinte questionamento: até que ponto o Poder Público, por ilegalidade ou abuso de poder, vem desrespeitando a liberdade de locomoção do indivíduo e porque o Judiciário muitas vezes demora tanto para apreciar os pedidos de *habeas corpus*, principalmente, dos mais humildes?

Há de se ressaltar que, em muitos casos, verifica-se que pedidos de relaxamento de prisão ou de *habeas corpus* não são apreciados e muitos detentos que estão retidos, em virtude de prisões cautelares, ficam encarcerados além do tempo permitido, o que afronta o princípio constitucional da liberdade.

Além disso, foi verificada a questão daqueles detentos que, apesar de já terem sido condenados por uma sentença penal com trânsito em julgado, viu-se que, com o decorrer do cumprimento da pena, além de não terem a mínima possibilidade de ressocialização, em virtude da péssima estrutura carcerária encontrada na maioria dos presídios do país, a grande maioria não tem examinados alguns direitos fundamentais para o seu retorno à sociedade, como: progressão, livramento condicional, etc.

O trabalho ficou dividido da seguinte forma: no primeiro capítulo abordará a questão histórica do *habeas corpus*, bem como o surgimento desse instituto em outros países. Já o segundo capítulo trata do conceito e natureza jurídica do remédio heróico, momento em que será analisada a legitimidade para impetração do benefício, além dos casos que podem autorizar a utilização do *writ* constitucional.

O terceiro capítulo explanará a competência para julgamento do *habeas corpus*, bem como o seu processamento. Examinou-se, também, a questão dos recursos e das formalidades para a prolação da sentença do referido remédio.

No capítulo quatro, será apresentado resultado de pesquisa de campo feita no Instituto Professor Olavo Oliveira 2, que fica localizado em um Município de Itaitinga, próximo de Fortaleza. Esta pesquisa procurará verificar como ocorre o cumprimento de pena nesse presídio, as possibilidades de ressocialização de um detento que cumpre pena nesse estabelecimento, bem como se há abuso ou desvio por parte das autoridades responsáveis pelo presídio ou do próprio Judiciário capaz de ensejar a propositura do *habeas corpus*..

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *HABEAS CORPUS*

Embora alguns autores reconheçam traços do *habeas corpus* no direito romano clássico, sua melhor formulação só foi definida no direito inglês medieval, no qual o *writ of habeas corpus* consistia em diversas espécies de mandados proferidos pelas cortes inglesas quando se questionava alguma prisão.

No tocante ao aparecimento desse instituto em Roma, Marcos de Holanda diz o seguinte:

Nos casos de coação ilegal à liberdade de ir e vir passou-se a usar o Interdito *de Homine Libero Exhibendo*. Por ele, após prévio exame da capacidade processual, o Pretor determinava que o coator exibisse o paciente em público e sem demora. Caso o coator assim não fizesse era condenado ao pagamento de uma sanção pecuniária. Por este Interdito *de homine libero exhibendo*, o paciente, colocado em público, era visto, apreciado e, acima de tudo, ali, expurgava-se o segredo da prisão – ‘*Exhibere est in publicum producere et vivendi tangendique hominis facultatem praebere; prope autem exhibere este extra secretem habere.*’¹

Nesta audiência de apresentação, na qual estava presente o coator e o paciente, o Pretor ouvia as alegações deste para decidir, conhecer ou não do pedido. Concedida a ordem de liberdade, o paciente era, *incontinenti*, posto em liberdade.

Vale ressaltar que, nessa época, a plebe não era tratada de forma igualitária, sendo certo que sempre se dava prioridade aos interesses da classe dominante, daí que tal instituto não pode ser erguido ao *habeas corpus* semelhante ao que se tem hoje.

Contudo, segundo Alexandre de Moraes, os fundamentos do instituto somente tornam-se claros com a assinatura da Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei João Sem-Terra, após a revolta dos barões ingleses.² José Frederico Marques afirmou:

a *Magna Charta*, imposta pelos barões ingleses, em 15 de junho de 1215, ao rei João Sem Terra, foi ato solene para assegurar a liberdade individual, bem como para impedir a medida cautelar de prisão sem o prévio controle jurisdicional (retro n. 923). O modo prático de efetivar-se esse direito à liberdade – como lembra Costa Manso – foi estabelecido pela jurisprudência: expediam-se mandados (*writs*) de

¹ HOLANDA, Marcos de. **O habeas corpus ao alcance de todos**. Fortaleza: ABC, 2004. p.38.

² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.137.

apresentação, para que o homem (*corpus*) e o caso fossem trazidos ao tribunal, deliberando este sumariamente sobre se a prisão devia ou não ser mantida. Dos diversos *writs*, o que mais se vulgarizou foi o *writ of habeas corpus ad subjiciendum*, pelo qual a Corte determinava ao detentor ou carcereiro que, declarando quando e por que fora preso o paciente, viesse apresentá-lo em juízo, para fazer, consentir com submissão e receber – *ad faciendum, subjiciendum et recipiendum* – tudo aquilo que a respeito fosse decidido.³

Tourinho Filho também segue a mesma corrente e diz:

Os doutrinadores apontam suas origens na Magna Carta outorgada por João Sem-Terra, em 15-6-1215, ante as constantes pressões dos nobres e do clero, que evocavam velhos costumes saxônicos. Dizia, a propósito, o art.48 daquele diploma: ‘Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento de seus pares, de acordo com as leis do país’.⁴

Examinando-se tal artigo, chega-se à conclusão de que já havia uma noção, nessa época, de um mínimo de devido processo legal, bem como o respeito ao princípio da legalidade.

A Carta Inglesa de 1215 foi uma grande inovação para a humanidade, já que, por meio dela, o respeito à liberdade física do indivíduo passou a ser uma realidade. Por meio dela, fez-se nascer e proliferar uma nova era, consistente na conquista da liberdade, muitas vezes achatada pelo abuso, pela tirania e pelo despotismo. Hélio Tornaghi afirmou o seguinte:

O *habeas corpus* é, no Direito inglês do qual se origina uma ordem de apresentação pessoal de alguém, um mandado de condução. O juiz quer a presença física de alguma pessoa. Por isso expede uma ordem escrita (*writ*) para que seja apresentado o corpo da pessoa (*habeas corpus*), isto é, seja feita de corpo presente. Essa apresentação pode ter vários fins e, daí, os diversos tipos de *habeas corpus* (*ad deliberandum et recipiendum; ad faciendum; ad testificandum*). Mas a expressão *habeas corpus*, sem mais nada, *habeas corpus* por antonomásia, designa o *habeas corpus ad subjiciendum*, ordem ao carcereiro ou detentor de uma pessoa de apresentá-la, e de indicar o dia e a causa da prisão, a fim de que ela faça (*ad faciendum*), de que se submeta (*ad subjiciendum*) e receba (*ad recipiendum*) o que for julgado correto pelo juiz. Esse foi chamado, por William Blackstone, o mais célebre mandado (*writ*) do Direito inglês e baluarte permanente de nossas liberdades (*the stable balwark ou our libertatis*).⁵

Apesar da Carta de 1215 ter repercutido positivamente na Inglaterra, com apoio de toda a sociedade inglesa, ela, inúmeras vezes, foi transgredida e violada pelo próprio João Sem Terra. Após a morte do rei, as medidas arbitrárias não cessaram, o que levou os barões, em 1258, à luta no sentido de aprovar as chamadas “Provisões de Oxford”, como a Magna Carta, que foram juradas pelo rei.

³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.v.4. p.373.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.4. p.496.

⁵ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2. p. 382-3.

Com o passar dos tempos, o direito à liberdade individual garantido pela Magna Carta foi a cada momento tornando-se mais apagado e fugidio das aspirações inglesas, até que, no reinado de Carlos I, a campanha dos ingleses recomeçou. A velha ambição de liberdade incendiou novamente o ânimo daquele povo e as novas opressões ainda mais acentuaram a gravidade do momento histórico. Segundo a visão de Heráclito Antônio Mossin:

Observa-se que no reinado de Eduardo III, por exemplo, era ordenado que ninguém fosse detido a mando do rei, ou de seu conselho, sem que houvesse acusação legal e procedente, o que não era cumprido no reinado de Carlos I, já que pessoas eram presas e acusadas de traição como subterfúgio para a não obediência daquele preceito. Logo, ali não se configurava uma mera detenção, mas uma prisão de caráter extraordinário.⁶

O autoritarismo de Carlos I gerou a irritação e o repúdio da sociedade inglesa, levando o Parlamento de 1628 a convocar uma assembléia para a solução desse problema social. Nesse momento foi redigida a *Petition of Rights* (petição de direitos), a qual culminou com o restabelecimento do remédio do *habeas corpus*. Sobre o assunto, Pontes de Miranda destaca:

A liberdade física, direito absoluto, tirado da natureza humana, já tinha, desde 1215, na Inglaterra, a consagração que lhe dera o Capítulo XXIX da Magna Carta. Essa lei foi desrespeitada, esquecida e postergada a cada passo. Sem garantias sérias, sem remédios irretorquíveis, estava exposta, ora às decisões cobardes de certos juizes, ora às interpretações tortuosas dos partidários da ‘prerrogativa’.⁷

Verifica-se que, por volta de 1679, aquele importante direito natural do homem consistente em ir, vir e ficar, legítima conquista da sociedade inglesa daquela época e que inspirou as atuais legislações, já não ostentava seu reconhecimento pleno e sua aplicabilidade se mostrava consideravelmente acanhada, eis que, mesmo depois da Petição de Direito, as ordens de *habeas corpus* eram indeferidas a cada momento. Em alguns casos, apesar de ser deferido, o remédio não era obedecido. Era a vontade do dirigente que valia.

A arbitrariedade tinha de ter um fim, não podia continuar vigorando, visto que estava, inegavelmente, derrogando uma conquista altamente social e de vida para o povo inglês, porquanto a manutenção e a continuidade ao reconhecimento do natural direito de ir, vir e ficar, ou seja, da liberdade física do indivíduo, se tornava irreprochável. Heráclito Antônio Mossin, em outro trecho da sua obra, diz:

Como restou anotado por José Frederico Marques, inspirado nos ensinamentos de Pontes de Miranda, demonstrou, no entanto, a experiência, que não bastava a proclamação do princípio contido na Magna Carta, pois se tornava indispensável a regulamentação legislativa de seu processo. Veio então o que Blackstone denominou

⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2005. p.8.

⁷ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1955. p. 56.

de Segunda Magna Carta, isto é, o *Habeas Corpus Act* de 1679, destinado a disciplinar, processualmente, através de atos legais, a proteção ao direito de liberdade. Os preceitos da Magna Carta se mostravam ineficazes devido o insuficiente sistema processual: *but is had been inefficacious for want of a stringent system of procedure.*⁸

O *habeas corpus* constantemente era desrespeitado para garantir os interesses de uma classe dominante ou do próprio rei. Seria necessária uma atividade do legislativo no sentido de o referido instrumento não ficar à mercê da vontade da elite dominante.

Era necessária uma implementação no sentido de se erguer esse remédio como uma garantia individual, segundo ocorre na Constituição Federal de 1988, dando-se-lhe maior destaque, de maneira a evitar que tal remédio ficasse tão achatado em determinados momentos.

Era impositivo que também houvesse uma lei processual que tratasse acerca do procedimento a ser seguido quando houvesse necessidade da propositura de tal remédio. No Brasil o Código de Processo Penal determina como deve ser o rito de tal instrumento. Heráclito Antônio Mossin, ao examinar o referido *habeas corpus Act*, diz o seguinte:

Efetivamente, extrata-se daquela lei declarativa de direito, sob o título de *An act for better securing the liberthy of the subject, and for prevention of imprisonments beyond the sea*, que a sua composição era de caráter processual, bastando para tanto a singular verificação de seu conteúdo; (1) que toda pessoa presa, e não detida por um caso de traição ou felonía, especialmente indicada na ordem de prisão, deve: (a) receber do *lord chancellor*, ou, à requisição desse, de um dos magistrados presente em Londres, dentre os doze juizes do reino, ordem de *habeas corpus*, em virtude da qual deve ser a dita pessoa conduzida à presença do magistrado que expediu a ordem, ou perante um outro juiz obrigado a relaxar a prisão se a pessoa puder prestar caução, sob o ajuste de se apresentar aos tribunais ordinários; (b) que todas as pessoas presas por casos determinados de traição podem exigir que as submetam à acusação, ou lhes admitam prestarem caução, na primeira semana da vacância mais próxima, ou no primeiro dia da sessão seguinte dos juizes de correção, salvo se a impossibilidade de produzir os testemunhos do rei, nesses lapsos, for assentada por um juramento. À pessoa presa, que em seguida não tenha sido submetida à acusação e julgada na vacância ou sessão judiciária, deve ser relevada a prisão, que se decretou contra ela pelo delito em questão; (2) se alguma ordem de prisão for apresentada a um dos doze juizes, ou ao *lord chancellor*, e ele se recusar a dar um writ de *habeas corpus*, incorrerá na multa de 500 libras esterlinas, em proveito da parte lesada; (3) nenhum habitante da Inglaterra, à exceção dos criminosos condenados, que solicitar deportação poderá ser transportado como prisioneiro para a Escócia, para a Islândia, para as ilhas de Jérsia ou outros lugares de além-mar compreendidos ou não nos territórios do domínio britânico. Todo contraventor incorre, em proveito da parte lesada, na multa de 500 libras esterlinas, aumentada do triplo das custas, na perda da capacidade de exercer qualquer cargo honorífico e nenhum emprego público assalariado, assim como em penas do *proenumere*, sendo interdito perdoar-lhe [...].⁹

⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.10.

⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.11.

Examinando-se tal instituto, verifica-se que esta Lei garantia o direito de o cidadão ter uma audiência com o magistrado responsável ou, no caso, o “lord”, no sentido de se verificar se tal prisão era legal ou ilegal e a possibilidade de ser deferido o *habeas corpus*. A Lei deixava claro ainda que se não fosse concedido tal remédio por parte dos juízes, poderia ser aplicada uma multa. A multa é inexistente no Brasil, o máximo que a pessoa pode fazer é processar disciplinarmente o magistrado, o que muitas vezes é ineficaz. Também era resguardada a prisão no próprio país, pelo menos para os ingleses. Não era admitido o banimento.

1.1 O *Habeas Corpus* no Direito Português

Tal instrumento foi inspirado no direito inglês, na Declaração de Direitos do Congresso de Filadélfia, de 1774, e também na Declaração de Direitos proclamada pela Assembléia Legislativa Francesa, em 1789.

Segundo Heráclito Antônio Mossin, o instituto do *habeas corpus* foi recebido pela primeira vez pela Constituição Portuguesa de 1911, em seu art. 3º, n. 31, nos seguintes termos:

A Constituição garante a portugueses e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade nos termos seguintes: 31. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o individuo sofrer ou se encontrar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder. A garantia do *habeas corpus* só se suspende nos casos de estado de sítio por sedição, conspiração, rebelião ou invasão estrangeira. Uma lei especial garantirá a extensão desta garantia o seu processo.¹⁰

Nota-se a semelhança de tal instrumento se comparado com o que dispõe a Constituição Federal de 1988, no seu art.5º, LXVIII, onde se lê: “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”.¹¹

Também a atual Constituição brasileira prevê a restrição do *habeas corpus* no período do estado de sítio. A lei especial de que trata a Constituição Portuguesa é exatamente uma espécie de Código de Processo Penal dando conta do procedimento do referido instrumento, conforme funciona aqui no Brasil.

¹⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.18-19.

¹¹ MORAES, Alexandre de. (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.33.

Heráclito Antônio Mossin faz questão de analisar a evolução de tal instrumento na legislação portuguesa até a Constituição atual da seguinte forma:

Ainda, sob o aspecto infraconstitucional, a Lei n. 43, de 26 de setembro de 1986 (Lei de Autorização), em seu art. 2º, n. 2, alínea 39, também estabeleceu a garantia do *habeas corpus*, a ser requerido no Supremo Tribunal de Justiça em petição apresentada perante a autoridade à ordem da qual o interessado está preso, enviando-se a petição de imediato, com a informação que no caso for conveniente, cabendo àquele colegiado deliberar no prazo de oito dias.

A vigente Constituição da República Portuguesa agasalha o instituto abordado em seu art. 310, n. 1, conforme a seguinte redação: 'Haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a interpor perante o tribunal judicial ou militar, consoante os casos'.¹²

Analisando-se o disposto na Constituição portuguesa verifica-se que se trata de um direito subjetivo (direito-garantia) reconhecido para a tutela de um outro direito fundamental, dos mais importantes, o direito à liberdade da pessoa. Em razão de seu fim, o *habeas corpus* há de ser de utilização simples, isto é, sem grandes formalismos, rápido na atuação, pois a violação do direito de liberdade não se compadece com demoras injustificadas. Estas características são em geral reconhecidas em todas as legislações que acolhem o *habeas corpus*, inclusive no Brasil.

1.2 O *Habeas Corpus* no Direito Espanhol

Da mesma forma como prevista na legislação portuguesa, a espanhola prevê o instituto do *habeas corpus* em sua Constituição, como instrumento protetor das pessoas detidas ilegalmente. Heráclito Antônio Mossin, citando os ensinamentos de Antonio Maria Lorca Navarrete, diz que:

as constituições que são verdadeiramente tais caracterizam-se, precisamente, porque estabelecem um sistema jurídico e político que garante a liberdade dos cidadãos e porque supõe, por conseguinte, algo mais que uma mera racionalização dos centros de poder. Nossa Constituição tem configurado, seguindo essa linha, um ordenamento cuja pretensão máxima é a garantia da liberdade dos cidadãos, e isso a ponto de que a liberdade resta instituída, por obra da própria Constituição, como um valor superior do ordenamento. Daí que o texto constitucional regule com meticulosidade os direitos fundamentais, articulando umas técnicas jurídicas que possibilitam a eficaz salva-guarda dos ditos direitos, tanto frente aos particulares, como, muito especialmente, frente aos poderes políticos.¹³

Examinando-se tal comentário, nota-se que a liberdade seria um valor fundamental na referida Constituição, da mesma forma como é prevista no *caput* do art. 5º da Carta Magna brasileira. Além disso, segundo o autor, há uma forte preocupação na Constituição espanhola

¹² MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.20.

¹³ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.21.

de se resguardar arbitrariedades oriundas do próprio poder público, evitando-se aquilo que aconteceu na Inglaterra após o surgimento formal do *habeas corpus*, em 1215, conforme já fora comentado. Segundo Heráclito Antônio Mossin:

O *habeas corpus* surge como garantia fundamental da liberdade física do cidadão, quando a pessoa sofrer prisão arbitrária ou, quando na manutenção de sua privação de liberdade, não se tiverem cumprido as formalidades legais ou quando permanecer retido por prazo superior a 72 horas, como as que ocorrerem em situação de prisão legal ou não sejam respeitados os direitos que a Constituição e as leis processuais garantam a todas as pessoas encarceradas. O *habeas corpus* também terá incidência quando em situações de tortura, maus-tratos e relativamente aos que ilicitamente ou contra sua vontade tenham sido internados em qualquer estabelecimento ou lugar, como clínicas, sanatórios psiquiátricos, colônias, residências, asilos etc.¹⁴

Segundo os comentários do aludido autor acerca de tal remédio na Espanha, o mesmo tem uma abrangência mais ampla, pois além de resguardar o direito de liberdade, ou seja, de ir e vir, também serve de instrumento para garantir o respeito à dignidade de quem esteja encarcerado.

Vale ressaltar que, como será abordado mais à frente, muitos detentos se encontram retidos no Brasil em diversos presídios e o que se vê é uma falta de estrutura no tocante aos mínimos direitos do preso, previstos tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84). Tal situação no sistema carcerário brasileiro reflete um verdadeiro desrespeito aos direitos humanos. O *habeas corpus* aqui, na maioria das vezes, em razão de o detento já ter sido condenado em virtude de uma sentença transitado em julgado, não tem o efeito de resguardar os direitos dos presos, conforme se vê na legislação espanhola.

1.3 O Habeas Corpus no Brasil

No período colonial brasileiro, período regido pelas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, apesar de posteriores ao ano de 1215 que surgiu o *habeas corpus* inglês, não havia conhecimento de tal instituto no país.

No Brasil, apesar de introduzido com a vinda de D. João VI em 1808, quando expedido o decreto de 3-5-1821, e implícito na Constituição Imperial de 1824, que proibia as prisões arbitrárias, o *habeas corpus* surgiu expressamente no direito pátrio a partir do Código de Processo Criminal de 1832, e elevou-se à regra constitucional na Carta de 1891. Ainda no ano de 1871, ocorreu um grande avanço do “*writ*”, através da Lei 2033, que se estendeu aos

¹⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.22.

estrangeiros, visto que antes era exclusivo dos cidadãos brasileiros. Pontes de Miranda diz o seguinte acerca do Decreto de 1821:

Logo após a partida de D. João VI para Portugal, foi expedido o decreto de 23 de maio de 1821 referendado pelo Conde dos Arcos: “Vendo que nem a Constituição da Monarquia Portuguesa nem as disposições expressas da Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reforma da Justiça de 1582, com todos os outros alvarás, cartas régias e decretos de meus augustos avós, têm podido afirmar, de modo inalterável, como é de direito natural, a segurança das pessoas; e constando-me que alguns governadores, juizes criminaes e magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com os pesos de ferros, homens que se congregavam por os bens que lhes oferecera a instituição das sociedades civis, o primeiro dos quais é sem dúvida a segurança individual; e sendo do meu primeiro dever e desempenho de minha palavra promover o mais austero respeito a lei e antecipar quando se possa os benefícios de uma Constituição liberal; hei por bem excitar pela maneira mais eficaz e rigorosa a observância da sobremencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este Decreto ordeno: 1º) que desde sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso do flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente; 2º) que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem proceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes, assim o fato que em lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que obrigue à prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinqüente; 3º) que, quando se acharem presos os que assim forem indicados criminosos, se lhes faça imediata e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de quarenta e oito horas peremptórias, principiando-se sempre que isso possa ser, por a confrontação dos réus, com as testemunhas que os culpavam, e ficando abertas e públicas todas as provas que houverem, para assim facilitar os meios de justa defesa, que a ninguém se deve dificultar ou tolher [...]”¹⁵

A preocupação do Decreto, segundo o referido autor, seria inicialmente no tocante às arbitrariedades cometidas por governadores, magistrados, pois os mesmos mandavam prender sem haver indícios de culpa. Além disso, todo o procedimento era feito de forma sigilosa. A partir daí, a primeira determinação desse decreto era que a prisão só poderia ser determinada por um juiz criminal através da comprovação da culpa, demonstrada através da oitiva de testemunhas. Dessa forma é um primeiro passo para se resguardar um devido processo legal e procurar se evitar prisões arbitrárias.

Depois de preso, o processo deveria ser instaurado, sendo certo que o mesmo teria um prazo de 48 horas para terminar. Além disso, as testemunhas seriam ouvidas e seria resguardada a publicidade das audiências. A ampla defesa também estava prevista, porém nos moldes daquela época. Nesse sentido, destaca Eduardo Espínola:

¹⁵ MIRANDA, Pontes de, op.cit.,1955. p.56.

Entre nós, teve a liberdade individual o seu respeito solenemente protegido pelo dispositivo, em que a primeira Constituição brasileira, a de 1824, proclamava: ‘Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz, e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará atenta a extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador e os das testemunhas, havendo-as’ (art.179 § 8º).¹⁶

Essas garantias individuais estão alinhadas na atual Constituição Federal e no Código de Processo Penal em vigor, daí a vertiginosa importância que teve aquela legislação.

Apesar de não fazer menção aquele Diploma ao *habeas corpus*, nada mais claro que a necessidade de um instrumento legal capaz de abarcar os direitos individuais ali contidos. Diante dessa razão, fica assentado que essa legislação foi a primaz para o surgimento do writ tutelador do direito de ir, vir e ficar do cidadão no Brasil.

Embora lavrada dentro de um espírito liberal, a Constituição do Império, datada de 1824, não fez menção ao *habeas corpus*, não obstante podia tê-lo feito em face de seu conteúdo, que ao que tudo indica foi inspirado no Decreto de 23 de maio de 1821. Heráclito Antônio Mossin também destacou o inciso 8º, do art. 179, da referida Constituição:

Ninguém poderá ser preso sem culpa formada exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de vinte e quatro horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz, e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador e os das testemunhas, havendo-as.¹⁷

Com o advento do Código do Processo Criminal de 1832 – Lei de 29 de novembro de 1832 – é que instrumentalmente veio regulado o *habeas corpus*, na forma de seu art. 340, *in integrum*: Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir ordem de *habeas corpus* em seu favor. Eis, aqui, portanto, o surgimento do *writ* no direito brasileiro. De acordo com a obra citada de Mossin:

Esse Código do Processo Criminal disciplinou também o pedido de *habeas corpus*, o qual tinha de ser feito por meio de petição, que carece de ser fundamentada, posto que o requerente estava obrigado a apresentar as razões em que se fundava a persuasão da ilegalidade da prisão (art. 341).¹⁸

¹⁶ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980. p.8-9.

¹⁷ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.28.

¹⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.31.

Exigia também, aquele diploma, que na ordem de *habeas corpus* se devia, explicitamente, ordenar ao detentor ou carcereiro que, dentro de certo tempo e em certo lugar, viesse apresentar, perante o juiz ou tribunal, o queixoso, e dar as razões de seu procedimento.

Agora é impositivo no Brasil, com as alterações sofridas no Código de Processo Penal, que se houver flagrante deve o mesmo ser remetido para o juiz no prazo de 24 horas. Além disso, é garantido, segundo à Lei, o direito de o preso ter contato com o defensor público. Mossin ainda destaca outros artigos previstos no diploma de 1832:

Por seu turno, o art. 353 desse estatuto processual dispunha que a prisão seria julgada ilegal quando: 1) não houvesse uma justa causa para ela; 2) quando o réu estivesse na cadeia sem ser processado, por mais tempo do que marcava a lei; 3) quando seu processo estivesse devidamente nulo; 4) quando a autoridade que o mandou prender não tivesse direito de o fazer; 5) quando já cessado o motivo que justificava a prisão. Para encerrar o resumo proposto, o art. 355 desse estatuto processual penal previa a requisição de informações da autoridade que ordenou a prisão¹⁹.

Ao se fazer um paralelo desse diploma com o atual, é possível detectar diversas semelhanças. Tanto isso é verdade que, no atual CPP, o de 1941, o art. 648 deixa claro que a coação será ilegal: II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei, III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo, IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação. Comprovado está que o estatuto de 1832 serviu de base para o Código de Processo Penal, onde se tem o procedimento do *habeas corpus*.

Depois a legislação sobre o *habeas corpus* sofreu ligeiras modificações pela Lei de 3 de dezembro de 1841, do Regulamento n. 1.120, de 31 de janeiro de 1842, em que ficou previsto o recurso de ofício quando fosse a ordem concedida. Quanto ao mais, a legislação processual anteriormente enfocada restou mantida. Heráclito Antônio Mossin, ao examinar a evolução de tal instituto, diz:

Em linhas gerais, é preciso deixar claro que aqueles regramentos jurídicos alinhados no Código do Processo Criminal de 1832, em quase toda sua totalidade, restaram mantidos no correr da República (Constituição de 1891, art. 83) até o Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, bastando para tanto singela leitura de seu arts. 647 e seg. Tornando a volver as vistas para a situação de tipicidade prevista nos arts. 183 e 184 do Código Criminal de 1830, pode-se afirmar que a partir da previsão do *habeas corpus* no Código do Processo Criminal de 1832, aquelas normas penais sancionatórias deixaram de ser inócuas, já que as condutas nelas proibidas poderiam ser levadas a efeito.²⁰

¹⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005.p.32.

²⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.32-33.

Para encerrar a fase da monarquia, vale mencionar a importância da Lei nº 2033 de 1871. Segundo essa Lei, o remédio não serviria apenas para o constrangimento à liberdade individual, mas também teria o objetivo de rechaçar o constrangimento iminente. Nesse sentido, Eduardo Espínola Filho diz o seguinte:

Completo-se, em 1871, a evolução do instituto, no direito brasileiro, quando a lei n. 2033, de 20 de setembro, focalizando o caso de ameaça à liberdade individual, determinou não ser o *habeas corpus*, apenas remédio contra o constrangimento já objetivado, e, sim, também contra o projetado e iminente; dispôs, com efeito, a art.18: ‘ Os juizes de direito poderão expedir ordem de *habeas corpus* a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do chefe de polícia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a título de recrutamento, não estando ainda alistados como praças do Exército ou Armada. A superioridade de grau na ordem da jurisdição judiciária é a única que limita a competência da respectiva autoridade em resolver sobre as prisões feitas por mandados das mesmas autoridades judiciais’; e o § 1º acrescentou: ‘ Tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas corpus*, ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado’.²¹

Elevado à categoria de direito constitucionalmente garantido, imutável, portanto pela legislação inferior, o *habeas corpus* apresenta-se na Carta Magna de 1891 da seguinte forma: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder (art.72§22)”.

Mantém-se, portanto, o *habeas corpus* preventivo de acordo com a expressão “iminente perigo”, além de sua acessibilidade a qualquer indivíduo, nacional ou estrangeiro. Contudo, a ausência de menção expressa ao tradicional direito tutelado de ir e vir, adicionado a termos imprecisos como “violência” e “abuso de poder” provocaram o grande debate que ocasionou a formação da doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Havia uma tendência conservadora com relação à concessão do *habeas corpus*. Apesar de ser um instrumento presente na Constituição da República, referido remédio ainda era utilizado nos moldes retrógrados do império.

Um dos grandes lutadores da versão liberal desse instrumento foi o político baiano Rui Barbosa. Além da questão da locomoção, Rui Barbosa entendia que o uso do “*writ*” poderia ser concedido quando qualquer tipo de violência ou ameaça à liberdade da pessoa fosse cometido, como no caso da liberdade de manifestação de pensamento. Já Pedro Lessa, outro grande jurista da época, defendia a limitação para a concessão da figura do “*writ*” somente para os casos de liberdade de locomoção. Tourinho Filho, ao analisar tal situação, dispôs o seguinte:

²¹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, op.cit.,1980. p.12.

A polêmica foi memorável, pois na liça estavam dois gigantes: Ruy Barbosa e Pedro Lessa. O primeiro, interpretando o texto constitucional, não encontrava limites para a concessão do *writ* e, por isso mesmo, acentuava: ‘onde se der a violência, onde o indivíduo sofrer ou correr risco próximo de sofrer coação, se essa coação for ilegal, se essa coação produzir-se por excesso de autoridade, por arbítrio dos que a representam, o *habeas corpus* é irrecusável’.²²

Disso decorria que as violações de direitos civis estavam também sujeitas à correção pelo *habeas corpus*. A Emenda Constitucional de 1926, contudo, limitou o seu cabimento à proteção da liberdade de locomoção, com um enunciado essencialmente idêntico ao que consta, hoje, do art. 5º, LXVIII: conceder-se-á “*habeas corpus*” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não cabe, porém, em relação a punições disciplinares militares (art. 142, § 2º).

1.4 A Doutrina brasileira do *habeas corpus*

A mudança da Monarquia para República não trouxe os benefícios sociais esperados pela sociedade. Na realidade mudavam-se as elites, mas a população ficava à mercê da política nacional.

No início da República Velha, inúmeras arbitrariedades foram cometidas, vários levantes ocorreram, tais como: a Revolta da Armada, a Revolta Federalista, a Revolta da Chibata, dentre outras.

O Executivo decretava sucessivos estados de sítio, além de várias intervenções federais nos Estados. Os direitos individuais não eram respeitados.

Além disso, o voto só era permitido aos homens alfabetizados. Mulheres estavam excluídas desse processo. Também não havia o voto secreto.

Com a política dos governadores, intensificava-se a intervenção nos Estados. O coronelismo era uma forma de se garantir a escolha dos candidatos indicados pelo presidente da República. A fraude e o voto de cabresto eram comuns nessa época. A Comissão de Verificação de Poderes “degolava” o deputado ou senador opositor que conseguia eleger-se em qualquer Estado.

Contra esses desmandos e arbitrariedades é que começa a aparecer no país, sob a liderança de Rui Barbosa, a ampliação da figura do *habeas corpus*.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op.cit., 1997. v.4. p.498.

O Supremo Tribunal Federal viu à sua frente, diante de tantos pedidos de *habeas corpus*, uma única alternativa, ampliar o referido instrumento através da interpretação *lato* do art. 72 §22 da Constituição de 1891. Dessa forma era atendida a proposta liberal do *habeas corpus* defendida por Rui Barbosa. É nesse momento que surge a doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Tal medida era necessária porque, até então, não havia na lei brasileira, nem na Constituição, a existência de outros instrumentos que garantissem a efetiva defesa dos direitos fundamentais e sociais, como: o mandado de segurança, o mandado de injunção, etc.

Os Estados Unidos também seguiram o mesmo exemplo. A década de 60 foi marcada por inúmeras turbulências no cenário político e social americano. Pode ser citada a campanha a favor dos direitos civis, as marchas pela liberdade dos negros, destacando-se a figura de Martin Luther King, o renascimento da Ku-Klux-Klan, as inúmeras ilegalidades praticadas por governadores dos Estados desacatando até decisões da Suprema Corte. Diante de tais violências e da falta de um instrumento adequado para a defesa dos direitos que estavam sendo desrespeitados, a Suprema Corte decidiu ampliar a interpretação de um remédio ainda desconhecido, o *habeas corpus*.

Dessa forma, a Justiça Americana concedia uma maior proteção dos direitos individuais, especialmente no campo do direito criminal. Através da ampliação do *habeas corpus*, foram corrigidas interpretações errôneas do governo americano acerca do papel do Judiciário em nível institucional e constitucional.

No Brasil, até a Reforma de 1926, o *habeas corpus* era um instrumento que serviria para defender não só o direito de locomoção, mas poderia servir como defesa de direitos políticos, sociais, dentre outros. O trabalho dos juizes ao nível hermenêutico seria fundamental para dar mais credibilidade ao *habeas corpus*, já que referido remédio tinha inúmeras funções.

Para demonstrar as inúmeras utilidades do *habeas corpus*, podem ser mencionadas as diversas jurisprudências da época que fazem parte da doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Um exemplo na esfera política foi o caso ocorrido no Ceará, quando da deposição do governo de Nogueira Accioli. No seu lugar assumiu o governo o candidato do Catete, Franco Rabelo.

O problema é que houve resistência no Ceará, por parte de deputados opositores que se sediaram na cidade de Juazeiro do Norte. A rebelião foi comandada pelo padre Cícero Romão Batista.

O então governador do Ceará, Marcos Franco Rabelo, impetrou o *habeas corpus* nº 3513, alegando que o governo, com manifesta ilegalidade e abuso de poder, vinha praticando atos de violência contra os representantes do Ceará. Segundo a transcrição de parte do acórdão, resumido por Lêda Boechat Rodrigues, o Governo Federal estava apoiando o movimento dos revoltosos que estavam sob a liderança do Padre Cícero. O governo estadual solicitou a intervenção federal que foi negada. O fato é que o fundamento do referido remédio era que um governo legitimamente eleito estava sendo desrespeitado pelas forças federais que estavam do lado dos revoltosos.²³

Esse caso é um exemplo de *habeas corpus* que pugnava pelo respeito aos princípios federativos da República que estavam sendo desrespeitados. A decisão dos ministros foi no sentido de dar como prejudicado o referido pedido, pois já havia sido decretada a intervenção federal no Ceará.

Foi Rui Barbosa, inexoravelmente, quem deu a mais larga e ampla abrangência ao texto da Carta republicana de 1891. Para ele, o *writ* não se operava instrumentalmente só para amparar a liberdade física do indivíduo, ia além, posto que em seu âmbito deveria compreender qualquer que fosse a liberdade, qualquer direito individual transgredido por arbitrariedade ou ilegalidade. A Constituição Federal contém regras que devem ser interpretadas em termos amplos, não podendo ser restringidas apenas para compreender a circunscrição do remédio constitucional relativamente aos abusos ou ilegalidade cometidas contra a liberdade física ou de locomoção. Sobre tal assunto, Eduardo Espínola Filho disse o seguinte:

Constituiu-se, entanto, Ruy Barbosa, no mais representativo defensor da tendência ampliativa, em cujo apoio escreveu páginas, que sempre se recordam, para amparo da interpretação liberal. Em 1893, em editorial que o Jornal do Brasil publicou aos 15 de agosto, defendendo a pertinência do *habeas corpus* para garantia da livre manifestação do pensamento pela imprensa, sem dependência de censura, como assegurado no art. 72, § 12, da Constituição, à afirmação de cogitar-se, segundo a própria expressão do texto, de uma liberdade, ou de uma das manifestações dela, acrescentava, transcrito o § 22 do mesmo artigo: onde se der violência, onde o indivíduo sofrer ou correr risco próximo de sofrer coação, se essa coação for ilegal, se essa coação produzir-se por excesso de autoridade, por arbítrio dos que a

²³ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p.77.

representam, o *habeas corpus* é irrecusável. Não há, portanto, em face da nossa lei constitucional, base alguma para se circunscrever esse remédio contra os abusos da força às hipóteses de constrangimento à liberdade de locomoção. Os termos constitucionais são amplos: abrangem todas as eventualidades de constrangimento arbitrário aos direitos individuais... Não haverá violência ou coação no ato de vedar a publicação de uma folha? Essa coação, essa violência, não recairão sobre o indivíduo? Não envolverão para ele um sofrimento pessoal? Incontestavelmente. Logo, a inteligência, que banisse desses casos a possibilidade jurídica do *habeas corpus*, seria arbitrária em sua severidade; restringiria, cercearia, mutilaria a plenitude constitucional do remédio estabelecido. E tais licenças não têm o intérprete, o aplicador, o magistrado, em assuntos que tocam à liberdade constitucionalmente definida. Por toda a parte a ação dos tribunais superior, nos países livres, tem-se produzido em direção opostas; alargando as garantias individuais; não, limitando-as... Para assegurar a liberdade pessoal, não basta proteger a de locomoção. O indivíduo não é livre porque pode mudar de situação na superfície da terra, como o animal, e como os corpos inanimados. Há liberdades que são a égide dela. Tal, acima de todas, a liberdade de exprimir e comunicar o pensamento, sob as formas imprescindíveis à vida intelectual, moral e social do homem. Dar-lhe a faculdade mais extensa de deslocar-se, retirando-lhe e de pôr em comunhão as suas idéias com as de seus semelhantes, é infligir-lhe violência mais degradante, a coação mais dolorosa, a ilegalidade mais provocadora, o mais insolente dos abusos de poder. Como denegar o *habeas corpus* aos que padecem assim na liberdade suprema?²⁴

Verifica-se que Rui Barbosa entendia que o *habeas corpus* poderia servir até mesmo para combater a censura exercida em desfavor da imprensa. A liberdade de expressar o pensamento faria parte da natureza humana, dessa forma, o desrespeito a tal dispositivo poderia ser sanado através do remédio heróico.

Heráclito Antônio Mossin também destacou um discurso pronunciado por Rui Barbosa no Senado, em 22 de janeiro de 1915:

Se a Constituição de 1891 pretendesse manter no Brasil o *habeas corpus* com os mesmos limites dessa garantia durante o Império, a Constituição de 1891 teria procedido em relação à instituição do júri. A respeito do júri diz formalmente o texto constitucional: é mantida a instituição do júri. O alcance dessa proposição na sua simplicidade é transparente. Quando se mantém uma instituição, mantém-se o que existe, mantém-se o que se acha estabelecido, mantém-se encontra, consolida-se o que estava... Não foi desse modo que procedeu a Constituição republicana no tocante ao *habeas corpus*. No Império, o *habeas corpus* não tinha instituição constitucional. Ele nasceu do Código do processo, pelo art. 340, que definiu o *habeas corpus* nestes termos: todo o cidadão que entender 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. A proposição é clara: tem o cidadão o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus*, em favor daquele que estiver sofrendo uma prisão ou um constrangimento ilegal em sua liberdade. Aqui se acha claramente definida a natureza material da lesão a que o *habeas corpus*, no antigo regime, tinha de acudir com o seu remédio tutelar. Este recurso estava confiado ao caso em que a liberdade sofresse por um constrangimento material, constrangimento que se definiu especialmente com a fórmula da prisão. Era prisão pública ou privada a situação de ilegalidade a que o *habeas corpus*, no antigo regime, devia socorrer. Estritamente na mesma ordem de idéias a Lei n. 2.033, de 1871, que acabou de dar a essa instituição a sua forma definitiva, sob o antigo regime... O constrangimento corporal era, portanto, a condição *sine qua non* da concessão do *habeas corpus*. Ora, se o

²⁴ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, op.cit.,1980. p.21.

pensamento do constituinte republicano fosse o de conservar o *habeas corpus* na sua proposição definitiva, análoga às das legislações inglesa e americana, não tinha a Constituição republicana mais do que dizer do mesmo modo que disse em relação ao júri: fica mantida a instituição do *habeas corpus*. Nesse caso, não haveria questão, estaria o *habeas corpus* definido pelas leis imperiais. Que fez, porém, o legislador constituinte neste regime? Rompeu, abertamente, pela fórmula, que adotou na Carta republicana, com a estreiteza da concepção do *habeas corpus* sob o regime antigo. A definição do *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*.²⁵

Nesse pronunciamento, Rui Barbosa justifica o instrumento do *habeas corpus* com um alcance amplo, fazendo um comparativo com a Constituição de 1891, onde, segundo o autor, houve uma ampliação de tal instrumento, pois não havia só uma repetição de tal remédio como era no antigo regime. Exemplifica ainda com a questão do Júri, pois o legislador da época republicana fez questão de apenas dizer que mantém a instituição do júri, a princípio nos mesmos moldes da antiga. Porém, no tocante ao HC na nova Carta, além de ser um princípio constitucional, não se falava apenas em prisão, mas de forma ampla em coação e violência, podendo o mesmo servir para defender outras garantias.

Heráclito Antônio Mossin, ao demonstrar o choque de idéias, traz o pronunciamento de Pedro Lessa:

Bem longe, porém, ficou a concepção de Pedro Lessa de ajustar-se à compreensão latíssima do *habeas corpus*, qual a preconizara Ruy Barbosa. Leia-se o voto, que proferiu, quando o Supremo Tribunal julgou, em 1º de julho de 1914, o h.c. n. 3.567; é evidente que a liberdade de pensamento, a da consciência e a religiosa podem ser violadas de dois modos: pela coação à liberdade de locomoção, impedindo-se que o jornalista, o tipógrafo e os demais empregados do jornal penetrem no edifício da folha ou pratiquem quaisquer outros atos de locomoção, necessários à publicação do jornal, ou que o orador vá à praça pública, ou suba à tribuna onde tem de falar, que o adepto de certas idéias religiosas se afaste do lugar onde lhe ofendem as crenças, que o sectário de um culto se entregue aos atos do culto externo, dependentes da liberdade de movimento, ou por outros quaisquer meios, pelo embaraço ao exercício de outros direitos, tolhendo-se, por exemplo, a construção de edifício que tenham a forma de templo, apreendendo-se numa tipografia todos os exemplares de um livro, exigindo-se para a nomeação de certos cargos públicos, ou para todos, a profissão de certa fé religiosa. No primeiro caso está claro que o remédio legal é o *habeas corpus*, visto como há coação ilegal à liberdade de locomoção, condição, meio, caminho, para o exercício de um sem número de direitos. Dá-se *habeas corpus* para o paciente ir à praça pública ou ao edifício do jornal, e poder manifestar os seus pensamentos pela tribuna ou pela imprensa; para se dirigir ao seu templo, e aí praticar os atos do culto exterior, que só se realizam pela locomoção, pela liberdade de movimentos. Em todos os casos, pois, em que a liberdade física é necessária para o exercício da liberdade de pensamento, da liberdade de consciência ou da liberdade religiosa, o *habeas corpus* é o meio apto para proteger a liberdade-condição, a liberdade-meio, a fim de que se possa exercer a liberdade-fim. Mas, quando a liberdade de pensamento, a de consciência e a de cultos, ou religiosa, são tolhidas

²⁵ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.44.

por outro meio, que não a coação à liberdade de locomoção, absurdo fora conceder o *habeas corpus* para garantir qualquer desses direitos fundamentais. Se uma autoridade despótica arranca um templo, apreende arbitrariamente o material tipográfico de um jornal e o inutiliza, queima os exemplares de um livro ou de uma folha diária, quem no gozo de suas faculdades mentais se lembraria de requerer um *habeas corpus* para o templo destruído, para o material tipográfico inutilizado, ou seja, as cinzas do livro ou do jornal? Poderia requerer, sim, quando tivesse necessidade de locomover-se, para construir novo templo, para imprimir livros, para assentar novo material tipográficos; mas aí teria cabimento o *habeas corpus*, exatamente por se tratar de garantir a liberdade de movimentos, a liberdade física (Revista do Supremo Tribunal Federal, v.2, 1ª parte, 1914, p. 266- 7).

Verifica-se que o referido ministro era contra tal amplitude do *habeas corpus*, sendo certo que o mesmo só teria utilidade no tocante aos excessos cometidos em desfavor do direito de locomoção. Acha um absurdo e incabível tal instrumento para coibir abusos cometidos em desfavor de outras garantias, como: liberdade de expressão, cultos, crença religiosa. De toda sorte, pelo menos nesse trecho, Pedro Lessa não apresenta um instrumento competente para resguardar tais direitos. O instrumento apropriado, no caso o mandado de segurança, surgirá depois. Sobre o assunto, Hélio Tornaghi disse o seguinte:

Esse texto foi interpretando de maneira amplíssima e, talvez por faltar um remédio como o mandado de segurança, os tribunais repararam por meio do *habeas corpus* os atentados, atuais ou iminentes, contra a liberdade em qualquer de suas formas. A corrente que sustentava ser o *habeas corpus* remédio apenas contra a violência da liberdade de ir e vir ficou vencida por aquela outra que, arrimando-se no caráter evolutivo do Direito, desligava o *habeas corpus* das peias de sua contextura original. E invocando os dizeres da Constituição, sustentava ser ele remédio contra qualquer violência ou coação ou abuso de poder. O entendimento correto acabaria por triunfar: o *habeas corpus* é remédio contra qualquer violência, ilegalidade, excesso ou abuso de poder que fica algum direito desde que atinja o de locomoção. Se não alcança a liberdade de ir e vir, o remédio tem que ser outro. Em 1926 o Dep. Gudesteu Pires (depois professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro) apresentou projeto de lei para a introdução no Brasil do mandado de segurança, mais tarde acolhido na Constituição Federal de 1934, art. 133, n.33.²⁶

Tornaghi justifica a utilização ilimitada do *habeas corpus* em virtude de ainda ser desconhecido um instrumento capaz de resguardar as outras garantias constitucionais. Os Tribunais tinham que reparar os erros cometidos através desse remédio, em virtude de ainda não ser conhecida a figura do mandado de segurança. Em 1926 tal situação foi solucionada com a implementação deste.

Sendo assim, a corrente liderada por Rui Barbosa, tida como amplamente liberal, culminou em ser derrotada, pelo menos diante dos dizeres do texto constitucional, prevalecendo aquela encampada por Pedro Lessa. Logo, com base nessa reforma constitucional, o *writ of habeas corpus* não mais poderia ser instrumento tutelador de todos os

²⁶ TORNAGHI, Hélio Bastos, op.cit.,1989. v.2. p. 384-5.

direitos líquidos, certos e incontestáveis, mas passou a ficar restrito às hipóteses de liberdade de locomoção. Era essa, pelo menos, a vontade concreta do legislador constituinte.

Com o surgimento do *mandamus* tal extensão do *habeas corpus* era desnecessária. É que dois institutos não podem, ao mesmo tempo, proteger os mesmos direitos. Legislativamente, o *habeas corpus* e o mandado de segurança têm seus campos definidos. Isso se dá com qualquer *writ*. Exemplo disso é o que acontece com o *habeas data*, criado a partir da Constituição Federal de 1988, que confere ao indivíduo o direito de conhecimento de informações relativas à sua pessoa, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como das ratificações de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (art. 5º, n. LXXII). Assim, desde o surgimento desse instituto, não mais se cogita do mandado de segurança para assegurar o direito que a ele incumbe amparar.

Para constar e também para servir de parâmetro comparativo com o *habeas corpus*, o mandado de segurança na Constituição de 1934, segundo Heráclito Mossin, recebeu a seguinte redação:

Dar-se á mandado de segurança para a defesa de 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 ouvida a pessoa de direito público interessada (art. 113, n. 33).²⁷

O mesmo autor transcreve o disposto na Constituição Federal de 1937, acerca do *habeas corpus*, em seu art. 122, n.16: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.²⁸

Vale ressaltar que o art. 647 do vigente Código de Processo Penal ostenta idêntica redação conferida ao artigo mencionado.

O texto transcrito de modo expresso coloca o *habeas corpus* na função de amparo à liberdade de locomoção, a exemplo do que fora feito na reforma constitucional de 1926.

Os dois grandes doutrinadores do passado, no caso Pedro Lessa e Rui Barbosa, cujas lições primorosas encontram ainda aplicabilidade na literatura jurídica atual, aliados a outros renomados autores, proferiram as últimas palavras a respeito da abrangência do *habeas*

²⁷ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.60.

²⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.60.

corpus com inspiração na Reforma de 1926, que por sua vez se estribou na de 1891. Eis que, como já se disse, com o advento do mandado de segurança na Constituição Federal de 1934, o divórcio entre os dois institutos restou estabelecido, ficando definido para cada qual seu campo de incidência legal. Após isso, qualquer discussão a respeito da matéria passou a ser estéril ou bizantina, embora a Carta Política de 1937 não tenha trazido em seu bojo o *writ of mandamus*. Entretanto, essa omissão se tornou integralmente despicienda, posto que a matéria atinente ao *mandamus* passou a ser disciplinada pelo Código de Processo Civil, em seus arts. 319 a 331. Assim, não havendo contradição entre a norma constitucional e a infraconstitucional, cada um daqueles institutos continuou a ter seu campo de aplicabilidade.

Apesar do *habeas corpus*, sempre por disposição constitucional, ter sido o instituto democrático tutelador do direito de locomoção, sempre que a ela fosse tangenciada ou ameaçada de sê-lo por ilegalidade ou abuso, enfim por ausência de justa causa, a verdade inconcussa é que, em se cuidando de crime político ou contra a segurança nacional, o emprego desse writ sempre foi ameaçado. Isso se constata pelo AI-5, de 13 de dezembro de 1968, cujo art. 10 rezava: “Fica suspensa a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”. Ademais, a EC n. 1, de 17 de outubro de 1969, manteve em seu art. 182 o AI-5, cuja revogação somente se deu em 31 de dezembro de 1978.

A ditadura de 1964, além de ter perseguido centenas de brasileiros, fulminou o instituto do *habeas corpus*. O pior é que os agentes públicos que cometeram diversos delitos para assegurar o regime, crimes como homicídio, tortura, lesão corporal, dentre outros, foram todos anistiados com o retorno da democracia.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O termo *habeas corpus* significa “tome o corpo”, isto é, tome a pessoa presa e a apresente ao juiz, para julgamento do caso. Posteriormente, passou a ser entendida a expressão também como a própria “ordem de libertação”. O *habeas corpus* é uma garantia individual, ou seja, um remédio jurídico destinado a tutelar a liberdade física do indivíduo, a liberdade de ir, ficar e vir. Pode ser conceituado, pois, como o remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Com ele se pode impugnar atos administrativos ou judiciários, inclusive a coisa julgada, e de particulares. Tal raciocínio também está previsto na Constituição Federal de 1988 no art.5º. Edílson Mougnot Bonfim conceitua tal instrumento da seguinte forma:

Habeas corpus é o remédio jurídico-constitucional destinado a proteger a liberdade de locomoção do indivíduo (*ju manendi, eundi, ambulandi, veniendi, ultro citroque*), ameaçada por qualquer ilegalidade ou abuso de poder. A expressão *habeas corpus* significa ‘tome o corpo’, pois em suas origens, com a impetração da ordem o prisioneiro era levado à presença do rei para que este verificasse a legalidade ou ilegalidade da prisão.²⁹

Como foi visto, no Brasil, procurou-se ampliar a extensão do chamado **recurso heróico**, para que tutelasse direitos outros que não o *jus libertatis*, mas tal tendência foi sufocada porque se criou o instituto do mandado de segurança para as hipóteses em que não está em jogo a liberdade ambulatoria. Está ele reservado, assim, a preservar o direito de locomoção, cabível contra qualquer ato que o lese ou possa lesá-lo.

A legislação pátria inclui o *habeas corpus* entre os recursos, como se pode verificar no art. 647 do CPP. Porém é discutida a sua natureza jurídica. É tido por alguns como recurso ordinário, recurso extraordinário, recurso de caráter especial ou misto, instituição *sui generis* etc. A opinião mais aceita é a de que seria uma ação independente. Não seria recurso porque pode ser instaurado independentemente da existência de processo, ataca a coisa julgada e é instaurado pelo acusado que pretende seja declarada a inexistência do direito de punir. Trata-se realmente de ação penal popular constitucional, embora por vezes possa servir de recurso.

²⁹ BONFIM, Edílson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.740.

2.1 Espécies

Se for com o propósito de afastar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção já existente, o *habeas corpus* é chamado de liberatório ou repressivo. Pode ser ele concedido a pedido ou de ofício pelo Juiz ou Tribunal. Mas pode ser impetrado quando existe apenas uma ameaça à liberdade de locomoção, recebendo a denominação de *habeas corpus* preventivo. Nessa hipótese, é expedido um salvo-conduto, assinado pela autoridade competente. **Salvo-conduto**, do latim *salvus* (salvo) *conductus* (conduzido), dá a precisa idéia de uma pessoa conduzida a salvo. O salvo-conduto, assim, deve ser expedido se há, por exemplo, fundado receio do paciente de ser preso ilegalmente. Mas o receio de violência deve resultar de ato concreto, de prova efetiva, da ameaça de prisão. Termo vago, incerto, presumido, sem prova, ou ameaça remota, que pode ser evitada pelos meios comuns, não dá lugar à concessão de *habeas corpus* preventivo. Edílson Mougnot Bonfim diz o seguinte acerca do *habeas corpus* preventivo:

Será preventivo quando sua finalidade for afastar o constrangimento à liberdade antes mesmo de se consumir. Baseia-se, portanto, na iminência da violência ou coação ilegal e na possibilidade próxima da restrição da liberdade individual. Caso seja admitido, será expedido um salvo-conduto a favor daquele que tem ameaçado sua liberdade de ir e vir. No entanto, se houver mandado de prisão expedido e não cumprido, o impetrante deve requerer no pedido do *habeas corpus* a expedição do contramandado de prisão, e não o salvo-conduto. Tal hipótese gera certa dúvida na doutrina, existindo posicionamento no sentido de ser o *habeas corpus* repressivo, uma vez que o ato coator já estaria devidamente formalizado.³⁰

Sem dúvida, o *habeas corpus* é um instrumento que resguarda qualquer afronta ao direito de liberdade de locomoção previsto na Constituição Federal no art.5º. O instituto resguarda inclusive a ameaça a tal direito. É uma garantia do próprio Estado Democrático de Direito.

2.2 Legitimidade ativa

Segundo consta no art. 654 do CPP, o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

Qualquer pessoa do povo, independentemente de habilitação legal ou de representação por advogado, de capacidade política, civil ou processual, de idade, sexo, profissão, nacionalidade ou estado mental, pode fazer uso do instrumento, em benefício próprio ou alheio. Não há impedimento para que o faça o menor de idade, o insano mental e o analfabeto,

³⁰ Ibid., 2006. p.742-743.

mesmo sem estarem representados ou assistidos por outrem. Na última hipótese basta que alguém assine a petição a rogo do analfabeto. Não se admite, porém, o conhecimento de pedido em que não se pode identificar a pessoa do requerente, equivalendo, por isso, à solicitação anônima.

É possível a impetração de *habeas corpus* pela pessoa jurídica em favor de quem está submetido a constrangimento ilegal na liberdade de locomoção, já que o artigo citado faz referência a “qualquer pessoa”, compreendendo inclusive aquela.

Pode o promotor de Justiça, em nome pessoal, impetrar o *habeas corpus* em qualquer Juízo ou Tribunal. Sobre o assunto, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

Entendia-se que o Promotor de Justiça, nessa qualidade e no exercício de suas funções, podia impetrar o *habeas corpus* apenas perante o Juiz de Direito, mas não junto aos Tribunais, onde a representação do Ministério Público cabe privativamente ao Procurador Geral de Justiça, que pode delegá-la aos Procuradores de Justiça. Entretanto, conforme pondera Ada Pellegrini Grinover, como, perante a lei processual, o *habeas corpus* é um recurso, permite-se que o Promotor de Justiça requeira o *writ* perante o Tribunal por estar ele oficiando na esfera de suas atribuições junto ao Juízo. No Estado de São Paulo, aliás, o artigo 121, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 734/93, possibilita essa impetração perante os Tribunais em geral. Apresentado o pedido, a partir daí cabe ao órgão do *parquet* de 2ª Instância acompanhá-lo, oferecer sustentação oral, recorrer etc.³¹

Faz-se necessário anotar que a possibilidade de o promotor impetrar tal medida também está disposta na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625/93).

Qualquer funcionário público pode impetrar *habeas corpus* por estar ao abrigo da expressão “qualquer pessoa” constante do artigo 654 do CPP. Assim, também o Delegado de Polícia pode fazê-lo.

O Juiz de Direito não tem tal legitimidade, diante do princípio da inércia da jurisdição. Todavia, sempre que o magistrado notar que cabe tal medida, deverá conceder a ordem de *habeas corpus* de ofício, revitalizando a defesa social da liberdade física em benfeitoria não só do indivíduo ilegalmente constrangido, mas também em relação a toda sociedade. Sobre a legitimidade ativa, Fernando Capez diz afirma:

O analfabeto pode impetrar, desde que alguém assine a seu rogo (art. 654, § 1º, c). O promotor de justiça também pode, nos termos do art. 32, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, 12-2-1993). O *habeas corpus* pode ser impetrado por pessoa jurídica, em favor de pessoa física (Espínola Filho, *Código de Processo Penal anotado*, cit., v.7, p.233). O juiz de direito não pode impetrar, em

³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.741.

face da inércia da jurisdição. O delegado de polícia pode: não como autoridade, mas como cidadão (RTJ, 116/917 e RT, 545/438 – Tourinho Filho).³²

À expressão “qualquer do povo poder impetrar *habeas corpus*” estende-se o pedido em favor de terceiro. Presume-se, na hipótese, a concordância do paciente, já que, em princípio, a medida só pode favorecê-lo, e não prejudicá-lo. Entretanto, se houver manifestação contrária de sua parte, o pedido não deve ser conhecido. É realmente possível que a concessão da ordem possa contrariar interesse processual ou particular do paciente, motivo que deve impedir a tramitação ou o conhecimento do requerimento deduzido, em tese, em seu favor.

Destinado o remédio constitucional a impedir coação atual ou iminente a pessoa física individualizada, não há que se falar em impetração a favor de pessoa jurídica (associações, sindicatos etc.). Esse é o entendimento majoritário. Pela mesma razão não é passível de conhecimento impetração em favor de pessoas desconhecidas, de forma coletiva e indeterminada.

2.3 Legitimidade passiva. Autoridade coatora

Irá figurar no pólo passivo do *habeas corpus* a pessoa apontada como coatora, seja ela autoridade ou não. Já foi dito que o *habeas corpus* tem por fim deter ameaça de coação ou violência ao direito de ir e vir, em decorrência de ilegalidade ou abuso de poder. Somente pode abusar do poder aquele que o detém, sendo, portanto, autoridade coatora; já a ilegalidade pode ser cometida por qualquer pessoa.

Está superado o entendimento que limitava o cabimento do *habeas corpus* aos casos em que a coação era exercida por agente no exercício de função pública. O particular também, se for o responsável pela coação. Exemplo disso é o impedimento de ingresso em supermercado; hospital que nega a retirada de paciente que não pagou as despesas hospitalares. Geralmente os crimes cometidos pelos particulares são os de constrangimento ilegal (art.146 do CP), ameaça (art.147 do CP), seqüestro ou cárcere privado (art.148 do CP), dentre outros. Sobre o assunto, Fernando Capez diz o seguinte:

Prevalece o entendimento de que pode ser impetrado *habeas corpus* contra ato de particular, pois a Constituição fala não só em coação por abuso de poder, mas também por ilegalidade (Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, cit., p.541). Por exemplo: filho que interna pais em clínicas psiquiátricas, para deles se ver livre. Cabe também contra o juiz de direito, o promotor de justiça e o delegado

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.520.

de polícia. Quanto à pessoa jurídica, há duas posições: admitindo (RT, 482/359) e não (STF, RTJ, 104/1060).³³

Estando abolida a prisão decretada por autoridade administrativa, há constrangimento ilegal sanável pela via do *habeas corpus* se for ela efetivada ou determinada.

Decretada uma prisão ou instaurado um inquérito policial pelo Delegado de Polícia, será este a autoridade a ser apontada como coatora pelo alegado constrangimento ilegal decorrente da prisão ou do indiciamento do paciente. Entretanto, se o inquérito policial foi instaurado mediante requisição do Juiz de Direito, a coação é da autoridade judiciária. Da mesma forma no caso do juiz que defere requerimento do Ministério Público com a mesma finalidade, ou quando determina a realização de diligências por ele requeridas. Se a requisição é uma ordem, não pode a autoridade policial estar obrigada a atendê-la e, ao mesmo tempo, ser considerada como coatora, passível das conseqüências que, eventualmente, possam decorrer do deferimento do pedido.

Apontando outros exemplos de coação cometidos tanto por parte do delegado, quanto pelo juiz, Julio Fabbrini Mirabete diz o seguinte:

Já quando se trata de instauração de inquérito policial pelo recebimento de peças encaminhadas pelo juiz de Direito com base no artigo 40 do CPP, a coação é do Delegado de Polícia, que não estava obrigado àquele procedimento inquisitorial, mas apenas à diligência para a verificação da ocorrência de ilícito penal. O mesmo se diga também quando os autos do inquérito policial são devolvidos à Polícia para prosseguimento, mesmo por determinação judicial. Também mero despacho de expediente no inquérito policial não torna o juiz coator. Todavia, caso o inquérito já esteja findo e tenha sido remetido a Juízo, coator é a autoridade judiciária ainda que não haja denúncia recebida. Tendo a possibilidade de fazer cessar o constrangimento ilegal com a concessão *ex officio* de *habeas corpus*, e não o fazendo, torna-se autoridade coatora.³⁴

Raramente, são deferidas ordens de *habeas corpus* para o trancamento de inquérito policial por suposto constrangimento em virtude da sua simples instauração, onde não há prisão. O entendimento que se tem é que essa peça seria apenas um procedimento administrativo com a intenção de apurar um crime. Nessa fase há apenas um indiciamento e não estaria havendo uma coação, muito menos uma afronta à liberdade de locomoção, que é o verdadeiro tema do remédio heróico. Sobre tal assunto, vejam-se os comentários de Fernando Capez:

[...] Falta justa causa para o inquérito policial quando este investiga fato atípico ou quando já estiver extinta a punibilidade do indiciado. 'O trancamento de inquérito

³³ Ibid., 2006. p.520.

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini, op.cit., 2007. p.742.

policial através de *habeas corpus* só pode ocorrer como medida excepcional, quando se verifica a ausência evidente de criminalidade. Existindo suspeita de crime, não se tem como impedir o prosseguimento das investigações' (extinto TFR, RHC 4.686-RS, DJU, 23 abr.1980, p.2730). Já se decidiu também que 'o simples indiciamento em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal a ser corrigido por intermédio de *habeas corpus*' (STF, RHC 56.019, DJU, 16 jun.1978, p. 4394). Admite-se o *habeas corpus* para trancamento de inquérito policial ou de ação penal, desde que a impetração demonstre de maneira incontroversa a falta de justa causa para a persecução" (STU, 5ª T., RHC 1.870-0, DJU, 4 maio de 1992, p.5897).³⁵

2.4 Admissibilidade

Como qualquer ação, ou recurso, o pedido de *habeas corpus* está submetido às condições gerais de admissibilidade. Assim, além da *legitimatío ad causam* ativa e passiva, é indispensável que haja possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir para que o pedido possa ser conhecido.

A Constituição Federal proíbe a impetração do referido recurso em época de estado de sítio, de acordo com os seus arts. 138 e 139.

Também está prejudicada a propositura do *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares (art. 142, § 2º, da CF). Entretanto, como a própria Constituição Federal assegura que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), e a punição é ato administrativo, deve ele atender aos requisitos necessários para sua validade, quais sejam, os da competência, motivo, forma, objeto e finalidade". Sob pena de ser ilegal, abusivo ou arbitrário, pode ele ser discutido no *mandamus*. Quanto à admissibilidade do *habeas corpus*, Julio Fabbrini Mirabete diz o seguinte:

Falta legítimo interesse ao impetrante quando desnecessário o pedido. Assim, por exemplo, se pretende o reconhecimento de falta de justa causa para inquérito já arquivado ou para ação penal pela qual foi absolvido. Também não há interesse de agir quando a pena imposta ao impetrante já foi cumprida ou extinta, não subsistindo, em razão do processo e da sentença condenatória, qualquer constrangimento à liberdade de ir e vir do paciente. Esse entendimento foi adotado na Súmula 695 do STF: "Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade." Se o arquivamento do inquérito, a absolvição ou o cumprimento ou extinção da pena ocorrer após a impetração, o pedido deve ser julgado prejudicado diante da carência da ação.³⁶

A falta de interesse de agir é quando o pedido de *habeas corpus* é inadequado à providência que o impetrante pretende obter. Tal instrumento é meio somente para afastar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, não é idôneo para que o paciente se livre do pagamento das custas processuais (Súmula 395 do STF), bem como para trancar processo

³⁵ CAPEZ, Fernando, op.cit., 2006. p.521-522.

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, op.cit., 2007. p.745.

administrativo; para permitir o exercício de atividade que é vista como contrária aos interesses da sociedade; para cancelamento de registros; para obter tratamento médico; para não atender a simples intimação para prestar esclarecimentos na polícia. Sobre o tema Fernando Capez explica:

É inadmissível *habeas corpus* se não há atentado contra a liberdade de locomoção. Assim, não cabe para eximir o paciente do pagamento de custas processuais (Súmula 395 do STF). Da mesma forma, não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade (Súmula 695 do STF).³⁷

Em tese é possível o conhecimento do pedido de *habeas corpus* se o condenado está submetido a regime prisional mais severo que aquele que lhe foi imposto por se tratar de constrangimento ilegal. Mas não o é para modificar regime prisional fixado em sentença, que deve ser pleiteado no recurso próprio ou obter a progressão, que exige exame acurado de condições objetivas e subjetivas para a concessão do benefício. Magalhães Noronha também destaca o seguinte:

Ponto fora de dúvida é que ele cabe quando o impetrante já está preso, por tempo superior ao máximo da pena cominada ao crime por que responde, ou superior à que lhe foi imposta, não obstante não ter sido julgado o seu recurso. Há, agora, indubitavelmente, *prisão por mais tempo que a lei determina*.³⁸

Grande polêmica havia no tocante à Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90). Na referida norma, em seu art.2º §1º, havia a vedação do instituto da progressão. Dessa forma não haveria, segundo a Lei, a possibilidade de um cidadão que foi condenado por crime hediondo ou equiparado de ter direito ao benefício do regime semi-aberto ou aberto. Iria cumprir a pena em regime integralmente fechado.

A doutrina e a jurisprudência combatiam tal dispositivo alegando que o mesmo seria inconstitucional por ferir os princípios da individualização da pena, da ressocialização da pena, além da humanidade da pena.

O prazo da progressão que era pleiteado nos pedidos, muitas vezes feitos através de *habeas corpus*, seria o do crime comum, ou seja, 1/6, conforme dispõe o art. 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84). Havia muitos juízes concedendo tal benefício. Dessa forma alguns juízes concediam, autorizando com base no mesmo prazo do crime comum, e outros negavam, em conformidade com a letra da Lei.

³⁷ CAPEZ, Fernando, op.cit., 2006. p.521.

³⁸ NORONHA, E Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.545.

O Supremo Tribunal Federal, num caso concreto, em um *habeas corpus*, além de conceder o direito de progressão ao peticionário que fora condenado por crime hediondo, disse que o referido artigo que vedava a progressão era inconstitucional, por ferir os princípios constitucionais já mencionados. Tal posicionamento foi um grande precedente para os demais condenados por crimes hediondos e equiparados. Uma infinidade de medidas e pedidos de *habeas corpus* solicitando a progressão estava abarrotando a Justiça de todo o país.

Esta polêmica agora deve terminar, pois, recentemente, foi publicada, no dia 29/03/2007, a Lei 11464/07, que dispôs acerca da possibilidade de ser concedida a progressão, sendo certo que o prazo nesse tipo de crime seria de 2/5; já se o condenado fosse reincidente, o prazo seria de 3/5.

Em princípio, não há qualquer impedimento para que seja impetrado o *habeas corpus*, embora tenha sido interposta apelação de sentença condenatória, se a matéria versada no writ for apenas de direito, não havendo dúvidas quanto aos fatos. Se a coação porventura existente pode ser corrigida mediante o meio sumário do *mandamus*, não há como deixar que ela permaneça, enquanto tramita o julgamento do recurso, o que nem sempre ocorre com rapidez. Se, entretanto, os fundamentos de ambos são idênticos, as peculiaridades do caso exigindo melhor exame de prova, não é aconselhável o *habeas corpus* e o julgador deve remeter o exame da matéria para a via do recurso de maior abrangência.

A Lei Adjetiva Penal não veda a impetração de *habeas corpus* em 2ª instância contra decisão denegatória de idêntico remédio em 1º grau. O pedido do writ, porém, não pode ser dirigido, na hipótese de haver recurso pendente no Tribunal, a órgão de instância superior. Por isso, o Pretório Excelso tem decidido que, interposto recurso ordinário da decisão proferida em *habeas corpus* no STJ – pendente de julgamento – não pode o STF tomar conhecimento de pedido originário, em procedimento aberrante do princípio hierárquico que preside a ordem judiciária no País e do regime de sucessividade dos recursos, ínsito no estatuto processual, evitando-se, assim, decisões conflitantes de órgãos jurisdicionais diversos.

Outro fato a ser analisado é o da possibilidade ou não de reiteração do pedido de *habeas corpus*. Inúmeras vezes se têm decidido que é admissível o conhecimento de anterior pedido denegado, mesmo que a causa de pedir seja composta dos mesmos fundamentos, sob a alegação de que a ordem do writ não tem execução mandamental e não faz coisa julgada.

Todavia, tem-se objetado, corretamente, que a mera repetição de fundamentos já examinados não merece conhecimento. Esgotada a faculdade recursal do *habeas corpus*, deixa o interessado de poder reiterar a pretensão de liberdade repelida com os mesmos fundamentos, uma vez que o impetrante já obteve a prestação jurisdicional a que tinha direito. Não se trata, aliás, de que a sentença denegatória faz coisa julgada, mas sim da impossibilidade de o mesmo tribunal reexaminar decisão já afirmada através de uma de suas câmaras, assumindo a posição da autoridade coatora ao confirmar o ato ou a situação jurídica impugnados. Só é admissível o conhecimento de novo pedido quando haja matéria nova, que não tenha sido objeto de deliberação anterior, ou seja, o conhecimento do novo pedido depende de que sejam apresentados novos fundamentos de fato ou de direito. Fora de tal hipótese, o pedido deve ser dirigido à instância superior.

A partir de agora, é necessário que sejam averiguadas todas as hipóteses previstas no art. 648 do CPP no tocante às hipóteses de cabimento do *habeas corpus*.

2.5 Quando não houver justa causa

O artigo 648 do CPP dispõe acerca das hipóteses em que é cabível o *habeas corpus* por haver constrangimento ilegal à liberdade de locomoção. Primeiramente aduz que a coação é ilegal “quando não houver justa causa” (inc.I). Trata-se, portanto, da ausência do *fumus boni juris* para a prisão, inquérito ou ação penal, ou qualquer constrangimento à liberdade de locomoção. Segundo Capez:

Justa causa é a existência de fundamento jurídico e suporte fático autorizadores do constrangimento à liberdade ambulatoria. A hipótese trata da falta de justa causa para a prisão, para o inquérito e para o processo. Só há justa causa para a prisão no caso de flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão ou crime militar (CF, art.5º, LXI)³⁹

No tocante à prisão, em termos constitucionais, a introdução de qualquer pessoa ao cárcere só é legal quando houver flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, LXI). A ordem de prisão, nos termos da lei, só pode decorrer de **prisão provisória** (temporária, flagrante, preventiva, decorrente de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível) ou **definitiva** (sentença condenatória transitada em julgado), vedada a chamada “prisão para averiguações”, ou da prisão civil

³⁹ CAPEZ, Fernando, op.cit., 2006. p.521.

(inadimplemento em alimentos e depositário infiel). A prisão administrativa referida no artigo 650, § 2º, do CPP, não é cabível diante do novo texto constitucional.

Fora das hipóteses mencionadas na Carta Magna não há justa causa para o constrangimento, que é ilegal e pode ser sanado pela via do *habeas corpus*. Também cabível é o remédio heróico na prisão em flagrante ou na decretada pela autoridade judiciária quando não foram obedecidos os requisitos formais ou materiais exigíveis na espécie.

Acerca da prostituição e o cabimento de prisão, Julio Fabbrini Mirabete diz:

Questão bastante discutida é a prisão de prostituta durante o *trottoir*, normalmente objeto de pedido de *habeas corpus* preventivo. Tem predominado em alguns tribunais, principalmente no STF, a orientação de que, impedindo o exercício do *trottoir*, constrangedor para transeuntes e residentes, a autoridade pública está exercendo as funções de polícia preventiva com o fim de assegurar a moralidade e a ordem pública, não constituindo negação do direito ambulatorio constitucional assegurado e recusa de salvo-conduto a prostituta. Tem-se ponderado, entretanto, inclusive no Pretório Excelso, que não se pode negar à prostituta, pelo fato de o ser, o direito de ir, vir ou ficar na via pública, ainda que com o intuito de angariar clientes, desde que sua conduta não afronte a lei. O simples *trottoir* ainda não é prostituição. E quando o fosse, não seria crime. Lenocínio sim, é crime; prostituição, não, é fato atípico. Assim, embora em princípio, a Polícia possa estabelecer certas restrições à essa prática, não lhe é lícito, sem apontar o título em que se funda prender aquela que se entrega a essa prática sem que haja causa de flagrante delito. Mas a concessão do salvo-conduto só se justifica quando houver elementos para se afirmar o constrangimento potencial. Negada a ameaça de coação pela autoridade impetrada, cumpre ao impetrante comprová-la, não sendo razoável supri-la por apriorística notoriedade do fato, mesmo porque ilegalidade não se presume.⁴⁰

No tocante à prostituição masculina, de travestis, há duas posições, segundo o mesmo autor. A primeira seria que o *trottoir* exercido por homossexual masculino, na via pública, configura a contravenção de vadiagem (art. 59 da LCP), o que possibilitaria a prisão em flagrante delito. A segunda corrente, que é defendida por Mirabete, entende que o *trottoir* masculino, tal como o feminino, não configura infração, estando o homossexual masculino na mesma situação da prostituta, não cabendo dessa forma prisão.

Vale ressaltar que mesmo sendo reconhecida a questão da contravenção penal, segundo o disposto no art. 69 da Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais), não é cabível a manutenção da prisão em flagrante em crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais, desde que o acusado se comprometa a comparecer à sede do Juizado competente onde irá responder à ação penal.

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, op.cit., 2007. p.748-749.

Como já foi falado no ponto da legitimidade passiva, ficou dito que o *habeas corpus* não é meio para trancar inquérito policial, porque para a instauração do procedimento inquisitório basta haver elementos indicativos da ocorrência de fato que, em tese, configura ilícito penal, e indícios que apontem determinada pessoa ou determinadas pessoas como participantes do fato típico e antijurídico. Se os fatos configuram crime em tese, o inquérito policial não pode ser trancado por falta de justa causa. Já se decidiu, inclusive, que o mero indiciamento em inquérito policial, por ser figura desprovida de consequência jurídica porque não prevista no ordenamento como ato processual formal, não constitui constrangimento ilegal passível de reparação por via de *habeas corpus*, pois é insusceptível de afetar o direito de locomoção.

Também somente se justifica a concessão do *habeas corpus* por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico, ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. Nada proíbe a concessão da ordem em caso de denúncia que se mostra abusiva, como na hipótese de se demonstrar inexistente circunstância essencial à tipicidade por prova documental inequívoca. É possível verificar-se perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da “fumaça do bom direito”, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, mas não se pode pela via estreita do *mandamus* trancar ação penal por falta de justa causa quando, imputado fato que é crime em tese, o seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos.

Nada impede, em tese, que a sentença transitada em julgado seja rescindida por *habeas corpus*, como nas hipóteses de existência de nulidade radical, ou na ausência de criminalidade perante o caso concreto que resulta patente perante a mera exposição dos fatos. Não é admissível, porém, quando a impetração impõe questão de alta indagação, exigindo reexame da prova. Nesse caso o remédio cabível seria a revisão criminal prevista no art. 621 do Código de Processo Penal.

Segundo o STF, o erro de direito na aplicação da pena, em prejuízo do réu, implica falta parcial de justa causa para a condenação, sendo o *habeas corpus* a via adequada para corrigi-lo. Vale ressaltar que se tal incidente for em fase de execução de pena, o mais correto, atualmente, seria peticionar ao juiz da Vara de Execução solicitando a retificação do erro. Se

o juiz não atender tal apelo, o mais coerente seria interpor agravo de execução previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84).

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

O art. 648, inciso III, do Código de Processo Penal consagra o princípio do juiz natural. O réu tem o direito de ser julgado pelo juiz competente, não sendo admitidos tribunais de exceção (art. 5º, incisos XXXVII e LXI da CF).

Dessa forma, se forem descumpridas as regras para a determinação da competência, caberá o exercício da defesa contra o processo, através da exceção de incompetência. Essa exceção é sempre imposta contra o órgão jurisdicional que, sem ter competência, tomou conhecimento do feito.

Vale ressaltar a diferença entre incompetência relativa e absoluta, destacando-se, desde logo, que as conseqüências práticas quanto à ocorrência de uma ou outra são bem distintas. É que se tratando da chamada incompetência relativa, somente os atos decisórios serão anulados, a teor do art. 567 do CPP. Já a nulidade absoluta independe de prova do prejuízo, que é presumido ou evidente, não se aproveitando os atos então praticados.

No Processo Civil, a exceção de incompetência é o meio adequado para se argüir tal situação. Não deve ser conhecida de ofício pelo juiz e, não alegada no momento oportuno, faz com que se opere a prorrogção da competência do juiz relativamente incompetente.

Já a incompetência absoluta deve ser alegada em preliminar de contestação, ser conhecida de ofício pelo juiz e jamais ser prorrogada. No processo penal, contudo, as questões de competência são eminentemente de ordem pública, sendo certo que o juiz deve reconhecê-la de ofício. Segundo Pedro Henrique Demercian:

Importante ressaltar que até mesmo a chamada incompetência relativa (decorrente da inaplicabilidade das regras de conexão e continência ou a incompetência do foro ou do juízo) pode ser declarada de ofício pelo juiz e a qualquer tempo. Nada impede, portanto, a utilização do remédio heróico para o reconhecimento da incompetência (ainda que relativa), desde que não se tenha de tecer uma análise valorativa aprofundada da prova constante dos autos, o que se mostraria incompatível com a própria finalidade da medida utilizada. É bem verdade, a despeito disso, que na hipótese de nulidade relativa não se evidencia o dano desde logo, daí por que exigir-se sua demonstração, o que nem sempre – ou quase nunca – é possível no procedimento restrito do *habeas corpus*.⁴¹

⁴¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Curso de processo penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.609.

A situação piora se uma autoridade incompetente determina uma prisão. Não pode ordenar uma prisão quem não tiver competência para fazê-lo, pois só pode determinar a prisão a autoridade judiciária dotada de competência material e territorial, salvo no caso de prisão em flagrante. Segundo Julio Fabbrini Mirabete:

Há também constrangimento ilegal “quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo” (inc.III). Como visto, excluída a hipótese de flagrante delito, a prisão só pode ser determinada por despacho fundamentado da autoridade judiciária competente, salvo as hipóteses de transgressão militar ou crime propriamente militar, cabendo a concessão do *writ* se for ela decretada por quem não detém o poder jurisdicional. A ilegalidade também pode decorrer da falta de competência *ratione loci*, *ratione materiae* ou em razão de prerrogativa de função.⁴²

Este raciocínio também é seguido por Magalhães Noronha:

Indevida é a coação se *incompetente a autoridade para determiná-la*. Se a autoridade não tem esse poder, é claro que a coação é ilegítima. É mister, então, haver competência, que é regra jurídica constitucional, como se vê do item LXI do art.5º da Constituição. Pode a autoridade ser competente em razão da matéria, isto é, a lei lhe confere a apreciação do assunto (*ratione materiae*); pode essa atribuição decorrer da circunstância do fato ter sido praticado em determinado lugar (*ratione loci*); como também pode acontecer que derive da prerrogativa de função da pessoa (*ratione personae*), como se falou nos *ns.* 17 a 22.⁴³

Outro exemplo seria do juiz singular que não teria competência para decretar a prisão de deputado estadual, mesmo em homicídio, pois ele tem foro especial. A Carta Magna reserva determinados casos à competência do STJ e do STF, não podendo um juiz singular conhecer tais matérias. No art. 105 da CF está disposto que o *habeas corpus* que tenha como paciente governador de estado ou desembargador de justiça será da competência do STJ.

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

O art. 648, II do CPP determina que também será coação ilegal quando a pessoa estiver presa por mais tempo do que a lei determina. Em regra, o processo de réu preso deve estar encerrado dentro do prazo de oitenta e um dias. São dez para a conclusão do inquérito (art. 10), cinco para a denúncia (art. 46), três para a defesa prévia (art. 395), vinte para a inquirição de testemunhas (art. 401), dois para diligências do art. 499, dez para o despacho do requerimento feito por ocasião do art. 499, seis para alegações finais (art. 500), cinco para diligências *ex officio* (art. 502) e vinte para a sentença. No Supremo Tribunal Federal, o entendimento dominante é no sentido de que os prazos se contam separadamente, não sendo possível considerar que o constrangimento ilegal surja apenas quando se tiver excedido o total

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini, op.cit., 2007. p.752.

⁴³ NORONHA, E Magalhães, op.cit.,1998. p.546.

dos prazos, de modo que o excesso de uns possa ser compensado com a economia de outros (RTJ, 62/303). O excesso de prazo acarreta o relaxamento da prisão. A jurisprudência tem entendido que esse prazo de oitenta e um dias só é contado até o encerramento da instrução criminal, não ocorrendo excesso de prazo se o processo já se encontrar na fase dos arts. 499 e 500 do CPP.

Tratando-se de crime da competência do Júri, pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução (Súmula 21 do STJ). Do mesmo modo, encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo (Súmula 52 do STJ). Finalmente, não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instituição provocado pela defesa (Súmula 64 do STJ). Conforme julgado apresentado por Alberto Silva Franco:

a jurisprudência fixou que no processo comum a prisão pode durar no máximo 81 dias, até a sentença; após esse prazo, a custódia passa a ser considerada ilegal (art. 648, II, do Código de Processo Penal). Mas também, por construção pretoriana, a partir do Colendo Supremo Tribunal Federal, passou-se a admitir que inexistente constrangimento ilegal quando a instrução está encerrada. O encerramento da instrução, porém, não joga o acusado na possibilidade de permanecer no cárcere definitivamente. Não é porque os atos probatórios já estão completos que o juiz fica desobrigado do atendimento a quaisquer prazos processuais, enquanto que o acusado, presumido inocente, nada pode reclamar. Na verdade, o sentido da orientação jurisprudencial é de evitar a aplicação cega daquele prazo de 81 dias, quando o atraso está justificado seja por dificuldades na instrução (necessidade de intimações ou inquirições por precatória, número excessivo de réus, dúvida sobre a sanidade mental do acusado, diligências e incidentes de interesse da defesa). Quer dizer que, havendo excesso de prazo na prisão, deve-se verificar qual seu motivo. Desde que justificado razoavelmente, e não decorrente de simples morosidade do órgão judiciário, não estará configurado o constrangimento ilegal (TJSP – HC 106.556-3 – Rel. Dês. Luiz Betanho).⁴⁴

Há julgados que entendem que os prazos devem ser contados separadamente, levando-se em consideração o espaço temporal gasto para a realização individual de cada ato.

Dessa forma haverá coação ilegal quando o inquérito policial de réu preso não for concluído ou remetido a juízo em 10 dias; quando a denúncia não for oferecida no prazo de 5 dias; quando, decretada a prisão preventiva, o inquérito voltar à polícia para diligências; quando houver excesso de prazo na instrução.

A jurisprudência tem-se valido de certos casuísmos para não conceber o excesso de prazo, entendendo que o mesmo se encontra superado quando o processo está em fase de

⁴⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.259-260.

alegações finais (art. 500 do CPP); na fase de diligências; proferida decisão de pronúncia; oferecimento e recebimento da denúncia; prolatada sentença condenatória.

A Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça dispõe: “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”.

Veja a ponderação feita por Heráclito Antônio Mossin, colacionando entendimento do próprio STJ:

Procurando diminuir os rigores da súmula predita, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que ‘A prisão cautelar, por sua natureza, não pode prolongar-se a ponto de ser intolerável. Pouco importa a natureza da infração penal.’ Precedente do STF (1ª T. – RHC 71.954-6 PA. Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 15-12-94). A Súmula 52, STJ, não pode ser interpretada de modo a preocupar-se com a celeridade somente até concluída a instrução. O tempo dos atos seguintes também está submetido ao juízo da razoabilidade.⁴⁵

A prisão cautelar se dá também naqueles casos em que a pessoa está presa e ainda não houve o trânsito em julgado condenando definitivamente o réu. Em muitos casos a pessoa foi condenada em 1ª instância, mas o processo ainda se encontra com recurso a ser julgado pelo tribunal superior. É bem comum tais recursos se prolongarem por anos e a pessoa continuar presa sem haver um crivo de condenação definitiva. Sem dúvida, tal caso se reveste de ilegalidade, por excesso de prazo, em virtude de falta de julgamento definitivo. Vale ressaltar que tal dispositivo não se encontra respaldado na lei processual. O STJ muitas vezes ressalta tal situação em seus julgados:

Ementa: Prisão (recolhimento). Réu (em liberdade). Apelação (expedição de mandado). Prisão (caráter provisório). Sentença (trânsito em julgado).

1. Antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória – classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, etc.

2. O ato que determina a expedição de mandado de prisão – oriundo de juiz ou proveniente de tribunal (do relator de apelação, por exemplo) – há de ser sempre fundamentado.

3. Presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, princípio que, de tão eterno e de tão inevitável, prescindiria de norma escrita para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico.

4. É da jurisprudência do Superior Tribunal que o réu, já em liberdade, em liberdade permanecerá até que se esgotem os recursos de índole ordinária (também os de índole extraordinária, segundo o Relator).

5. Ordem concedida a fim de se garantir liberdade ao paciente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

HC 43023/PE; HABEAS CORPUS 2005/0055213-1, Relator: Ministro NILSON NAVES (361), Órgão Julgador: T6 – SEXTA TURMA. Data do julgamento: 13/12/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 20.02.2006 p.369.⁴⁶

⁴⁵ MOSSIN, Heráclito Antônio, op.cit., 2005. p.152-153.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < www.stj.gov.br >. Acesso em: 17 jul. 2007.

Desde que haja justificativa para que a instrução processual não se encerre dentro do prazo legal, não se vê configurado o constrangimento ilegal, a exemplo do que ocorre em processo em que há vários réus e que se exige a citação por edital de co-réu foragido.

Alberto Silva Franco, ao fazer menção à introdução do juízo de razoabilidade na definição do excesso de prazo, destaca o seguinte acórdão:

O direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos que, por sua vez, constitui, a causa da relação jurídica. O Código de Processo Penal data do início da década de 40. O país mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores. O prazo de conclusão não pode resultar de mera soma aritmética. Faz-se imprescindível racionar com o juízo da razoabilidade para definir o excesso de prazo. O discurso jurídico não é simples raciocínio de lógica formal (STJ – RHC 1.453 – Rel. Vicente Cernicchiaro – DJU, de 9 de dezembro 1991, p. 18.044).⁴⁷

O art. 403 do Código de Processo Penal deixa claro que “a demora determinada por doença do réu ou do defensor, ou outro motivo de força maior, não será computada nos prazos fixados no art.401”, regramento legal que pode ser aplicado relativamente a outros atos procedimentais, por força do art. 3º do citado estatuto.

Também não configurará constrangimento ilegal quando a demora na formação da culpa decorrer da realização de diligências solicitadas pela defesa, quando o excesso de prazo na conclusão do inquérito policial decorrer da retirada dos autos do cartório pela defesa e houver demora de sua devolução, quando houver necessidade de expedição de precatória para oitiva de testemunhas de defesa domiciliadas em outra comarca; em razão de pedido de produção de prova requerida pela defesa, advogado que, devidamente intimado, deixou de comparecer à audiência de oitiva de testemunhas de defesa; defesa que arrolou testemunhas de comarcas diversas com endereços fictícios.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 64, que diz o seguinte: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

É diferente o caso em que a defesa interpõe requerimento para a realização de diligência, a exemplo de perícia, e haja grande demora quanto à sua realização, o que caracterizaria o constrangimento ilegal por excesso de prazo para o encerramento da instrução, porquanto, *in casu*, não se pode atribuir à defesa a culpa pelo atraso.

⁴⁷ FRANCO, Alberto Silva, op.cit.,1992. p.257-258.

Dessa forma, quando a causa determinante da extrapolação do prazo para a consecução do ato que integra o procedimento é atribuível à defesa ou quando concorra motivo de força maior, tal circunstância não é levada em consideração para efeito de configuração da coação ilegal, porque está prevista em lei.

Vale ressaltar que o Código de Processo Penal foi promulgado no correr do ano de 1941 e que, a partir daí, o país passou a evoluir em todos os sentidos, notadamente o tecnológico. Vale salientar que o índice de criminalidade também evoluiu, o que gerou maior número de feitos criminais, não só tendo em vista o crescimento demográfico, mas, e principalmente, em decorrência da pobreza e da carência educacional do povo brasileiro, fatores determinantes da crescente criminalidade que assola esta nação.

Além disso, o Poder Judiciário não está acompanhando a evolução nacional, não só no sentido tecnológico, como também no setor da atividade humana propriamente dita, quer pela quantidade insuficiente de magistrados, tendo como parâmetro os processos em andamento, quer pela deficiência profissional de alguns de seus membros, quer pela quantidade também ínfima de seus auxiliares. Todos esses fatores, aliados a outros que com eles se apresentam concorrentes, demonstram que a morosidade nos atos instrutórios é alarmante, e que os prazos processuais, quase sempre, deixam de ser cumpridos.

A Lei Adjetiva Penal também é robusta de recursos e medidas que ocasionam mais demora. Tanto isso é verdade que há projetos no sentido de haver uma reforma da referida Lei no sentido de reduzir tamanha quantidade de recursos.

A morosidade da Justiça, tanto por fatores ligados à falta de pessoal quanto à própria burocracia da Lei, causa sem dúvida excesso de prazo e com certeza o *habeas corpus* poderá ser ventilado no caso de o respondente estar preso.

Paulo Lúcio Nogueira entende que o remédio heróico deveria ser cabível até mesmo como forma de dar andamento ao processo, mesmo estando o réu solto. Em um trecho da sua obra, o autor afirma:

Se o réu estiver solto também há prazo para o término da instrução mas, na hipótese, o abuso tornou-se regra, já que os processos se eternizam sem qualquer remédio. E tanto o *habeas corpus* como o *mandado de segurança* não têm sido admitidos como meios de objetivar o andamento de processos (RT, 612:317, 595:349), quando, no nosso entender, também deveriam ser acolhidos, pois um processo-crime

que se eterniza, sem o respectivo julgamento, não deixa de constituir constrangimento para as pessoas, trazendo-lhe até transtornos.⁴⁸

Tal situação também pode favorecer aqueles delinquentes que são culpados, porém não há uma sentença condenatória em virtude da demora do julgamento, ou, muitas vezes, o trânsito em julgado não ocorre pela interposição de diversos recursos.

De toda sorte, não se pode debitar à liberdade física do acusado, relativamente ao qual milita a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), a insuficiência do Poder Judiciário, malgrado a publicação do Código de Processo Penal nos idos de 1941. Em um passado não muito remoto, o Estado juiz cumpria com os prazos processuais relativamente aos acusados presos. Hodiernamente, esse cumprimento deveria ser mais preciso em face do avanço tecnológico, os meios mecânicos de funcionamento da Justiça, aliados que seja também à comunicação, os quais eram mais acanhados no passado. Logo, se o Poder Judiciário não está aparelhado, em múltiplos aspectos, para atender às determinações legais, não se pode, nos dias atuais, burlar a lei e sacrificar, indevidamente, a liberdade individual do réu sob a desculpa da dificuldade da instrução criminal. Se o acusado deve ser mantido preso cautelarmente, submetendo-se assim ao império da lei, por conveniência de ordem processual e social, a mesma obrigação legal tem o Estado de fazer com que sejam cumpridos os prazos processuais, sob pena de se ver caracterizado o constrangimento ilegal, corrigível pelo remédio heróico do *habeas corpus*.

Vale ressaltar que a grande maioria dos presídios no Brasil não dispõe da mínima infraestrutura para abrigar o preso. Além disso, a grande maioria sofre com a superlotação. Também boa parte é carente de recursos que garantam uma mínima possibilidade de ressocialização. Dessa forma o Estado deve evitar ao máximo limitar a liberdade daqueles que ainda não têm uma decisão condenatória definitiva.

Registre-se a situação daqueles que ficam retidos em Delegacias de Polícia. Grande parte não oferece a mínima estrutura para albergar tais detentos, o que sem dúvida viola os direitos humanos e o direito de liberdade.

Matéria que merece ser examinada com certa acuidade é aquela relativa ao excesso de prazo em virtude de greve dos servidores da Justiça. A jurisprudência se posiciona nesse sentido:

⁴⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 491.

Ementa: CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. RESISTÊNCIA À PRISÃO. FALSA IDENTIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. FEITO COMPLEXO. RÉUS CUSTODIADOS FORA DO DISTRITO DA CULPA. NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS E DE MOBILIZAÇÃO VIATURAS E ESCOLTA PARA OS ATOS INSTRUTÓRIOS. GREVE DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO. DEMORA JUSTIFICADA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PRAZO PARA CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO QUE NÃO É ABSOLUTO. TRÂMITE REGULAR. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese que se trata de processo criminal que tramita regularmente, tendo sido retardado, apenas em parte, em decorrência de os réus estarem custodiados em local diverso do distrito da culpa, da necessidade de praticar os atos instrutórios por meio de carta precatória, da dificuldade de movimentação dos réus por meio de viaturas e escoltas policiais, da greve dos servidores do Poder Judiciário, bem como da notória complexidade do feito e da necessidade de observância às formalidades.

II. A greve de servidores do Poder Judiciário constitui motivo de força maior, não configurando desídia da autoridade impetrada e não ensejando, por si só, a revogação da custódia cautelar. Precedente.

III. Por aplicação do Princípio da Razoabilidade, justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos.

IV. O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto.

V. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada.

VI. Ordem denegada.

HC 39640/SP; HABEAS CORPUS 2004/0163026-5. Relator: Ministro GILSON DIPP (1111). Órgão Julgador: T5- QUINTA TURMA. Data do julgamento: 17/05/2005. Data da publicação/fonte: DJ 06.06.2005 p.354⁴⁹

Em sentido contrário:

PRISÃO PREVENTIVA – Revogação – Excesso de prazo no encerramento da instrução – Demora imputável à greve dos funcionários do Judiciário – Paralisação que não constitui motivo de força maior a justificar a permanência de réu ainda não condenado sob custódia cautelar – “Habeas corpus” concedido – Inteligência do art. 798, § 4º, do CPP.

A prisão preventiva sem fundamento em decisão transitada em julgado é de ser tratada em caráter de exceção, só cabível nos estritos termos da lei.

Reconhece-se que a greve dos funcionários do Judiciário constitui situação anormal, inesperada e indesejada por todos, mas não pode ter a força de se erigir em motivo de força maior a justificar a permanência do réu ainda não condenado na prisão, para os fins do art.798, § 4º, do CPP.

HC 96.322 – 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. – j. 15.8.90 – rel. Dês. Luiz Betanho. ⁵⁰

A tese jurisprudencial vencedora deveria ser aquela que não concebe como força maior a paralisação dos serviços da Justiça por motivo de greve de seus integrantes, não só em face dos elementos de convicção contidos nos acórdãos que campeiam nesse entendimento, bem como pelo fato de que a greve no serviço público é matéria de responsabilidade exclusiva do Estado, que muitas vezes emerge da falta de cumprimento de seu dever legal, notadamente quando se cuida de vencimento do servidor da Justiça, bem como de falta de competência

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < www.stj.gov.br >. Acesso em: 17 jul. 2007.

⁵⁰ REVISTA DOS TRIBUNAIS. Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, ano 79, v.661, p.284, nov.1990.

política para sufocá-la de imediato, fatos esses que não podem ser atribuídos àquele que está aguardando, dentro do prazo legal, um pronunciamento jurisdicional.

Porém, analisando-se a atual situação jurisprudencial no STJ, nota-se que a majoritária é aquela que defende que não seria constrangimento ilegal em virtude do princípio da razoabilidade.

Em se cuidando do processo penal do júri, os atos procedimentais deverão ser realizados no prazo máximo de 60 dias, sob pena de restar configurado o constrangimento ilegal. O prazo deve ser observado da seguinte forma: 10 dias para o encerramento do inquérito policial (art. 10 do CPP); 5 dias para a formalização da denúncia (art. 46 do CPP); 3 dias para a defesa prévia (art. 395 do CPP); 20 dias para a inquirição das testemunhas (art. 401 do CPP); 10 dias para as alegações finais das partes (art. 406 do CPP); 2 dias para a conclusão dos autos ao juiz (art. 407 do CPP) e 10 dias para a sentença processual de pronúncia (art. 800, II e § 3º, do CPP).

Entretanto, “pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução” (Súmula 21 do STJ).

Em se tratando da prisão temporária insculpida no art. 2º da Lei n. 7.960/89, essa terá a duração de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Logo, vencido o prazo único ou o prorrogado, o indiciado deverá ser colocado imediatamente em liberdade, sob pena de coação ilegal, suscetível de correção via *mandamus*, salvo se sobrevier sua prisão preventiva (§ 7º do art. 1º).

Vale ressaltar que, no caso de crimes hediondos, o prazo de prisão temporária é distinto. É só verificar o art. 2º §3º da Lei 8072/90 onde fica destacado que o prazo nesse tipo de delito é de trinta dias prorrogável por mais trinta dias. Acerca dos prazos, de acordo com a Nova Lei de Tóxicos, Fernando Capez diz:

O prazo se compõe da seguinte somatória: 30 dias para a conclusão do inquérito + 10 dias para o Ministério Público oferecer a denúncia + 1 dia para o juiz proferir o despacho de notificação do acusado (cf. CPP, art.800, III) + 10 dias para a defesa preliminar (chamada de prévia) + 5 dias para o juiz decidir + 10 dias para diligências determinadas pelo juiz + 1 dia para recebimento da denúncia (cf. CPP, art.800, III), + 30 dias para designação da audiência de instrução e julgamento (cf. art. 56, §2º) + 10 dias para sentença (art.58) = 107 dias.

Se o prazo para conclusão do inquérito for dobrado, nos termos do art.51, parágrafo único, da Lei n. 11343/06, deve-se acrescentar mais 30 dias, totalizando, então, 137 dias.

Se houver necessidade de exame de dependência no acusado, a audiência de instrução e julgamento será designada em 90 dias, e não em 30, nos termos do art.56, §2º, da Lei 11343/06. Com isso, o prazo passa a ser de 167 dias ou 197 dias, conforme o caso.

Resumindo: os prazos para encerramento da instrução passam a ser:

- a) 107 dias (sem duplicação do prazo do inquérito e sem exame de dependência);
- b) 137 dias (com duplicação de prazo do inquérito e sem exame de dependência);
- c) 167 dias (sem duplicação de prazo e com exame de dependência);
- d) 197 dias (com duplicação e com exame de dependência).⁵¹

Não sendo obedecidos tais prazos, o *habeas corpus* poderia ser manejado para instância superior, se o acusado estiver preso. Nada impediria que primeiro fosse impetrado um pedido de relaxamento de prisão para o próprio juiz.

Apesar de a Lei fazer a previsão de tais prazos, no caso o Código de Processo Penal, quando se trata de crime comum ou de competência do júri, bem como as Leis Extravagantes, no caso a Lei de Tóxicos, muitas vezes não se vê o cumprimento de tais regras, o que é um flagrante desrespeito à liberdade do indivíduo. O pior é que o descumprimento dos prazos se tornou uma regra e não uma exceção.

Outro artigo que muitas vezes é combatido pela doutrina e jurisprudência, e que dá azo à impetração de *habeas corpus*, é o disposto no art. 59 da Lei 11343/06, o qual diz que o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória. Segundo Guilherme Nucci:

Portanto, condenado por tráfico ilícito de entorpecentes, cujas penas são elevadas, se for reincidente e/ou tiver maus antecedentes, deve o juiz impor a prisão cautelar, para assegurar a ordem pública (art.312, CPP). Pensamos que cada caso deve ser analisado de per si. Não se pode extrair uma fórmula padronizada para todos os acusados, até pelo fato de não se definir, em lei, o que sejam *maus antecedentes*. Outro ponto é que a reincidência pode ocorrer, mas por crime anterior considerado banal, não se justificando a prisão cautelar. Em conclusão, a regra é o apelo em liberdade de quem é primário e tem bons antecedentes. Excepcionalmente, feita a devida motivação, poderia aguardar o apelo livre aquele que não represente perigo a ordem pública, um dos requisitos previstos no art. 312 do CPP para a decretação da prisão preventiva.⁵²

Acerca dos tipos de prisões existentes na Lei Adjetiva, insere-se no âmbito da prisão processual aquela decorrente da flagrância delitiva (art. 301 do CPP), a preventiva (art. 311 do CPP), a emergente da sentença processual de pronúncia (art. 408, § 1º, do CPP) e a proveniente de sentença definitiva de mérito recorrível (art. 594 do CPP). Não se pode olvidar a existência da prisão temporária que já foi debatida.

⁵¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.4. p.748-749.

⁵² NUCCI, Guilherme. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.818.

Questão controvertida e que muitas vezes desafia o uso do remédio heróico é o disposto no art. 7º da Lei 9034/95, que trata do Crime Organizado. O referido artigo diz o seguinte: “não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham intensa e efetiva participação na organização criminosa”.

Tal dispositivo, de certa forma, proíbe a liberdade provisória, sem que estejam presentes os requisitos da prisão cautelar previstos na Lei, ofendendo o princípio constitucional do estado de inocência (art.5, LVII da CF). Dessa forma, se todos se presumem inocentes até que se demonstre sua culpa, não se pode conceber que alguém, presumivelmente inocente, permaneça enclausurado antes de sua condenação definitiva, salvo se estiverem presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Segundo Capez:

O *fumus boni iuris* consiste na existência de elementos indiciários suficientes, que possam autorizar o juízo de probabilidade (não necessariamente de certeza) da autoria de uma infração penal. É a prova mínima capaz de infundir no espírito do julgador, ao menos, a possibilidade de que o indiciado ou réu tenha cometido o fato típico e ilícito que lhe imputam. O *periculum in mora* reside na temeridade de aguardar o desfecho do processo, para, só então, prender o indivíduo, diante da probabilidade de que, solto, venha a colocar em risco a ordem pública (cometendo outros crimes), turbar a instrução criminal (ameaçando testemunhas e destruindo provas) ou frustrar a aplicação da lei penal (fugindo sem deixar notícias de seu paradeiro). Presentes os requisitos, não resta dúvida de que a prisão provisória deve ser decretada. Nesse caso, tem incidência a Súmula 9 do STJ, no sentido de que a prisão provisória não colide com o estado de inocência. A própria Constituição Federal, ao prever a prisão em flagrante (art.5º, LXI), deixa clara a possibilidade de prisão antes da condenação definitiva.⁵³

Não é o que ocorre na mencionada Lei. Está havendo uma proibição da liberdade provisória sem que sejam sequer examinados os requisitos da tutela cautelar. Dessa forma está havendo uma invasão de Poderes, o Judiciário não teria mais poder decisório nesse caso. É uma afronta ao princípio da Separação dos Poderes, além do estado de inocência.

A Lei dos Crimes Hediondos também proibia a liberdade provisória. Porém, com o advento da Lei nº 11464/07 tal polêmica deixou de existir, pois houve uma alteração na Lei 8072/90, deixando a cargo do magistrado permitir ou não liberdade provisória nos termos da Lei Adjetiva Penal.

Inúmeros *habeas corpus* foram impetrados no sentido de ser resguardado o direito de liberdade provisória de acordo com os requisitos previstos no CPP. A alteração na Lei dos Crimes Hediondos já sepultou tal situação. Urge que a Lei do Crime Organizado também seja alterada nesse sentido, sob pena de afrontar os referidos princípios constitucionais.

⁵³ CAPEZ, Fernando, op.cit., 2007. p.254.

Outra flagrante inconstitucionalidade prevista na Lei 9034/95 é o constante do art. 9º, o qual diz que o réu não poderá apelar em liberdade nos crimes previstos nesta Lei. As mesmas críticas feitas ao art. 7º também se prestam ao art. 9º. Há um conflito com o estado de inocência, que é uma antecipação da execução da sentença condenatória. O Poder Legislativo está invadindo competência que é do Poder Judiciário. Vale ressaltar que se o réu vinha respondendo o processo preso e agora ele vem a ser condenado, o entendimento do STJ é que o respondente não poderá apelar em liberdade, pois já havia os motivos da segregação cautelar antes da sentença.

O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 faz referência à prática da tortura, deixando assente em seu espírito que deveria haver a criação de tipos penais prevendo os denominados crimes de tortura, o que se torna necessário em face do princípio da reserva legal inscrito no inciso XXXIX do art. 5º desse diploma Maior. Diante disso, o legislador infraconstitucional confeccionou a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define os crimes de tortura, além de estabelecer outras providências de ordem processual penal.

No que concerne à matéria de cunho processual penal, o legislador extravagante previu que esse delito é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 1º, § 6º), não fazendo nenhuma referência à prisão temporária.

Como visto precedentemente, a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, equiparou aos crimes hediondos a *prática da tortura*.

Em circunstâncias desse matiz, como o crime de tortura está disciplinado em lei extravagante própria, cumpre saber se em relação a ele se aplicam os dispositivos sobre a prisão temporária elencados nas leis anteriores lembradas.

Não resta a menor dúvida de que o legislador extravagante, por mais uma vez, foi negligente em seu mister de elaborar normas legais, uma vez que deveria ter feito expressa menção à situação concernente à prisão temporária, já que se preocupou expressamente com outras questões de ordem processual, evitando dessa maneira questionamentos de ordem doutrinária e jurisprudencial, já que não pode escapar do intérprete situação legal desse naipe.

Embora a omissão detectada seja flagrante, além de lamentável, uma vez que a lei deve primar pela possível perfeição, não dando azo a dúvidas, notadamente no campo que envolve as liberdades individuais, há de se entender que a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, não

revogou tacitamente o dispositivo contido na Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que permite a decretação da prisão temporária por trinta dias, prorrogável por idêntico período, no que diz respeito à prática da tortura (art. 1º, parágrafo único).

Essa inteligência encontra apoio no seguinte motivo de ordem legislativa: a lei que instituiu o crime de tortura no quadrante analisado não mostra nenhuma incompatibilidade com a lei instituidora dos crimes hediondos, na qual a provocação dos maus-tratos físicos ou morais à pessoa a eles equipara-se.

Concluindo, a prisão temporária tem plena aplicação relativamente ao crime de tortura e, uma vez decretada sua duração, não pode exceder os limites traçados pela lei que dispõe sobre os crimes hediondos, sob pena de caracterizar constrangimento ilegal amparado pelo *mandamus* estudado, exceto se sobrevier a prisão preventiva do indiciado.

Em termos de incomunicabilidade do indiciado (art. 21 do CPP), haverá coação ilegal de sua liberdade física se aquela não cessar após o terceiro dia de seu cumprimento, o que ensejará também a utilização do *habeas corpus*. É bom deixar claro que não pode haver incomunicabilidade no tocante à entrevista do indiciado com o seu advogado.

Questão muito polêmica acerca da liberdade provisória era a prevista no art. 21 da Lei 10826/03, ou seja, o Estatuto do Desarmamento. Esse artigo proibia a liberdade provisória nos crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18. Os artigos em comento tratam, respectivamente, do porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, do comércio ilegal de arma de fogo e do tráfico internacional de arma de fogo.

Da mesma forma como ocorria nas mencionadas Leis dos Crimes Hediondos e do Crime Organizado, havia uma intensa crítica da doutrina acerca dessa proibição.

Não seria justo o legislador negar tal benefício sem que fossem analisados os requisitos previstos no Código de Processo Penal. Estava havendo um desrespeito ao princípio da separação dos poderes. O princípio constitucional do estado de inocência (art.5º, LVII) também estava sendo desrespeitado.

Quando o legislador prevê a proibição da liberdade provisória no Estatuto do Desarmamento, há um desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Seria até possível tal proibição quando se trata de crimes hediondos, pela gravidade de tais delitos. No caso da Lei

10826/03, trata-se de crimes de perigo abstrato, nos quais não há necessidade de um resultado naturalístico. Segundo Capez:

Proporcionalidade significa que a pena deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social; deve ser proporcional à extensão do dano, de forma que se exige maior rigor para casos de maior gravidade (art.5º, XLII, XLIII, XLVI) e moderação para infrações menos graves (art.98, I). Sucede que a resposta penal estatal aos crimes previstos nos arts.16,17 e 18 do novo Estatuto do Desarmamento é desproporcional, quando comparada ao tratamento dispensado a crimes como homicídio doloso simples. A lei penal não veda a liberdade provisória para aquele que, com a vontade livre e consciente, ceifa a vida de outrem, mas, numa aberração jurídica, proíbe a liberdade provisória ao indivíduo que armazena em sua residência acessórios de arma de fogo.⁵⁴

Recentemente, o STF, na ADI nº 3112, decidiu pela inconstitucionalidade do referido artigo que veda a liberdade provisória. Além disso, também deu por prejudicados os artigos 14 e 15 nos parágrafos do referido Diploma que negava a possibilidade de ser concedida fiança aos autores de crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, bem como no caso de disparo de arma de fogo.

Dessa forma, a Corte Superior decidiu o que já vinha sendo cotejado há muito tempo nos Tribunais inferiores em sede de *habeas corpus*.

2.8 Quando estiver extinta a punibilidade

O art. 648 do Código de Processo Penal diz que a coação também será ilegal quando extinta a punibilidade. O Código Penal, no art. 107, diz o seguinte:

Extingue-se a punibilidade:
 I – pela morte do agente;
 II – pela anistia, graça ou indulto;
 III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
 IV – pela prescrição, decadência ou preempção;
 V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
 VI – retratação do agente, nos casos em que a lei admite;
 VII – (Revogado pela Lei nº 11106, de 28-3-2005.)
 VIII - (Revogado pela Lei nº 11106, de 28-3-2005.)
 IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.⁵⁵

O primeiro dispositivo trata da morte do agente. O critério utilizado pela medicina e adotado na Lei Penal é o da morte cerebral previsto, inclusive, na Lei nº 9434/97 (Lei de Transplante de Órgãos). A partir desse momento é autorizado o registro do óbito dessa pessoa.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando, op.cit., 2007. p.420-421.

⁵⁵ BRASIL. **Códigos**: Penal, Processo Penal e Constituição Federal. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 293.

Obviamente tal causa pode ocorrer em qualquer momento da persecução penal. Vale ressaltar que no Direito Penal nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente (art.5º, XLV da CF).

Se forem vários réus, essa causa é personalíssima, não se estendendo aos demais. Dessa forma não se aproveita a dita causa de extinção aos demais autores e partícipes do crime.

Se a morte ocorrer após o trânsito em julgado da condenação, a morte só extinguirá os efeitos penais, principais e secundários, não afetando, no entanto, os extrapenais. Pode haver a execução da sentença penal no cível contra os sucessores do falecido. Só se comprova a morte mediante a certidão de óbito. Sobre tal assunto Fernando Capez diz o seguinte:

A declaração de ausência prevista pelos arts. 22 e seguintes do novo Código Civil não se equipara à morte, uma vez que a finalidade é apenas patrimonial: nomeação de um curador para administrar os bens do ausente, nos termos do art.23 do Código Civil, e estabelecer a sucessão provisória (CC, arts.26 a 36) e, depois, definitiva (CC, arts.37 a 39). Ausente é aquele que desapareceu, e não aquele que morreu. Nas hipóteses do art.7º, I e II, do CC, no entanto, a legislação prevê a prolação de uma sentença judicial, fixando, inclusive, a provável data da morte. Tal ocorre “ se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida” (CC, art.7º, I) e “se alguém desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra” (CC,art.7º, II). Outra hipótese encontra-se na Lei de Registros Públicos, art.88 e parágrafo, e consiste no desaparecimento em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, desde que provada a presença da pessoa no local e desde que esgotados os meios possíveis de localização do cadáver. Nesses casos, diferentemente da ausência, lavra-se a certidão de óbito e julga-se extinta a punibilidade penal, nos termos do art.107, I, do Código Penal.⁵⁶

Caso comum que ocorre é a decretação da extinção da punibilidade do agente com base em certidão de óbito falsa, inclusive com o trânsito em julgado. Há posicionamentos de que não poderia haver revisão criminal no sentido de se punir o autor do crime, em virtude de não ser possível tal revisão *pro societate*. Porém, tanto no STF quanto no STJ, o entendimento é de que a sentença que declarou extinta a punibilidade com base em certidão de óbito falsa pode ser rescindida, não constituindo ofensa à coisa julgada, sendo certo que o erro material não transita em julgado, podendo ser corrigido a todo tempo. Sobre o assunto, o STJ decidiu da seguinte forma:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE EXTINGUIU A PUNIBILIDADE DO AGENTE PELA MORTE. CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA.
O desfazimento da decisão que, admitindo por equívoco a morte do agente, declarou a punibilidade, não constitui ofensa à coisa julgada. (STF, HC 60095/RJ, Rel. Min. Rafael Mayer). Ordem denegada

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.p.519.

HC 31234/MG; HABEAS CORPUS 2003/0190092-8. Relator: Ministro FELIX FISCHER (1109). Órgão Julgador: T5 – Quinta Turma. Data do julgamento: 16/12/2003. Data da publicação/ Fonte: DJ 09.02.2004 p.198⁵⁷

Sobre a anistia, graça e indulto são espécies de indulgência, clemência, perdão emitidas pelo Estado. Trata-se da renúncia ao direito de punir.

A anistia, concedida pelo Congresso Nacional, tem como propósito conceder o perdão de crimes, geralmente de cunho político, militar ou eleitoral. Pode ser concedida antes ou depois da condenação, podendo ser total ou parcial. A anistia extingue todos os efeitos penais, inclusive o pressuposto da reincidência.

O indulto e a graça são concedidos pelo presidente da República para comutação de pena a condenados por crimes comuns. Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

A graça tem por objeto crimes comuns e dirige-se a um indivíduo determinado, condenado irrecorrivelmente. A atual Constituição Federal, no entanto, não mais consagra a graça como instituto autônomo, embora continue relacionado no Código Penal em vigor. Por isso, na prática, a graça tem sido tratada como indulto individual. A iniciativa do pedido de graça pode ser do próprio condenado, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa (art.188 da LEP).⁵⁸

O indulto coletivo destina-se a um grupo indeterminado de condenados, depende da natureza do delito e quantidade de pena aplicada, bem como os antecedentes, além de outros requisitos estabelecidos no decreto que vir a expedir tal perdão. Há indultos que funcionam apenas como benefícios não interferindo na pena como um todo. É o caso do indulto natalino, do dia dos pais, do dia das mães, que tem apenas o objetivo de conceder ao condenado que tem bom comportamento o direito de passar tais datas com a família em casa. Depois disso ele deve retornar para cumprir o restante da sua pena.

No tocante aos crimes hediondos, a Constituição Federal, em seu art.5º, XLIII, proíbe a concessão da anistia e do indulto para tais crimes e os equiparados, no caso: tóxicos, tortura e terrorismo.

A *abolitio criminis* é outro dispositivo previsto no art. 107, III do CP, como forma de extinção da punibilidade. A lei nova que descriminalizar o fato praticado pelo agente extingue o próprio crime e, conseqüentemente, se iniciado o processo, este não prossegue; se

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < www.stj.gov.br >. Acesso em: 15 ago. 2007.

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral I. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 709-710.

condenado o réu, rescinde a sentença, não subsistindo nenhum efeito penal, nem mesmo a reincidência. Nesse sentido é a lição de Heleno Cláudio Fragoso:

421. Não há crime sem lei anterior que o defina. Se desaparece a ilicitude penal do fato, é porque se considera que a ação realmente não atinge os interesses que se pretendia proteger, ou que estes não merecem a tutela jurídico-penal. Ninguém pode ser punido por fato que se tornou penalmente irrelevante. Extingue-se, em tal caso, a punibilidade, cessando a execução e os efeitos penais da sentença condenatória (art.2º, CP). Subsistem apenas os efeitos civis. A *abolitio criminis*, como a anistia, faz desaparecer o próprio crime, tornando o agente à condição de primário.⁵⁹

Prescrição é a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão de seu não exercício, dentro de prazo previamente fixado. O Código Penal, de toda sorte, traz causas que podem suspender ou interromper o prazo prescricional, as quais estão previstas nos arts. 116 e 117.

Decadência seria a perda do direito de ação privada ou do direito de representação, em razão de não ter sido exercido dentro do prazo legalmente previsto. Prejudica não só a ação, mas o próprio direito da parte. Já a perempção é a perda do direito de prosseguir no exercício da ação penal privada, seria uma sanção aplicada ao querelante pela sua inércia. Nesse caso o querelante já iniciou a ação privada, porém deixa de realizar atos necessários ao seu prosseguimento, não movimentando o processo, desafiando o instituto da perempção previsto no art. 60 do Código de Processo Penal.

Nesses casos, não mais existe o *ius puniendi* estatal. Por estar extinta a punibilidade, faltarão justa causa para ação, para a prisão ou para a ameaça à liberdade física do réu ou condenado, dando margem à impetração do *habeas corpus*. Nesse sentido foi o entendimento do STJ ao julgar um *habeas corpus*, em que, além de ter sido reconhecida a prescrição em um crime, também a ação foi trancada em virtude da falta de tipicidade:

CRIMINAL. HC. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECONHECIMENTO EM RELAÇÃO AO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE CONFIGURADA. USO DE DOCUMENTO FALSO. CÓPIA DE RECIBO SEM AUTENTICAÇÃO. ATIPICIDADE RECONHECIDA. IMPOSSIBILIDADE DE CAUSAR DANO À FÉ PÚBLICA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o paciente, na qualidade de advogado, apropriou-se dos valores depositados pelo INSS em favor da vítima, tendo, posteriormente, no bojo da ação a prestação de contas contra ele ajuizada, juntado cópia de recibo falso sem autenticação a fim de demonstra o repasse da importância ao aposentado.

II. Resta evidenciada a ocorrência da extinção da punibilidade do acusado no que tange ao delito de apropriação indébita, pela prescrição retroativa, pois, entre as

⁵⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Atualizado por Fernando Fragoso. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.512.

datas do fato e do recebimento da denúncia, já se consumou o lapso prescricional necessário para tanto, a teor do disposto no art. 109, inciso V do Código Penal.

III. Tendo o réu sido condenado pela prática do delito de uso de documento falso, o prazo necessário à extinção da punibilidade não se consumou, pois não foi ultrapassado lapso temporal igual ou superior a 4 anos entre quaisquer dos marcos interruptivos previstos no art.117 do Código Penal.

IV. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a cópia de documento sem autenticação não possui potencialidade para causar dano à fê pública, não podendo ser objeto material do crime de uso de documento falso. Precedentes.

V. Deve ser concedida a ordem para decretar a extinção da punibilidade do paciente, em relação ao delito de apropriação indébita, pelo reconhecimento da prescrição retroativa, bem como para cassar a sentença condenatória e o acórdão recorrido, determinando-se o trancamento da ação penal instaurada em desfavor do paciente no que pertine ao crime de uso de documento falso, em face da atipicidade da conduta, prejudicados os demais argumentos aventados na impetração.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

HC 58298/SP; HABEAS CORPUS 2006/0091354-5, Relator: Ministro GILSON DIPP (1111), Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA, Data do julgamento 24/04/2007, Data da publicação/Fonte: DJ 04.06.2007 p.384.⁶⁰

A verificação da extinção da punibilidade pode ocorrer antes do início da ação penal pública ou privada, nos casos da prescrição da pretensão punitiva, decadência, renúncia, etc. Cumpre ao juiz, com fulcro no art. 43, III, do Código de Processo Penal, rejeitar a postulação. Assim, só poderá ser exercido o direito de ação quando não estiver extinta a punibilidade, ou seja, quando ainda houver o *ius puniendi*.

Diante disso, se não obstante a causa extintiva da punibilidade, o juiz, por decisão interlocutória, receber a denúncia ou queixa, permitindo o ajuizamento da ação penal, evidente será a coação ilegal, permitindo que a ação penal seja trancada por intermédio do *writ of mandamus*. Cumpre notar que o processo, como forma de composição de litígio, sempre proporciona coação indireta, virtual perigo à liberdade física do acusado.

Havendo a extinção da punibilidade, a ação penal e o próprio processo penal condenatório perdem seus objetos, devendo a instância parar de fluir. Isso ocorrendo, cumpre ao juiz declarar, *ex officio*, a extinção da punibilidade (art. 61 do CPP). Trata-se de matéria de ordem pública.

A extinção da punibilidade poderá ocorrer após o trânsito em julgado, na fase de execução da *sanctio legis*, em casos da prescrição da pretensão executória ou em casos de anistia, indulto, etc. Isso ocorrendo, compete ao juiz da execução declarar extinta a punibilidade, de ofício, ou por provocação, segundo o disposto no art. 66, II, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal. Não o fazendo, patente será a coação ilegal, corrigível por intermédio do *writ* em apreço.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < www.stj.gov.br >. Acesso em: 20 ago. 2007.

Tratando-se de maior de 70 anos, na data da sentença, o prazo de prescrição deve ser reduzido pela metade, tendo em vista o disposto no art. 115, do Código Penal. No caso do menor de vinte e um anos, se condenado, verifica-se a data em que cometeu o crime e os prazos de prescrição são reduzidos pela metade. Ilegal a sua prisão quando executada depois da incidência dessa causa extintiva da punibilidade. Ainda, extinta a punibilidade do fato em virtude da ocorrência da prescrição, impõe-se o trancamento do inquérito policial por restar configurado constrangimento ilegal.

Deve ser também declarada a extinção da punibilidade em virtude da prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 107, IV, do CP, quando, uma vez desaparecidos os autos do processo-crime a que responde o paciente e não sendo restaurados pela inércia dos órgãos da justiça, já se encontra exaurido o lapso de tempo imposto pela lei para o exercício da ação penal.

A renúncia e o perdão também estão previstos como causas de exclusão da punibilidade. A primeira trata-se da manifestação de desinteresse de exercer o direito de queixa, que só pode ocorrer em ação de exclusiva iniciativa privada. Somente pode ocorrer antes de iniciada a ação. Já o perdão consiste na desistência do querelante de prosseguir na ação penal privada. É ato bilateral e só tem validade se for aceito pelo querelado.

A retratação está prevista principalmente nos casos de crime contra honra, dentre eles a calúnia e a difamação, conforme o disposto no art. 143 do CP. Através desse instituto, o agente reconsidera a afirmação anterior e, assim, procura impedir o dano que poderia resultar da sua falsidade.

A injúria não admite retratação, com exceção daquela praticada através da imprensa (art.26 da Lei n. 5250/67). A injúria atinge a honra subjetiva; é a ofensa da palavra ou do gesto, que ninguém pode retirar. Já na calúnia e difamação, o dano resulta da argüição falsa de fatos criminosos ou não criminosos. É possível que o acusador negue tais fatos. Se por acaso a vítima se achar desagravada, não há mais sentido em se continuar com tal ação.

O perdão judicial é uma causa extintiva da punibilidade consistente em uma faculdade do juiz de, nos casos previstos em lei, deixar de aplicar a pena, em face de justificadas circunstâncias excepcionais. Um exemplo disso seria quando o agente provoca um acidente no qual morrem esposa e filho. Há no crime do homicídio culposo a previsão de tal instituto (art.121§5º do CP), pois não há porque punir tal pessoa em virtude das conseqüências do

crime serem tão graves para o agente, que perde sentido a aplicação de uma pena. A não oferta de tal instituto, quando presentes as condições, também poderia ensejar o manejo do *habeas corpus*.

2.9 Quando o processo for manifestamente nulo

O processo-crime ofende o *status dignitatis* do indivíduo. Destarte, somente se admite a persecução penal quando fundada na lei e observadas suas formalidades, para que não se configure a ameaça ao direito de locomoção e, posteriormente, a própria violência a esse direito. Esta preocupação do legislador quanto à dignidade do indivíduo está realçada na própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIV: “– ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

As nulidades estão previstas no art. 564 do Código de Processo Penal. Pode ocorrer por ilegitimidade de parte (iniciativa do Ministério Público, quando é exclusivamente do ofendido); falta de condição de procedibilidade (não ter sido formulada representação, nos casos em que a ação pública a ela está subordinada); por intervenção de juiz incompetente, suspeito ou subornado; por não ter sido nomeado defensor ao réu, ferindo dessa forma o princípio da ampla defesa previsto na Constituição Federal. Sobre autoridade coatora, Ary Azevedo Franco diz o seguinte:

Igualmente se justifica o *habeas corpus* por nulidade, ocorrendo a ilegitimidade de parte, mas já não deverá ser entendido assim, e apenas com fundamento na alínea II deste artigo, quando se verificar a incompetência da autoridade coatora.⁶¹

Não se concebe um processo penal condenatório sem litígio penal, sem uma acusação, sem uma imputação de fato delituoso e sem um pedido de condenação. Tanto a acusação quanto o pedido condenatório são feitos na denúncia ou queixa-crime. Portanto, faltando uma dessas peças angulares da relação jurídico-processual indubitavelmente faltarão também a acusação e o pedido condenatório, gerando como consequência irrefutável a inexistência da precitada relação.

Outro pressuposto de existência da relação jurídico-processual é um órgão dotado de jurisdição. O Estado, pelo Poder Judiciário, procura por meio do devido processo legal, que se desenvolve em uma série de atos coordenados, verificar qual dos litigantes tem razão, aplicando a lei ao caso concreto, solucionado, assim, a demanda. O processo é o instrumento

⁶¹ FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal** (Comentários aos arts. 503 a 811, seguidos de formulários correspondentes). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.216.

pelo qual o Estado-juiz compõe o conflito intersubjetivo de interesses, dando a cada um aquilo que é seu.

Essa função do Estado-juiz de aplicar o direito positivo vigente em uma situação litigiosa concreta, por meio do processo, substituindo as partes em lide, chama-se jurisdição. Somente é conferida ao juiz de direito, independentemente do grau de jurisdição. Atualmente, há certas formas de composição de litígios, principalmente na esfera cível, que podem ser conferidas a outros órgãos ou pessoas. Um exemplo disso é o do juízo arbitral. De toda sorte, nada impede que se a parte se sentir lesada nesse juízo, ingresse na Justiça.

A jurisdição ou poder de julgar, como critério de substituição das partes em litígio, não é ampla nem ilimitada, mas é limitada em lei. No caso, quem a limita ou a delimita é a própria Constituição Federal.

A ampla defesa e o contraditório são princípios constitucionais que devem ser observados no processo. De acordo com a Lei nº 10792/03 até mesmo no interrogatório é obrigatória a presença do defensor. Segundo a Lei nº 11449/07, havendo prisão em flagrante de uma pessoa que não tenha advogado, é obrigado que o defensor público seja informado dessa situação no prazo máximo de 24 horas. No tocante ao contraditório e à intervenção do Ministério Público, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

Cabe ao Ministério Público a titularidade da pretensão punitiva do Estado quando é levada a Juízo, ou seja, a função de acusar em nome da Justiça Pública (item 9.3.4). Por isso, há nulidade na falta da ‘intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada’ (letra d, 1ª parte). Há na hipótese quebra do princípio do contraditório e, eventualmente, a da falta de legitimidade *ad causam* na propositura da ação pública por particular (item 18.2.3). Trata-se, assim, de nulidade absoluta. Também há nulidade, agora de caráter relativo, na falta de intervenção do Ministério Público na ação “‘intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública’ (letra d, 2ª parte), e mesmo de ação de iniciativa privada exclusiva. Não há, nessas hipóteses, quebra do princípio do contraditório e a nulidade estará sanada se não argüida no momento oportuno. De qualquer modo, a intervenção do Ministério Público deve ser assegurada, dando-se-lhe ciência de tudo que ocorrer no processo, mediante notificações e intimações pessoais, bem como da oportunidade de se manifestar nos autos, com a vista destes.”⁶²

É possível, quando não há advogado, que seja nomeado um defensor público, porém tal defensor é um advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. No caso da ausência do Ministério Público, não é possível a nomeação de um promotor *ad hoc* ser nomeado, pois as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira (art. 128 § 2º, 1ª parte, da Constituição Federal).

⁶² MIRABETE, Julio Fabbrini, op.cit., 2007. p.619.

Poderia ser mencionado como manifestamente nulo o processo por falta de alegações finais; por omissão do acórdão em examinar ou apreciar preliminar argüida; por ter havido colidência de defesa, na hipótese em que um único advogado defende o réu que realizou o furto e aquele que foi acusado de recepção, sendo certo que este último negou a prática delitativa; falta de quesito obrigatório no procedimento do júri; falta de manifestação do Ministério Público em sede de ação penal privada; defesa realizada por bacharel não habilitado para o exercício da advocacia. De toda sorte a nulidade só ocorre quando for manifesta. Nesse sentido, Pontes de Miranda ensina que:

As nulidades do processo somente permitem o *habeas-corpus* quando ‘manifestas’. O adjetivo aparece, ou aparecem sinônimos, nos textos das leis, tentando demarcar o terreno da nulidade que existe, porém não ressalta, e o terreno da nulidade que ressalta. *De iure condendo*, é reprovável que se faça depender de tão vago limite a existência de pressuposto de qualquer remédio processual. Certamente, só se trata de nulidade absoluta, pronunciável de ofício, ou de nulidade relativa, argüida em tempo hábil e não sanada. É preciso que, no momento em que se julga o pedido de *habeas-corpus*, nulidade haja. É preciso mais que, se a nulidade tivesse sido decretada, o constrangimento não tivesse ocorrido, ou fosse ilegal, ou seja ilegal. Portanto, é pressuposto o nexa causal entre a ilegalidade do constrangimento e a permanência do ato cuja nulidade deveria ser decretada, ou tem de ser decretada. Se a nulidade não influiria na prisão, ou outro constrangimento à liberdade física, ou nessa não pode influir, a sua decretação – em processo de *habeas corpus* – seria fundamentalmente inútil.

Por outro lado, uma vez que a decretação da nulidade de um ato causa a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüentes (Código de Processo Penal, art. 573, §1º), basta que a prisão ou constrangimento ilegal provenha de um desses atos dependentes ou conseqüentes.⁶³

Também há nulidade quando não existe sentença, já que é nesta que se aplica o direito ao caso concreto que é a finalidade do processo. A decisão não assinada pelo prolator também gera o mesmo efeito. O excesso de prazo na prolação da sentença acarreta, se for excessiva a demora, a soltura do acusado em prisão cautelar, o que pode ser auferido com a interposição do remédio heróico.

O erro de classificação do crime, quando acarreta prejuízo ao réu no tocante à sua liberdade, pode ser corrigido em processo de *habeas corpus*, mediante anulação da sentença. Dessa forma evita-se que haja um constrangimento no sentido de a pessoa responder por uma qualificadora inexistente, conseqüentemente com uma pena bem superior ao crime na forma simples. O erro na dosimetria da pena pode dar ensejo à anulação de uma sentença. Nesse sentido, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o seguinte *habeas corpus*:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE

⁶³ MIRANDA, Pontes de., op.cit., 1955. p. 429.

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VIOLAÇÃO DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Malgrado haja certa discricionariedade na fixação da pena-base, a sua exasperação acima do mínimo deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, X, CF)

2. É nula a dosimetria da pena que não atende ao disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, sendo a fixação da pena-base desprovida de fundamentação com elementos concretos, bem como realizada em desacordo com o critério trifásico.

3. A reincidência, além de ter sido considerada em momento inadequado, não restou demonstrada pelo magistrado, que se limitou a afirmar que o réu praticou o delito quando se encontrava preso por outro motivo, situação que, por si só, não caracteriza a referida circunstância agravante.

4. Ordem concedida para anular a sentença e o acórdão impugnado no tocante à dosimetria da pena, a fim de que outra seja realizada, com observância do disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

Processo: HC 67709/PE; HABEAS CORPUS 2006/0219177-4, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128), Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 21/06/2007, Data da Publicação: DJ 06.08.2007 p. 562⁶⁴

Nula é a sentença condenatória quando não motivada em parte essencial, contraditória na aplicação do direito ao fato e impõe pena baseada em preceito legal revogado. Essa nulidade pode ser reconhecida e proclamada em *habeas corpus*. Vale ressaltar que, primeiramente, devem ser ventilados os recursos previstos no CPP, como embargos de declaração, apelação, etc. Porém, nada impede o manejo do remédio heróico se o paciente vir a ser preso em virtude de tal nulidade, constrangendo a sua liberdade. É bom que se diga que o julgamento do *habeas corpus* tem prioridade sobre os demais recursos nos Tribunais.

2.10 Não oferecimento de pena ou medida alternativa

No Brasil a regra no Código Penal brasileiro, principalmente após a reforma de 1984, bem com o advento da Lei 9714/98, que trata das penas alternativas, é que se for possível deve ser aplicada uma pena restritiva no lugar da privativa de liberdade.

É bom lembrar que, em 1995, foi criada a Lei do Juizado Especial (Lei 9099/95), que instituiu os crimes de menor potencial ofensivo, aqueles nos quais a pena não é superior a 2 anos. Nessa Lei diversas medidas foram criadas no sentido de evitar a pena privativa de liberdade. Já foi mencionado que, na fase de inquérito, que é chamado nesse caso de termo circunstanciado de ocorrência, praticamente não há possibilidade de prisão em flagrante.

Além disso, a Lei do Juizado prevê diversas medidas de composição que podem evitar uma possível condenação, bem como a apresentação de denúncia por parte do promotor. Um desses benefícios está previsto no art. 74 dessa Lei, onde se encontra a possibilidade do acordo civil vir a ser feito entre o autor do fato e a vítima, sendo conduzido por um

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < www.stj.gov.br >. Acesso em: 23 ago. 2007.

conciliador ou pelo próprio Juiz. A vantagem é que se for positivo o acordo, sendo um crime de ação penal pública condicionada a representação ou de ação privada, a vítima, aceitando o acordo, renuncia ao direito de entrar com a ação penal ou de representar.

Outro dispositivo é o instituto da transação penal previsto no art. 76 da Lei, que é um acordo entre promotor e suposto autor do fato. Tal acordo, se for ofertado, possibilita ao acusado, em vez de responder a ação, cumprir de imediato uma pena alternativa.

A vantagem é que em ambos, sendo cumprido o acordo em todos os seus termos, não gera maus antecedentes, nem significa reincidência em desfavor da parte. Na realidade a denúncia sequer foi ofertada.

Está prevista também nessa Lei, no art. 89, a suspensão condicional do processo que pode ser ofertada para aqueles crimes cuja pena mínima seja inferior ou igual a 1 ano. Dessa forma tal benefício pode ser aplicado até para crimes comuns, evitando, se possível, o recebimento da denúncia e, da mesma forma, se for cumprida em todos os seus termos, não gera reincidência nem maus antecedentes.

O cumprimento desses acordos previstos na Lei do Juizado Especial se dá através de medidas alternativas que, conforme Fernando Capez:

Medidas alternativas: constituem toda e qualquer medida que venha a impedir a imposição de pena privativa de liberdade, tais como a reparação do dano extintiva da punibilidade, exigência de representação do ofendido para determinados crimes, transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil caracterizadora da renúncia ao direito de queixa ou representação etc. Não se trata de penas, mas de institutos que impedem ou paralisam a persecução penal, não se confundindo, portanto, com as penas alternativas.⁶⁵

O art. 44 do Código Penal brasileiro deixa claro que, naqueles crimes dolosos em que a pena aplicada não for superior a 4 anos, e desde que não haja violência e grave ameaça à pessoa, é possível ao juiz substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. É necessário ainda que o réu não seja reincidente em crime doloso, bem como circunstâncias subjetivas, dentre elas a culpabilidade, autorizem tal benefício.

São diversas as penas restritivas de direito, dentre as quais podem ser mencionadas a prestação pecuniária, multa, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, etc. Esse tipo de pena traz diversos benefícios. Um dos melhores é a questão da maior possibilidade de ressocialização, se for comparada com a pena privativa de liberdade. O propósito do

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.v.1. p.388

legislador é evitar a aplicação de pena constrictiva da liberdade. Sem dúvida, é um grande benefício, haja vista que no Brasil as condições dos presídios, na sua grande maioria, são péssimas. É bom que se diga que, quando houver possibilidade de aplicação de pena alternativa ou de algum acordo previsto na Lei do Juizado Especial, é um poder-dever do juiz ou do promotor que o mesmo seja ofertado, sob pena de impetração do remédio heróico. Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça:

HC 83926/RJ - Rio de Janeiro - Relator: Min. César Peluso
 Julgamento: 07/08/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJE-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 Paciente: DAMIÃO PEDROSA VICENTE, IMPTE.(S) : JULIANA CABRAL,IMPTE.: CLÁUDIO COSTA COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime contra relações de consumo. Pena. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Admissibilidade. Recusa de proposta pelo Ministério Público. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida. Interpretação do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo. Decisão A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus e estendeu, de ofício, a ordem ao co-réu, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Cláudio Costa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. 2ª Turma, 07.08.2007.⁶⁶

HC 36563/SP HABEAS CORPUS 2004/0093953-0, Ministra Laurita Vaz, Órgão Julgador T5 – Quinta Turma, Data do julgamento: 16/09/2004, Data da publicação/fonte: DJ 11.10.2004 p.365.

EMENTA: Habeas Corpus. Receptação. Condenação a um ano de reclusão. Regime fechado. Réu primário e sem maus antecedentes. Condições judiciais reconhecidamente favoráveis. Ilegalidade. Substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

1. O réu, reconhecidamente primário, sem maus antecedentes, apenado com um ano de reclusão por crime perpetrado sem violência ou grave ameaça, faz jus à substituição da pena corporal. Não exsurge como fundamento idôneo para negar ao condenado a aplicação de pena alternativa a impressão pessoal dos julgadores acerca da gravidade abstrata do delito. Precedentes do STJ. 2. Ordem concedida para determinar que o Tribunal a quo substitua a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art.44,§2º, do Código Penal.⁶⁷

Sendo assim, preenchidos os requisitos previstos na Lei para oferta da medida ou pena alternativa, torna-se impositivo o oferecimento da mesma.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < www.stf.gov.br >. Acesso em: 01 nov. 2007.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < www.stj.gov.br >. Acesso em: 01 nov. 2007.

3 DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SEU PROCESSAMENTO

O art. 650 do Código de Processo Penal determina quem será o competente para julgar o *habeas corpus*. Destaca os casos em que o STJ e STF são os responsáveis para analisar o dito recurso.

O *mandamus* deve ser apresentado a uma autoridade superior àquela coatora, conforme se depreende do art. 650, § 1º, do CPP. No caso da autoridade de quem emanou a ordem for de igual ou superior jurisdição em relação àquela para quem o pedido for apresentado, cessará a competência desta.

O art.102 da CF determina quando o STF está autorizado a julgar o HC. Está disposto que é de responsabilidade da Corte Maior o *habeas corpus* em que for paciente o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros.

Também nos casos em que for coator Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em única instância.

No mesmo artigo, inciso II, destaca que o STF julgará em recurso ordinário o *habeas corpus* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

O art.105 da CF destaca a competência do STJ para julgar o *habeas corpus* quando o coator ou paciente for: nos crimes comuns, os governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores do Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, entre outros.

Julgar em recurso ordinário o *habeas corpus* decidido em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

Já os Tribunais Regionais Federais julgarão o *habeas corpus* quando a autoridade coatora for Juiz Federal e este apreciará o *mandamus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição (arts. 108, inciso I, letra *d*, e 109, inciso VII, ambos da CF).

Os Tribunais de Justiça e os Tribunais de Alçada do Estado terão sua competência fixada pelas Constituições Estaduais e, essencialmente, julgarão os atos dos juízes criminais de primeiro grau de jurisdição e estes (juízes de primeira instância) nos demais casos, como, por exemplo, quando a autoridade coatora for o Delegado de Polícia. No entanto, se a autoridade policial instaurar o inquérito policial por requisição judicial, a autoridade coatora será o Juiz de Direito. Sobre tal assunto, Julio Fabbrini Mirabete se posiciona da seguinte forma:

Além disso, as Constituições estaduais, em complementação, referem-se à competência dos Tribunais de Justiça e de Alçada para julgar o pedido de *habeas corpus*, incluindo a competência originária quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita à sua jurisdição. Residualmente, cabe ao juiz de direito a competência para processar e julgar *habeas corpus* em que é autoridade coatora ou paciente pessoa não sujeita a outra jurisdição.⁶⁸

Uma situação interessante é quando uma autoridade manda prender uma pessoa que se encontra em outro Estado da Federação diverso daquele da autoridade que emanou a ordem de prisão. Nesse caso, havendo interesse de se impetrar *habeas corpus*, a competência está afeta ao tribunal a que estiver subordinada a autoridade que determinou a custódia.

Caso que ganhou muita repercussão no ano de 2007 foi a operação da Polícia Federal, intitulada “Operação Furacão”. Nesse caso a investigação tinha como propósito derrubar um esquema envolvendo bicheiros, empresários do ramo de caça-níqueis, policiais, advogados, juízes, desembargadores e até ministros do STJ.

A intenção dos empresários de jogos clandestinos seria a compra de liminares no sentido de resguardar a prática dos jogos. A investigação apontou diversas autoridades influentes na área jurídica que poderiam ter recebido propina no sentido de liberar as ditas

⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, op.cit., 2007. p.755-756

liminares. Dentre as autoridades, pode ser destacado o desembargador José Eduardo Carreira Alvim, do TRF da 2ª Região, bem como o desembargador José Ricardo de Figueira Regueira. Outra figura que também está sendo investigada é ministro do STJ, Paulo Medina.

Foram determinados cerca de 25 mandados de prisão pelo STF, que teve como relator do caso o ministro César Peluso. Em virtude da prerrogativa de foro de alguns envolvidos, a prisão, bem como as ordens de busca e apreensão, só podiam ser autorizadas pela Corte Maior. Nesse caso, os advogados de defesa dos acusados tiveram que impetrar o *habeas corpus* no Supremo.

Acerca da operação da PF, o site veja.com informa o seguinte:

O ministro Paulo Medina, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é investigado no inquérito que apura um suposto esquema de exploração de jogos ilegais. O irmão do ministro, o advogado Virgílio Medina, é uma das 25 pessoas que foram presas nesta sexta-feira pela Operação Hurricane.

As prisões foram realizadas nos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Bahia e no Distrito Federal após um ano de investigações e ordenadas em uma operação sigilosa pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) César Peluzzo. Entre os detidos, estão o desembargador federal José Eduardo Carreira Alvim, que até quarta-feira ocupava a vice-presidência do Tribunal Regional Federal do Rio, e o procurador regional da República João Sérgio Leal Pereira. Além deles, foram detidos também um outro desembargador federal - José Ricardo Regueira -, a corregedora da Agência Nacional do Petróleo (ANP), Suzi Pinheiro Dias de Matos, e a cúpula do jogo do bicho no Rio: Aniz Abrão David, o Anísio da Beija Flor, Antônio Petrus Kallil, o Turcão, e Airtton Guimarães Jorge, o Capitão Guimarães. A operação tem como objetivo desarticular uma organização criminosa que atuava na exploração do jogo ilegal e cometia crimes contra a administração pública. Foram cumpridos 70 mandados de busca e apreensão e 25 mandados de prisão contra chefes de grupos ligados a jogos ilegais, empresários, advogados, policiais civis e federais, magistrados e um membro do MPF.

A informação da investigação do ministro do STJ foi confirmada pelo advogado Antônio Carlos de Almeida, um dos principais advogados criminalistas de Brasília e que esteve nesta tarde no apartamento de Medina na capital federal. Segundo o advogado, não foi realizada operação de busca e apreensão na residência do ministro. O advogado explicou que Medina é citado no inquérito por causa de uma decisão que tomou em agosto de 2006, quando concedeu liminar liberando 900 máquinas caça-níqueis que haviam sido apreendidas na operação da PF Vegas 2, em abril. Contudo, a liminar foi cassada por decisão da presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ellen Gracie. 'Só sei que ele está sendo investigado porque foi um ministro do Supremo Tribunal Federal que autorizou', Ele se referia ao ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal (STF), que ordenou as prisões e os mandados de busca e apreensão realizados pela operação da Polícia Federal nesta sexta. Apenas deputados, senadores, ministros de estado e dos tribunais superiores são investigados pelo STF. **A decisão de Medina.** Almeida Castro defendeu Medina e disse que a decisão do ministro foi técnica. 'Ele está muito tranquilo. Eu li a decisão dele. É muito técnica', afirmou. Medina foi procurado pela reportagem do Estado em sua casa por telefone mas não retornou à ligação. Na decisão, o ministro concedeu uma liminar que determinou a imediata restituição de máquinas apreendidas de algumas empresas que exploram jogos, como a Betec Games Comércio e Participações e Empreendimentos Ltda. Antes de Medina, o caso estava no Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região. O então vice-presidente do tribunal, José Eduardo Carreira Alvim, concedeu uma liminar favorável às empresas.

Mas em seguida a decisão foi derrubada por uma turma do TRF. Medina restabeleceu a validade da liminar de Alvim. Depois da decisão de Medina, o caso foi para o Supremo Tribunal Federal (STF). A presidente do STF, Ellen Gracie, cassou a decisão do ministro do STJ. Ellen Gracie disse em seu despacho que o STF já decidiu que são inconstitucionais normas estaduais que autorizavam o funcionamento de bingos e a instalação e operação de máquinas eletrônicas de jogos de azar.

‘No presente caso, entendo que se encontram demonstradas graves lesões à ordem e à segurança públicas, pois a liberação das máquinas eletrônicas apreendidas, a serem utilizadas na exploração de jogos de azar e loterias, é, num juízo prefacial e estritamente necessário para a apreciação do pedido de suspensão, medida que se incompatibiliza com a natureza contravençional dessa atividade’, justificou Ellen Gracie na ocasião. Segundo Almeida Castro, Medina está preocupado com a situação de seu irmão, que foi preso. Ele disse que não conhece o teor do inquérito. ‘Ninguém teve acesso ainda’, afirmou.⁶⁹

Lamentavelmente a grande maioria dos acusados, dentre eles os juízes e desembargadores envolvidos, teve o *habeas corpus* deferido pelo STF e se encontra em liberdade. Nota-se que há sempre uma maior agilidade e facilidade na concessão desse remédio quando se trata de autoridade pública. Quando são pessoas com menos recursos e prestígio, seria bem provável que a ordem de soltura não fosse tão rápida.

3.1 Formas de impetração

O *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público, de acordo com os requisitos do artigo 654, § 1º do CPP. Exigível é que o autor da petição, impetrante, faça constar, em primeiro lugar, o “nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação”, que é chamada de paciente, e o “de quem exercer a violência, coação ou ameaça”, a autoridade coatora, denominada impetrado. Não sabendo identificar o paciente pelo nome, o impetrante pode individualizá-lo por dados característicos físicos, profissão, residência etc. O impetrado deve ser mencionado pelo seu cargo ou pela função pública que exerce, não sendo necessário, portanto, a sua designação pelo nome, só exigível quando se tratar de particular. Não se exige que conste da inicial a residência do paciente ou o local em que se encontra, mas por vezes tal será necessário para a denominação da existência da coação.

Deve conter a petição também a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor. Devem ser expostas, pois, a natureza da coação, suas circunstâncias, causas, ilegalidade, etc., bem como a argumentação de fato e de direito destinada a demonstrar a ilegitimidade do constrangimento real ou

⁶⁹ VEJA. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blogs/reinaldo/2007/04/operao-furaco-ecuidados.html>>. Acesso em: 13 out. 2007

potencial, apontando-se, neste último caso, as razões que indicam a iminência de sua concretização.

Não precisa o impetrante ter habilitação técnica alguma, sendo certo que até o analfabeto pode solicitar tal medida através de um terceiro. Nesse sentido é o ensinamento de Eduardo Espínola Filho:

De modo geral, pode afirmar-se, é assegurado a toda e qualquer pessoa o direito de impetrar uma ordem de habeas corpus. Não se reclama habilitação técnica alguma; o próprio analfabeto é apto a agir, refere, claramente, o § 1º, inciso c, do art.654, em exame.

Como salientamos no n. 1.350, já o art.18, §8º, da lei n.2033, de 1871, acabará com a restrição, que vinha do Código de processo criminal de 1832 (art.340), reservando ao cidadão o direito de pedir a ordem de habeas corpus; e o estrangeiro, que, desde então, foi admitido a impetrar, para si, a ordem, veio a ser autorizado pelo art.45 do dec.n.848, de 1890, a exercer tal direito em benefício alheio; e assim se mantém até hoje a orientação do nosso direito.

Nenhum impedimento em razão do sexo. A mulher, como o homem, tem o livre exercício desse direito de impetrar a ordem.

Nem mesmo a capacidade civil é exigida; ao menor, ao surdo e mudo sem instrução, ao interditado, se reconhece a qualidade de impetrante, desde que as suas condições pessoais lhes permitam a manifestação da vontade, no sentido de, ao menos, poder fazer redigir e assinar, por outrem, a sua petição. Nem, por se incapaz, há necessidade de autorização do pai, tutor ou curador; pode agir até malgrado a proibição de representante legal, como a mulher casada não carece de autorização marital, podendo impetrar, outrossim, contra a vontade do marido.

Os presos e condenados estão, diariamente, encaminhando pedidos de habeas corpus, mesmo em favor de outrem, e deles conhecem os tribunais.

Explicou, perfeitamente, PONTES DE MIRANDA (História e prática do *habeas corpus*, 1916, pág. 187) que se trata, inofismavelmente, de uma *actio popularis*, e, não de faculdade dependente de capacidade política, civil ou processual.⁷⁰

A petição pode ser assinada por advogado sem procuração do paciente, mesmo porque o *habeas corpus* pode ser interposto por qualquer pessoa do povo. Todavia, não pode ser recebida impetração apócrifa, não assinada pelo impetrante e que não contenha qualquer autenticação, máxime quando se concede prazo para a sua regulamentação e tal não ocorre. Também não se admite o pedido de analfabeto só com sua impressão digital, já que a lei exige a assinatura de alguém a seu rogo. A petição, segundo os regimentos internos dos tribunais, deve ser apresentada em duas vias, para que uma delas seja encaminhada com o pedido de informações ao impetrado, mas a falta de cópia não pode impedir o conhecimento do *mandamus*. O requerimento pode ser feito por telegrama, fax e até por e-mail, embora se exija a sua autenticação, diante do que dispõe o artigo 654, § 1º, c do CPP.

O art. 660 §2º do CPP afirma que o recurso pode vir instruído com provas (documentos, certidões, etc.). Pode também ser acompanhado do rol de testemunhas, cujos depoimentos

⁷⁰ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, op.cit.,1980. p.232-233.

podem ser necessários em determinadas situações, desde que não prejudiquem a celeridade do processo, urgente por natureza. Impetração sem um mínimo de prova pré-constituída que demonstre ao julgador a veracidade do fato que o impetrante aponta como ilegal e que configuraria, pelo menos em tese, constrangimento indevido, não pode ser deferida.

O entendimento dos Tribunais e da doutrina dominante é de que se deve aproveitar o que for possível da petição de *habeas corpus* e só indeferi-la ou pedir para emendá-la em virtude de alguma formalidade que seja realmente necessária. Esse também era o posicionamento de Pontes de Miranda:

Petição defeituosa. O juiz deve preferir salvar a petição de *habeas corpus* a reputá-la inepta, incompleta ou contraditória. Se entende que falta algum pressuposto, ou informação, convém que mande seja satisfeita a exigência legal ou a sua. Cf. § 44. Somente se exime do dever de expedição do mandado se a inépcia é tal que não lhe permita apreciação, inclusive quanto à informação, ou se a incompletude é tal que não haja sentido para ter como apenas omissa a petição, ou se a contradição retira qualquer caminho para a interpretação. Nos Tribunais de Justiça, ou quaisquer outros, inclusive o Supremo Tribunal Federal, se a petição contém os requisitos legais, o presidente, se necessário, requisita da autoridade indicada como coatora informações por escrito. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o presidente ordena que o satisfaça, logo que se lhe apresente a petição. Assim, se o nome da pessoa que sofre o constrangimento, ou está ameaçada, não consta por inteiro, ou não é suficiente à identificação, deve o tribunal, como o juiz, ordenar que se complete, sem que com isso se faça requisito essencial o nome por inteiro: basta o que identifica. Se as razões não estão bem expostas, ou são insuficientes, cabe a mesma atitude benévola, em favor da liberdade física. Dir-se-á o mesmo quando à assinatura do impetrante ou de que o assinou a seu rogo.⁷¹

3.2 Processamento

Ofertada a petição ao juiz, pode ele rejeitá-la liminarmente se não preenchidos os requisitos previstos pelo artigo 654, bem como se houver carência de ação. O indeferimento, como foi visto, deve ser em último caso e se possível a parte deve ser intimada para sanar o defeito. Quando o pedido é dirigido ao tribunal, dispõe a lei que, faltando qualquer requisito, “o presidente mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição” (art. 662, 2ª parte). Essa diligência não será ordenada, porém, “se o presidente entender que o *habeas corpus* deva ser indeferido *in limine*” e, nesse caso, “levará a petição ao Tribunal, câmara ou turma, para que delibere a respeito” (art. 663). Havendo pedido de concessão de liminar, o relator decidirá a respeito, mas seu indeferimento, por não ter tal providência previsão legal explícita, não gera constrangimento ilegal. Sobre a concessão de liminar nesse tipo de recurso, Hélio Tornaghi diz o seguinte:

⁷¹ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1999. t. II. p.263-264.

Conquanto a lei não se refira à concessão de liminar em processo de *habeas corpus*, alguns acórdãos vão insinuando essa medida em nossa vida judiciária. Necessidades de ordem prática e semelhança com o mandado de segurança, em que a providência aparece como medida acautelatória (Lei n.1533, de 31-12-1951, art.7º, II) servem de base a essa prática.⁷²

Entendendo o magistrado que o recurso está perfeito pode conceder de ofício a ordem, já que compete ao Poder Judiciário velar pela tutela dos direitos de qualquer cidadão, notadamente quando ele é violado ou está pendente de sê-lo em termos de sua liberdade corpórea, do seu direito de ir, vir e permanecer.

Preenchidos os requisitos legais, o juiz receberá a petição de *habeas corpus*, e, “se julgar necessário e estiver preso o paciente, mandará que lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar” (art. 656). “Se o paciente estiver preso, nenhum motivo escusará a sua apresentação, salvo: I – grave enfermidade do paciente; II – não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção; III – se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal” (art. 657, *caput*). O juiz poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por motivo de doença (art. 657, parágrafo único). O detentor do paciente deve declarar a ordem de quem está preso (art. 658). Em caso de desobediência à ordem de apresentação, dispõe-se que “será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo” (art. 656, parágrafo único). Sobre a apresentação do preso, Eduardo Espínola diz o seguinte:

É tradicional essa formalidade, que se prende, mesmo, à índole do instituto. A própria denominação do remédio – *habeas corpus* – está vinculada aos termos, com que, na Inglaterra, se formulou, desde os primeiros tempos, a ordem de apresentação do preso à autoridade invocada: ‘Tome o corpo (*habeas corpus*) desse detido e venha submeter, ao tribunal, o homem e o caso’.⁷³

Dispõe o artigo 655 que: o carcereiro ou o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça ou a autoridade judiciária ou policial que embarçar ou procrastinar a expedição da ordem de *habeas corpus*, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, sofrerá multa, sem prejuízo das penas em que incorrer. As multas serão impostas pelo juiz do tribunal que julgar o *habeas corpus*, salvo quando se tratar de autoridade judiciária, caso em que caberá ao Supremo Tribunal Federal e aos demais tribunais, conforme a hipótese, impô-las. Tal dispositivo, apesar de constar na Lei, é muito raro a sua aplicação. O mais coerente, em casos de demora no cumprimento da ordem de

⁷² TORNAGHI, Hélio Bastos, op.cit.,1989. v.2. p. 391.

⁷³ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, op.cit.,1980. p.253.

soltura, seria a impetração de uma reclamação administrativa perante o órgão competente, bem como a representação para fins de abuso de autoridade previsto na Lei nº 4898/65. Segundo o art. 3º da referida Lei, constitui abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção.

O artigo 660 do CPP determina que, efetuadas as diligências, que podem ser as requeridas ou as determinadas de ofício, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 horas. Entretanto, na prática, não se expede ordem de apresentação nem se interroga o paciente, e o juiz apenas requisita informações da autoridade apontada como coatora, embora tal providência só seja prevista expressamente quando se trata de impetração perante o tribunal (art. 662).

Esse prazo de 24 horas muitas vezes não é cumprido pelo juiz. É necessário que as Varas Criminais, bem como os Tribunais, dêem prioridade aos pedidos de *habeas corpus*. Em Fortaleza, a Vara de Execução Penal é a responsável pelo exame dos pedidos de *habeas corpus* quando a autoridade coatora for um delegado de polícia na Capital. Porém o que se vê ao visitar a dita Vara é uma quantidade avassaladora de processos, já que a mesma é responsável pelo cumprimento das execuções penais dos presídios que ficam em Fortaleza, inclusive os casos dos condenados pela Justiça Federal.

Fazendo uma visita a essa Vara, o que se vê é uma demora no atendimento, bem como a pouca quantidade de servidores e juízes. Com isso os pedidos de liberdade ficam prejudicados ou demoram a ser apreciados.

É comum também que outros pedidos, como o caso da progressão, ou seja, o condenado ir do regime fechado para o semi-aberto, após cumprir 1/6 da pena, não serem apreciados no prazo correto. Outro desrespeito é o livramento condicional que, segundo o Código Penal, no art.83, é um benefício que pode conceder o direito do preso cumprir o restante da sua pena em liberdade, atendidos alguns requisitos constantes nesse artigo. Em virtude da falta de estrutura na Vara de Execução, o que se vê são muitos casos de presos que poderiam ter tais benefícios, porém não são contemplados no prazo correto. É um abuso tal situação, pois agride o direito de liberdade, bem como a possibilidade de ressocialização do preso.

Não sendo atendidos tais pedidos, nada impede que a parte impetre o *habeas corpus* para o Tribunal de Justiça ou o recurso de agravo previsto no art.197 da Lei de Execução Penal.

Apesar de a Lei dispor que compete ao juiz examinar de ofício a questão da liberdade, inclusive o seu relaxamento, seria bem mais prudente que todo aquele que estivesse preso tivesse imediatamente contato com um advogado ou defensor público no sentido de impetrar o *habeas corpus* ou o relaxamento de prisão. Em Fortaleza é comum casos de flagrante em Delegacia, em que, apesar de o juiz ter conhecimento dessa prisão, não há advogado para analisar a ilegalidade de tal medida. Tal situação é uma afronta ao princípio da ampla defesa e da liberdade.

A Lei diz que a autoridade coatora deve prestar as informações sobre a dita prisão. Segundo Julio Fabbrini Mirabete:

Devem ser elas prestadas no prazo fixado pelo magistrado, e no seu retardamento pode ser aplicada multa ao responsável (art. 655). É inadmissível a dispensa de informações da autoridade, máxime em se cuidando de hipótese em que se alega falta de justa causa ou esteja o paciente preso, não se podendo conceder a ordem simplesmente porque não foram elas prestadas no prazo. Somente em casos excepcionais, em que a ilegalidade do constrangimento é demonstrada sem a menor dúvida com a impetração é que se pode dispensar as informações para a concessão do *writ*. A autorização está no artigo 664, que se refere ao julgamento com dispensa das informações. Já se tem dispensado também o pedido de informações no Tribunal quando podem ser elas substituídas pelo apensamento dos autos que já se encontram na Corte. Nada impede, inclusive, que o Tribunal requirite os autos para a apreciação do pedido se tal não acarretar prejuízo ao desenvolvimento do processo.⁷⁴

É evidente que as informações podem ser dispensadas nos casos em que está configurada a coação. Porém, o que se observa na prática é que a autoridade judiciária, como regra, as determina, mesmo quando a inicial se encontra instruída com todos os documentos capazes de demonstrar de forma irrefutável o constrangimento ilegal ou sua ameaça.

O Ministério Público tem o papel de fiscal da Lei, sendo certo que deve dar o seu parecer em casos de HC. É possível, como foi visto no ponto que trata da legitimidade ativa, que o MP impetre o remédio heróico. O Decreto-lei nº 552, de 25-4-1969, diz que o Ministério Público terá sempre vista dos autos do remédio heróico, pelo prazo de dois dias, após as informações da autoridade coatora, quando impetrado perante qualquer tribunal (art. 1º e § 2º).

O processo em questão, embora ostente um procedimento sumaríssimo, sofre certa demora quanto à decisão definitiva de mérito a ser proferida, às vezes, pela necessidade de apresentação do paciente, pela requisição de informações da autoridade coatora, ou pela oitiva do Ministério Público.

⁷⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini, op.cit., 2007. p.759.

Dessa forma, estando efetivamente consubstanciada a prova que instrui o pedido do *writ* constitucional, demonstrado o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, o pedido deve ser liminarmente concedido, já que, se aguardar a futura decisão a ser prolatada no processo, iria gerar grave dano de difícil ou mesmo impossível reparação à liberdade física do paciente. Estaria dessa forma delineado o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Prolongando-se no tempo o estado de coação ilegal que incide sobre o *ius libertatis* do paciente, esta situação jamais poderá ser corrigida pela sentença que der provimento ao pedido liberatório. A liberdade física não é um bem patrimonial que pode ser atualizado quando a sentença for exarada.

A decisão do *habeas corpus*, além de ser fundamentada, por força inclusive do art. 93, IX, da CF, deve obedecer aos requisitos do artigo 381 do CPP, no que lhe for aplicável. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que o indeferimento do *habeas corpus* e do pedido de liberdade provisória deve ser lastreado em elementos que realmente evidenciem necessidade da manutenção da custódia cautelar. Nesse sentido, o STF julgou da seguinte forma:

PACTE.(S): AMAURI MONTEIRO CAMPELO
 IMPTE.(S): ELENILDE DA SILVA LEÃO BEZERRA
 COATOR(A/S)(ES): PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 EMENTA: Habeas corpus. 1. No caso concreto, alega-se falta de fundamentação de decisão que indeferiu pedido de liberdade provisória por ausência de indicação de elementos concretos aptos a lastrear a custódia cautelar do paciente. 2. Habeas Corpus impetrado em face de decisão monocrática que indeferiu medida liminar pleiteada perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). 3. Aplicação da Súmula nº 691, do Supremo Tribunal Federal (STF). Alegação da possibilidade excepcional de, na espécie, superar a aplicação do enunciado sumular do STF. 4. Textualmente, a decisão originariamente atacada indicou, ao menos em tese, os elementos da garantia da ordem pública e da garantia da ordem econômica, nos termos do art. 312 do CPP. 5. Na linha da jurisprudência do STF, porém, não basta, a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP. Precedentes citados: HC nº 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC nº 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC nº 87.041/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, maioria, DJ 24.11.2006; e HC nº 88.129/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, DJ 17.8.2007. 6. Da simples leitura da decisão do juízo de origem, verifica-se que o decreto não apresentou elementos concretos aptos a justificar a necessidade da prisão cautelar pois indicou, de modo genérico, que ‘há risco de que solto, o flagrado volte a delinquir’. 7. Patente situação de constrangimento ilegal apta a afastar a aplicação da Súmula 691/STF e a ensejar o deferimento do habeas corpus. 8. Ordem deferida para conceder ao paciente a liberdade provisória. Decisão A Turma, por votação unânime, afastando a restrição fundada na Súmula 691/STF, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. 2ª Turma, 11.09.2007. HC 90387 / SP – SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 11/09/7 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJE-112

DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00078 EMENT
VOL-02291-03 PP-00550⁷⁵

O art. 654 §2º do CPP deixa claro que os juízes ou Tribunais podem expedir de ofício ordem de *habeas corpus*. Vale ressaltar que o Juiz ou Tribunal não pode conceder *habeas corpus* contra si próprio ou autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição, pois a ordem deve ser sempre concedida por instância superior à de que provier a violência ou coação.

Existindo convicção sobre a existência de ato ilegal não veiculado pelo impetrante, cumpre ao juiz afastar tal ato, ainda que isto implique concessão de ordem em sentido diverso do pleiteado. Não existe vínculo ou subordinação entre a concessão do *mandamus* de ofício na hipótese de impetração do *writ* e do julgamento *ultra e extra petita*. O juiz ou tribunal tem plena liberdade na outorga *ex officio*, podendo para tanto se distanciar da postulação e da própria *causa petendi* posta em juízo pelo autor da ação mandamental.

Também não existe justificativa de ordem legal e menos ainda prática de o juiz deixar de julgar extinta a punibilidade por provocação, mesmo após ter sido prolatada a sentença condenatória. Observando-se que o poder de punir do Estado não existe mais, deve o juiz declarar extinta a punibilidade. Não há que se falar que sua jurisdição se exauriu.

3.3 Do julgamento

Na sessão do julgamento do *habeas corpus* pelo Tribunal, podem fazer sustentação oral o Ministério Público e o procurador habilitado do impetrante ou paciente. A permissão constitucional para que qualquer do povo possa impetrar o *habeas corpus* não se estende a todo o procedimento. Por falta de apoio em previsão legal ou regimental, não pode fazer sustentação o impetrante ou paciente que não for advogado. Na hipótese do *writ*, as partes são o Estado e o cidadão, não se referindo a lei ou os regimentos a litisconsórcio do querelante ou de qualquer outro, ainda que interessado na ação penal.

A concessão da ordem, tratando-se de *habeas corpus* liberatório, implica seja o paciente “posto em liberdade, salvo se por outro motivo deve ser mantido na prisão” (art. 660, § 1º). Será incontinenti enviada cópia da decisão à autoridade que tiver ordenado a prisão ou tiver o paciente à sua disposição, a fim de juntar-se aos autos do processo (art. 660, § 5º). Quando o paciente estiver preso em lugar que não seja o da sede do juízo ou do tribunal que conceder a ordem, o alvará de soltura será expedido pelo telégrafo, se houver, observadas as

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < www.stf.gov.br >. Acesso em: 15 out. 2007.

formalidades estabelecidas no artigo 289, parágrafo único, *in fine* (art. 660, § 6º). Certamente, por uma interpretação progressiva da lei, nada impede que seja enviado o alvará de soltura por *telex ou fax*, com as cautelas de autenticação normais.

Acerca de algumas razões que podem autorizar a manutenção do réu na prisão, ou seja, de coação legal que prejudicaria o pedido do *writ* constitucional, pode ser mencionado o caso do acusado que foi preso em flagrante e que responde a processo com observância das formalidades e dos prazos legais. O caso do réu que teve uma preventiva decretada com base nos requisitos legais previstos no Código de Processo Penal. Da mesma forma, o caso da decretação da prisão temporária com esteio nos requisitos previstos na Lei nº 7960/89. De toda sorte, é bom que se diga que a prisão temporária pode ser decretada com base em meras suspeitas, dessa forma, viola o princípio do *in dubio pro reu* e valora mais o *in dubio pro societate*. Outro caso de coação legal é do réu pronunciado e o do réu condenado, sem que haja nulidades evidentes no processo ou na sentença.

É bom frisar que o *habeas corpus* pode ficar prejudicado quando não se presta a fazer cessar ameaça ou coação à liberdade de locomoção. Dessa forma, outro remédio pode ser impetrado, dependendo do caso, como o mandado de segurança, *habeas data*, etc. A complexidade da questão também pode ser óbice ao deferimento do remédio heróico. Nesse sentido é o posicionamento de Eduardo Espínola Filho:

Como, entanto, pode a situação não se apresentar com bastante nitidez, em forma a deixar o juiz de conhecer, liminarmente, do pedido (v. o n.1.375), e ser necessário prosseguir no processo, pedindo informações à autoridade coatora, requisitando a apresentação do paciente, ouvindo testemunhas, realizando diligências, examinando documentos, há uma verdadeira apreciação do mérito, com a conclusão de que o *habeas corpus* é de ser indeferido, por não ser remédio hábil para a espécie.⁷⁶

Tratando-se de julgamento pelo Tribunal, o secretário lavrará a ordem que, assinada pelo presidente, câmara ou turma, será dirigida, por ofício ou telegrama, ao detentor, ao carcereiro ou autoridade que exercer o constrangimento (art. 665 do CPP). A ordem, também nessa hipótese, pode ser transmitida pelos meios mencionados, com as mesmas cautelas.

É muito comum haver demora por parte da autoridade policial ou do diretor do presídio em liberar o preso, sob a alegativa de que o alvará de soltura deve ser encaminhado pela Justiça e ainda assim a assinatura do juiz estar autenticada. Referida situação causada por tais pessoas pode gerar um abuso de autoridade segundo a Lei 4898/65:

⁷⁶ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, op.cit.,1980. p.264-265.

Art.4º Constitui também abuso de autoridade:

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

Se a ilegalidade reconhecida decorre do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, será arbitrado o valor desta, que poderá ser prestada ao juiz, remetendo este à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos do inquérito policial ou atos do processo judicial. É o que dispõe o artigo 660, § 3º do CPP. Se a ordem de *habeas corpus* for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal (*habeas corpus* preventivo), dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz (art. 660, § 4º do CPP).

A concessão do *habeas corpus* não obstará, nem porá termo ao processo, desde que este não esteja em conflito com os fundamentos daquela (art. 651 do CPP). Assim, segue o inquérito policial, se for arbitrada fiança ou posto em liberdade o indiciado, prossegue a ação penal se for reconhecido o excesso de prazo na instrução, etc. Entretanto, na alegação de excesso de prazo se, por ocasião do julgamento, tiver sido prolatada a sentença ou cessada a violência ou coação, julgar-se-á o pedido prejudicado (art. 659 do CPP). Deixou de existir legítimo interesse no remédio heróico e o impetrante é carecedor da ação.

Se for concedido o *writ* em virtude de nulidade de processo, este será renovado (art.652 do CPP), sendo a concessão do *habeas corpus* uma sentença declaratória desconstitutiva, ou constitutiva negativa, quando rescindir a *res judicata*.

Quando o *mandamus* é concedido por falta de justa causa para o inquérito policial ou a ação penal, há sentença terminativa de mérito, que não possibilita a instauração de outro procedimento ou outro processo sobre o mesmo fato. Nada impediria que fosse aberto um novo procedimento policial se houvesse novos fatos e novas provas. Tratando-se de concessão da ordem pela existência de causa extintiva da punibilidade, há sentença interlocutória mista com força de definitiva, impossibilitando-se a instauração de novo procedimento inquisitorial ou processo.

A decisão favorável do *habeas corpus* pode ser estendida a outros interessados que se encontrem na situação idêntica à do paciente beneficiado, pela regra do artigo 580 do CPP, aplicável por analogia.

3.4 Recursos

No início desse capítulo foi abordada a competência dos Tribunais Superiores para o julgamento de alguns recursos, oriundos de decisões que negaram ou permitiram o *habeas corpus*. Será tratado agora de forma mais técnica como se dá o processamento de tais recursos.

Diante do disposto no artigo 581, X do CPP, da decisão do juiz que conceder ou negar a ordem de *habeas corpus* cabe recurso em sentido estrito, independentemente de recurso de ofício no caso de concessão (art. 574, I do CPP). O Ministério Público pode interpor o recurso em sentido estrito nessas hipóteses. Sendo assim, é necessário que ele seja intimado da decisão em que se concede o *writ*. Tem legitimidade para recorrer da decisão denegatória o impetrante e o paciente, partes no processo de *habeas corpus*, mas não o ofendido, ainda que admitido como assistente. Discutida, porém, é a possibilidade de interposição pessoal do recurso quando o impetrante ou paciente não tem capacidade postulatória, mas a tendência predominante na jurisprudência é a de que não há impedimento a essa prática, pois quem propuser a ação pode interpor o recurso de decisão desfavorável.

O que se vê na prática é que em vez de entrar com o recurso em sentido estrito, o paciente impetra outra ordem diretamente ao órgão jurisdicional superior, por ter se transformado o inferior em autoridade coatora, não havendo vedação expressa a esse procedimento no Código de Processo Penal. Essa possibilidade deve ser reservada após o trânsito em julgado da decisão original, pois, enquanto isso não ocorre, o procedimento adequado é a interposição do recurso previsto em lei. Quando for feito pedido de liminar e for negado pelo relator, o correto, antes de se entrar com o recurso no Tribunal Superior ou um novo pedido de *habeas corpus*, é que seja aguardado o julgamento do pedido pela Câmara Criminal competente.

Segundo o art.105, II, a da CF, cabe recurso ordinário perante o STJ das decisões de *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória. O prazo é de cinco dias, segundo o disposto no art. 30 da Lei 8038/90, que trata dos procedimentos dos recursos perante o STJ e o STF.

Da decisão dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados, em grau de recurso, caberá recurso especial para o STJ, quando for o caso (art. 105, III, a, b e c,

da CF). Também das decisões proferidas em única ou última instância de qualquer tribunal cabe recurso extraordinário nas hipóteses previstas no artigo 102, III, a, b e c, da CF. Têm atribuição para interpor os referidos recursos das decisões dos tribunais, em nome do Ministério Público, os procuradores-gerais que perante eles oficiarem.

Sendo o *habeas corpus* verdadeira ação mandamental, da decisão que o denega não cabem embargos infringentes e de nulidade, destinados apenas aos recursos em sentido estrito e de apelação, previsto no art. 609, parágrafo único do Código de Processo Penal. Sobre a votação nos Tribunais, Pontes de Miranda diz o seguinte:

2. Maioria de votos. A decisão, nos tribunais, é tomada por maioria de votos. Não é preciso que seja maioria absoluta. Havendo empate, ou o presidente não tomou parte na votação e então lhe cabe proferir o voto de desempate; ou tomou parte e então prevalece a decisão mais favorável ao paciente. Tais regras jurídicas valem para as preliminares (processuais), para as questões prejudiciais, e para o mérito.⁷⁷

Já foi dito que qualquer pessoa pode ajuizar o *mandamus*, em seu nome ou de outrem, independentemente de ter capacidade postulatória, ou seja, de ser advogado. Trata-se de remédio heróico de cunho popular. O recurso segue o mesmo estilo.

Entretanto, no que pertine à sustentação oral, esta somente pode ser levada a cabo por quem seja advogado, não se admitindo sua realização por aquele que não estiver inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Isso porque a tribuna é privativa do advogado, somente ele pode fazer uso da palavra nos pretórios.

A teor do conteúdo normativo inserido no art. 664 do Código de Processo Penal, após o advento das informações que deverão ser prestadas pela autoridade coatora, ou quando essas forem dispensadas, o *habeas corpus* deve ser julgado na primeira sessão.

Como regra geral, as partes devem ter conhecimento da data de julgamento, o que é feito por intermédio de intimação ou publicação da pauta respectiva. Isso porque poderão eles exercer o direito de fazer a sustentação oral. Se isso não acontecer, como é de notória evidência, haverá cerceamento à defesa ou à acusação, o que implicará nulidade da decisão, conforme a Súmula 431 do Supremo Tribunal Federal.

O que acontece na prática é que ocorre a publicação dando conta de que o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão. Muitas vezes os desembargadores ou ministros não levam o recurso, ou deixam para julgar outros primeiramente, e isso faz com que o remédio

⁷⁷ MIRANDA, Pontes de, op.cit., 1999. p.266-267.

seja julgado em outra sessão, dessa forma procrastinando o julgamento, bem como agredindo um possível direito de liberdade do paciente. Tais sessões, dependendo do Tribunal, ocorrem apenas uma vez na semana. Dessa forma o réu poderá ficar preso por mais uma semana de forma injusta em virtude da burocracia da Justiça.

Outro prejuízo decorre da situação em que a um cidadão, preso por um Vara Criminal, tenha sido negado o remédio no Tribunal de Justiça do Ceará, e agora os recursos serão apresentados no STJ ou no STF, implicando assim um grande gasto por parte do paciente no tocante a honorários de advogado, pois certamente serão feitas diligências a Brasília com o propósito de se acompanhar o *mandamus*, bem como para fazer a sustentação oral pertinente.

A situação é mais delicada ainda na Justiça Federal do Ceará, pois se houver necessidade de ser feito um recurso para o 2º grau, o Tribunal Regional competente, no caso o da 5ª Região, localiza-se em Recife. Dessa forma, a parte também terá uma despesa alta com advogado. Vale ressaltar que praticamente não existe a figura do defensor público federal nessa Justiça e, quando há, os mesmos já estão assoberbados de processos. O pobre fica à mercê de uma Justiça eficaz e com certeza o seu direito de liberdade fica prejudicado.

Sobre a questão da publicação do julgamento do *mandamus*, o STF tem entendimento de que a ausência de tal medida não gera como consequência a nulidade da decisão colegiada togada. Isso porque *meritum causae* prescinde de intimação da sessão em que o pedido será objeto de pronunciamento jurisdicional.

Essa conclusão é lavrada tendo em linha de consideração que o legislador determina, como restou precedentemente assentado, que o remédio constitucional em questão seja julgado na primeira sessão que se seguir às informações anteriormente mencionadas ou quando essas forem dispensadas. Daí, como regra, haverá a não intimação da data de sua decisão.

Esse comportamento de ordem legal torna obrigatório que o impetrante acompanhe no tribunal onde está fluindo a ação penal de *habeas corpus* para, querendo, fazer sustentação oral, quando for o pedido nele contido objeto de decisão pelo órgão interno do tribunal competente para fazê-la. Se realmente o remédio fosse julgado na primeira sessão, não haveria prejuízo para a parte. Agora, como foi dito, muitas vezes o julgamento não ocorre nessa sessão.

Dessa forma, se não obstante forem prestadas as informações requisitadas ou forem elas dispensadas e houver demora quanto à inclusão do *writ* na pauta, a intimação da data do julgado torna-se necessária, uma vez que não se pode exigir que o advogado compareça ao tribunal em todos os dias de sessão.

Na hipótese acima, deverá haver a indeclinável intimação da data do julgamento, sob pena de sua nulidade, o que se justifica plenamente, porquanto houve a quebra do princípio da celeridade imposto ao remédio constitucional tratado.

3.5 Sentença no *habeas corpus*

A sentença proferida no *habeas corpus* deve seguir o formalismo traçado no art. 381 do Código de Processo Penal, podendo ser declaratória, constitutiva ou cautelar. É que a prestação jurisdicional deve guardar a natureza da ação penal que a informa, tendo em vista o tipo de pedido que lhe serve de conteúdo: fazer cessar prisão injusta, quer arbitrando fiança ou pondo em liberdade o paciente sem arbitrará-la ou reconhecendo o excesso de prazo (cautelar), declarar extinta a punibilidade ou mais amplamente declarar a inexistência de uma relação jurídica de direito material penal (declaratória), ou fazer extinguir uma situação jurídica ilegal (desconstitutiva ou constitutiva negativa).

Todavia, mantida que seja sua natureza, há de se conceber que no fundo seu efeito tem caráter mandamental, ou seja, manda. É o entendimento de Pontes de Miranda:

Tivemos ensejo de mostrar-lhe partes que, por exemplo, declarem, ou condenem, ou constituam; porém essa não é a sua eficácia própria, a sua força. O que em verdade ela faz, mais do que as outras, é mandar: manda soltar manda prestar fiança, manda que se expeça salvo-conduto, ou que se dê entrada em tal lugar etc.⁷⁸

Em relação ao pedido de *habeas corpus*, quatro situações jurídicas podem ocorrer: (a) pedido indeferido liminarmente; (b) pedido julgado prejudicado; (c) pedido julgado improcedente; e (d) pedido julgado procedente.

O pedido será manifestamente incabível, quando faltar alguma condição da ação de *habeas corpus*, como a possibilidade jurídica do pedido, legítimo interesse e *legitimatio ad causam ativa e passiva*, as quais já foram precedentemente analisadas.

⁷⁸ MIRANDA, Pontes de, op.cit., 1999. p.266-267.

Quanto à reiteração do *writ* com os mesmos fundamentos, deve ser repelida liminarmente, eis que já houve julgamento anterior sobre ele, não se concebendo que o tribunal volte a examiná-lo. A reiteração pressupõe *causa petendi* diversa.

O julgamento do pedido de *habeas corpus*, quer pelo juiz singular, quer pelo tribunal competente, pode ser julgado prejudicado, quando se apurar ser irreal o constrangimento alegado: “Se o juiz ou tribunal verificar que cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido” (art. 659 do CPP). Dessa forma é o entendimento de Eduardo Espínola:

Dentre as várias soluções, que o pedido de *habeas corpus* pode ter, apreciado quer na sentença do juiz singular, quer no acórdão do Tribunal coletivo, há de considerá-lo prejudicado, quando se apura ser irreal o constrangimento alegado. A inexistência do constrangimento pode ocorrer, tanto quando nunca se efetivou a coação, quando no caso de preso, embora o paciente, ter sido solto antes do julgamento, pouco importando tenha recobrado a liberdade, por ato próprio da autoridade coatora, ou em consequência da decisão judiciária, que haja relaxado a prisão em flagrante, concedido a fiança, ou dado, anteriormente, ordem de *habeas corpus*.⁷⁹

É bom que se diga que não deve ser indeferido o *mandamus* quando equivocadamente vem um pedido liberatório e o juiz verifica que seria apenas o caso de conceder o remédio na forma preventiva diante do caso concreto. O juiz ou Tribunal que analisa o HC deve ter muito cuidado ao negar um pedido preventivo, pois a autoridade coatora, ao saber do indeferimento daquele, pode agora ficar mais à vontade para consumir a violência projetada.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal entende que mesmo que a decisão do pedido se apresente prejudicada, é possível a sua apreciação. É o que diz o art.199: Se, pendente o processo de *habeas corpus*, cessar a violência ou coação, julgar-se-á prejudicado o pedido, podendo, porém, o Tribunal declarar a ilegalidade do ato e tomar as providências cabíveis para punição do responsável.⁸⁰

Está correto tal dispositivo. Isso porque o fato de ter cessado o constrangimento, tornando prejudicado o pedido liberatório, não sana a má-fé ou evidente abuso de poder da autoridade que determinou a coação, sendo possível, se caracterizada a circunstância, que a autoridade coatora responda criminalmente pelo excesso cometido.

Dessa forma, mesmo que cessada a coação ilegal, deve o juiz ou tribunal examinar o ato de constrangimento sob o prisma da legalidade ou ilegalidade, e, se eventualmente configurado ficar o abuso da conduta coativa, as devidas peças deverão ser encaminhadas ao

⁷⁹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, op.cit.,1980. p.261.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 out. 2007.

Ministério Público para que seja promovida a responsabilidade criminal da autoridade, mesmo que seja ela integrante da instituição predita, nos termos do parágrafo único do art. 653 do Código de Processo Penal. Novamente é bom lembrar que nada impede que a autoridade coatora responda pela Lei de Abuso de Autoridade.

A ordem de *habeas corpus* será denegada, com a apreciação do *meritum causae*, quando se verificar das provas constantes dos autos, decorrentes dos documentos juntados, informações da autoridade coatora, oitiva do paciente ou mesmo tomadas de depoimentos, que a coação ou sua ameaça é jurídica, é legal, ou quando demonstrado restar que não houver constrangimento ou sua ameaça.

Também se focaliza a hipótese de denegação da ordem, por se apurar que, embora efetiva a coação ou real a sua ameaça, e a despeito de tratar-se de violência ilegal, não ser afetada a liberdade pessoal, a liberdade de locomoção. Foi especificada em outro ponto a possibilidade de ser impetrado outro remédio, como o mandado de segurança, etc.

Parte da doutrina entende que havendo indeferimento do *writ*, tal decisão teria o efeito de uma sentença terminativa. Com efeito, se o juiz ou tribunal para julgar improcedente o pedido de *habeas corpus* aprecia matéria de mérito, ou seja, julga a postulação quanto ao seu mérito, não há como afirmar que tal decisão tenha o cunho de terminativa. A sentença somente será terminativa, de regra, quando extinguir o processo sem o julgamento de *meritum causae*. Logo, na hipótese examinada, se há julgamento de fundo, a sentença será definitiva e sua natureza será declaratório-negativa.

Finalmente, o pedido de *habeas corpus* pode ser provido quanto ao seu mérito, sendo a ordem concedida pelo juiz ou pelo tribunal.

Assim, a postulação estará respaldada quando se evidencia haver constrangimento ilegal, efetivamente sofrido pelo paciente, ou que este está na iminência de sofrer. Recordar-se que tal constrangimento ilegal ou sua ameaça pode provir tanto de autoridade quanto de particular.

Vale lembrar que, considerando que na ação de *habeas corpus* a decisão que o concede tem eficácia imediata, a ordem de soltura tem que ser obedecida sem qualquer apreciação pelo tribunal, juiz ou outra autoridade que seja a coatora. Nesse diapasão, o art. 197 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal diz o seguinte:

Havendo desobediência ou retardamento abusivo no cumprimento da ordem de *habeas corpus*, por parte do detentor ou carcereiro, o Presidente do Tribunal expedirá mandado de prisão contra o desobediente e oficiará o Ministério Público, a fim de que promova a ação penal.⁸¹

Se o remédio tiver por escopo a revogação de algum ato ou medida processual, ou o próprio trancamento do processo, será suficiente que o tribunal comunique ao juiz o pronunciamento da decisão e seu conteúdo.

Já se a concessão da ordem for no sentido de se admitir que o paciente preste fiança (arts. 325 e 326 do CPP), o juiz ou o tribunal, ao concedê-la, fixará seu valor, cuja prestação poderá ser feita diante da própria autoridade judiciária que julgou o *writ* procedente quanto ao seu mérito. É também o disposto no art. 660, § 3º, do CPP.

No referido trabalho não foi abordada com profundidade a questão da fiança em virtude de tal dispositivo ter ficado bastante prejudicado com o advento da Lei 9099/95 que trata dos Juizados Especiais. O art. 69 dessa Lei deixa claro que um cidadão que é autuado na Delegacia por um crime de menor potencial ofensivo, ou seja, aquele em que a pena não é superior a 2 anos, se ele se comprometer a comparecer na data marcada para audiência na sede do Juizado Especial, não se imporá flagrante nem muito menos será arbitrada fiança.

Por outro lado, provido o pedido de *habeas corpus* para anular o processo, este deverá ser renovado, praticando-se novamente todos os atos que compõem o seu procedimento: “Se o *habeas corpus* for concedido em virtude de nulidade do processo, este será renovado” (art. 652 do CPP).

Finalmente, a sentença no processo do *mandamus* pode gerar alguns efeitos secundários: (a) multas a serem impostas a quem embarçar ou procrastinar a expedição da ordem de *habeas corpus*, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, sem prejuízo das penas que incorrer; (b) a condenação em custas da autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação, bem como a *notitia criminis*, a ser enviada ao Ministério Público, em virtude desses fatos, para que seja promovida a responsabilidade criminal da autoridade coatora (art. 653, parágrafo único do CPP) e, por via de consequência, do particular quando a coação dele provier.

Se o juiz ou o tribunal não formalizar a notícia do crime, como determina a lei, nada impede que a vítima da ilegalidade (paciente) ou qualquer outra pessoa faça a representação

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < www.stf.gov.br >. Acesso em: 15 out. 2007.

(*notitia criminis*) ao Ministério Público, para que este promova a *persecutio criminis* em oposição ao coator.

4 PESQUISA DE CAMPO FEITA NO INSTITUTO PENAL PROFESSOR OLAVO OLIVEIRA 2

4.1 Estrutura do presídio e o tratamento conferido aos presos

No mês de julho de 2007, foi feita uma visita às dependências do Instituto Penal Olavo Oliveira 2, localizado no município de Itaitinga, para se verificar como estavam sendo cumpridas as penas privativas de liberdade naquele local, bem como se havia alguma coação no sentido de ser passível de ser corrigida via *habeas corpus*.

Foi uma pesquisa simples em que foram feitas entrevistas com a diretora do presídio, bem como com os funcionários do setor administrativo e jurídico. Além disso, foi feito um exame de toda estrutura física desse local. O objetivo dessa pesquisa seria no sentido de o autor ter um posicionamento, pelo menos nesse caso concreto, acerca de como era a aplicação da pena privativa de liberdade, bem como das prisões cautelares nesse presídio, e se estava havendo algum excesso.

A diretora do presídio, Dra. Cristiane Gadelha Cavalcante, recebeu o autor desta pesquisa, além de dois alunos que o acompanhavam.

Dito estabelecimento, inaugurado no ano de 2002, é um dos mais modernos do Ceará. É um presídio administrado por uma empresa privada denominada CONAP. A capacidade para o presídio seria de 500 detentos, mas naquela data havia 564 pessoas.

Foi informado pela diretora que o presídio teria o propósito de albergar apenas presos provisórios e também aqueles que não fossem considerados de alto risco. Porém, a mesma informou que havia 150 condenados definitivamente e os demais eram provisórios. Além disso, afirmou que havia presos perigosos, dentre eles os responsáveis pelo furto do Banco Central e outros pertencentes a quadrilhas voltadas para o crime organizado.

Segundo a diretora, o presídio contava com 91 agentes de segurança, 39 pessoas no administrativo, bem como 15 policiais militares na parte externa. O administrativo era

composto dessa forma, segundo a servidora: “três advogados, um dentista, um médico, um enfermeiro, quatro auxiliares de enfermagem, um psiquiatra, dois psicólogos, dois assistentes sociais e um educador físico”.

O pagamento dos funcionários era feito através de verba recebida pelo governo através da CONAP. Por razões de ética, não foi questionado o valor do pagamento mensal feito pelo governo à empresa.

Primeiramente, foi mostrado, por parte dos funcionários, como era a estrutura física do presídio. Do lado de fora e na recepção, foi apresentado como funcionava a segurança externa do presídio, bem como o sistema de câmeras que existia no local. Notou-se que praticamente todo o estabelecimento era mapeado pelas câmeras, o que dificultava qualquer fuga.

Ao entrar na parte interna do presídio, foram solicitados os pertences tanto do pesquisador quanto dos alunos. A segurança da recepção solicitou que os visitantes tirassem fotos antes de entrar no presídio. O próprio estabelecimento possuía esse sistema de computador, o qual tirava e arquivava tais fotos.

Nem mesmo os funcionários podem utilizar celular na parte interna dos presídios. Foi feita também revista com detector de metais.

Na parte interna, foi feita uma incursão nas salas onde ficam a diretora e a equipe administrativa. Depois disso a equipe, acompanhada pelo chefe da segurança, se dirigiu ao local onde ficam os presos e as respectivas “vivências”.

Havia uma cancela separando esse setor administrativo dessas vivências. O presídio continha cerca de quatro vivências. Notou-se que também não havia comunicação entre essas vivências, pois também estavam separadas por cancelas onde havia carcereiros.

As vivências eram uma espécie de blocos onde havia uma parte central, na qual os presos, durante o dia, ficavam tomando banho de sol, bem como havia as celas em que se recolhiam à noite.

Os seguranças só entravam nesses blocos se houvesse necessidade. Até na hora das refeições, as mesmas eram entregues através de uma grade que separava o corredor do presídio da vivência. Dessa forma havia na parte do corredor onde ficavam os seguranças e o pessoal responsável pela refeição compartimentos semelhantes aos de um *self-service*. Do

lado de dentro os presos formavam a fila na hora da refeição e um funcionário que estava do outro lado servia as refeições protegido por essa grade.

Por questões de segurança, o chefe do setor explicou que não havia comunicação entre as vivências e que as mesmas também eram ocupadas por presos distintos, ou seja, dependia do delito cometido.

Havia um bloco que comportava presos comuns que não oferecessem tanto risco. Outro que albergava presos oriundos do crime organizado. Um que era próprio para funcionários públicos, inclusive policiais que tivessem sido condenados por crimes, e o último que hospedava aqueles presos que tinham cometido crimes contra os costumes, ou seja, estupro, atentado violento ao pudor, etc.

Vale ressaltar que a parede externa da vivência não dava para a rua, ou seja, havia a muralha cercando esse presídio. Observou-se também que nas guaritas da muralha havia policiais armados. Já os agentes que trabalhavam dentro do presídio e que pertenciam à CONAP não utilizavam arma de fogo.

Nos fundos do presídio existia um campo de futebol, no qual, segundo o segurança, eram realizadas partidas entre cada vivência mensalmente.

Do lado direito, também havia uma cozinha do tipo industrial. Porém, foi informado que a refeição era feita através de uma empresa terceirizada que fazia os alimentos ali mesmo dentro do presídio. Verificou-se que havia presos ajudando nessa cozinha, como forma de estimular a ressocialização, bem como o benefício da remição, que significa que três dias de trabalho abate um dia da pena.

O chefe da segurança também mostrou os locais onde havia trabalho no presídio e prestigiava a questão da ressocialização. Foi verificada no estabelecimento a presença de vários detentos prestando serviços. Foi constatada a seguinte estrutura no local: uma padaria, uma lavanderia, uma cozinha, uma serraria, uma tapeçaria, uma fábrica de bolas, bem como o projeto Arca das Letras, onde se fabricavam mini-móveis.

Foi apresentada a escola e foi informado pela diretora que havia 200 alunos matriculados. A escola era dividida em alfabetização e em 1º e 2º segmentos, que seriam espécies de 1º grau. Havia uma faculdade de Teologia (ICRE) com 5 alunos.

Foi feita também uma entrevista com o jurídico do presídio, no qual a equipe foi recebida pela advogada Dra. Kelley Cristina Porto Bertosi, bem como pela Dra. Leonites Maria Mendes Castro, além da estagiária Marina Paula Vieira Barbosa.

Foi questionado para equipe do jurídico como era feito o atendimento aos presos. Foi respondido que havia uma triagem por ordem de chegada. Notou-se que na sala do jurídico havia uma espécie de prontuário de cada preso, com os dados dele, o crime cometido, época, os benefícios, etc.

As advogadas informaram, pelo menos até aquele mês de julho, que eram feitos os seguintes pedidos: “de relaxamento de prisão, de livramento condicional, de revogação de preventiva, de progressão, de extinção de punibilidade, de detração, bem como de remição. Eram feitos também diversos contatos telefônicos com os advogados particulares das partes. Havia, também, pelo menos uma vez por mês, um mutirão para se verificar o prontuário de cada preso e suas necessidades. Não foi especificada a quantidade de peças, porém o que chegava ao conhecimento da assessoria jurídica era solicitado ao Judiciário, ou ao órgão competente. Sobre o *habeas corpus*, também foi questionado, informando as causídicas que também era impetrado tal pedido, bem como aqueles de revogação de prisão e relaxamento.

Foi dito pelas advogadas que havia muitos presos condenados por crimes hediondos. Os reincidentes eram cerca de 90%. As causídicas também eram responsáveis por examinar os dados desse preso na Justiça, perante o Tribunal, bem como solicitar certidão de antecedentes criminais.

Sobre o cometimento de faltas disciplinares previstas na Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84), as advogadas disseram que, quando ocorre tal fato, o agente de disciplina encaminha o ocorrido para a direção julgar, após ser ouvido o chefe da segurança e o interno. Tal falta pode constar ou não no prontuário do preso para posterior pedido de benefício.

Sobre a questão das visitas foi dito que eram limitadas, sendo certo que há contato com o parente próximo, somente podendo entrar de dois em dois, e as crianças não contavam. O advogado particular não tinha restrição.

Por fim foi feito contato com a assistente social, Dra. Valéria Mendes, que disse que ajudava os presos no momento da saída, no sentido de fazer o contato com a família, bem como providenciar documentos, etc.

A assistente, em parceria com as advogadas, também seria responsável por fazer um relatório social narrando o seguinte: “a evolução histórica familiar, os estudos do preso, o trabalho, benefícios, auxílio reclusão, documentos do preso, os filhos, etc. Foi informado pela funcionária que, no caso de livramento condicional, o preso era encaminhado a um órgão denominado “NAPAE”, que seria o Núcleo de Assistência e Apoio ao Egresso da Secretária de Justiça.

De um modo geral, notou-se que tal presídio tinha uma ótima estrutura tanto física, quanto administrativa e jurídica. Contava também com uma razoável estrutura para fins de ressocialização. Não foram notados excessos e havia respeito aos direitos do preso previstos na Lei de Execução Penal. No tocante ao excesso de prazo, ou algum desrespeito à liberdade, segundo informações do jurídico, tudo seria respeitado e quando havia possibilidade de ser impetrado o remédio heróico ou pedido de relaxamento de prisão, eram feitos imediatamente.

Nos próprios presos, pelo semblante deles, notava-se, dentro do possível, certo conformismo por estar naquele local. Viu-se que a refeição dos presos era de excelente padrão, pois era acompanhada por um nutricionista. É bom que se diga que nos três dias de visita ao presídio, a equipe almoçou no local a mesma comida dos detentos e foi observado que a mesma era de boa qualidade.

No tocante à segurança, verificou-se que era muito boa, pois o presídio contava com uma quantidade razoável de agentes, bem como de policiais, além do sistema de câmeras, como já foi dito.

Logo depois da visitas, é bom mencionar, houve tentativa de fuga dos elementos que cometeram o furto do Banco Central e que estavam em uma das vivências do presídio. As mesmas técnicas utilizadas no furto, ou seja, escavações foram feitas no local.

Na realidade, comparsas dos que estavam presos no IPOO2 ocuparam uma casa em frente ao presídio e começaram a escavar. Porém a segurança do presídio desconfiou e acionou a Polícia, de tal forma que não houve fuga do presídio. Os “toupeiras”, como são conhecidos, não conseguiram fugir.

Um dos problemas desse presídio é que fica localizado numa área urbana e próxima a muitas casas, o que põe em risco a própria população e pode vir a facilitar fugas.

É bom que se diga que, em julho deste ano, o Ministério Público Federal e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Ceará, impetraram ação civil pública no sentido de suspender a administração terceirizada de alguns presídios, inclusive o que foi visitado, em virtude de irregularidades no contrato feito com a CONAP, bem como o próprio valor que era cobrado pela empresa por cada preso no estabelecimento. Eis alguns pontos dessa ação, segundo informa o site do Ministério Público Federal:

Justiça concede liminar pedida pelo Ministério Público Federal no Ceará e suspende serviço prestado pela Conap. O Ministério Público Federal no Ceará obteve na Justiça Federal a suspensão, no prazo de seis meses, do serviço realizado pela Companhia Nacional de Administração Prisional (Conap), que atua na Penitenciária Industrial Regional do Cariri (Pirc), na Penitenciária Industrial Regional de Sobral (Pirs) e do Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II (Ippoo II), no estado. Segundo decisão do juiz Marcus Vinicius Parente Rebouças, da 3ª Vara Federal, o governo do Ceará ainda deve apresentar, em um prazo de 15 dias, um demonstrativo de todos os pagamentos feitos à Conap. A determinação foi dada em ação civil pública proposta contra a privatização dos presídios no estado. Segundo o procurador da República Alessandro Sales, depois da entrega desse demonstrativo, o MPF/CE continuará as investigações para pedir a quebra do sigilo bancário, fiscal e a indisponibilidade de bens de todos os sócios da Conap, empresa contratada para administrar três presídios no Ceará. ‘Vamos procurar saber como foram aplicados os recursos direcionados para a Conap pelo governo do estado do Ceará’, explica Alessandro Sales. Conforme solicitação feita pelos procuradores da República Alessandro Sales e Nilce Cunha, autores da ação civil pública, toda a estrutura operacional incluindo a parte financeira, humana e material disponibilizada pela Conap deverá ser substituída. Também o governo do estado do Ceará deve abster-se de contratar qualquer empresa privada para execução de serviços penitenciários. Para o Ministério Público Federal, o sistema de privatização das penitenciárias no Ceará tem ocorrido com dispensas de licitação sucessivas e elevadíssimos custos para o erário, de contratos de terceirização ou co-gestão prisional, sem qualquer respaldo legal, e estão indo contra as prescrições normativas da Resolução nº 08/2002 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária(CNPPC).

A ação civil pública também é assinada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), seção Ceará. Segundo o documento, ‘uma vez que os seus fins institucionais não se restringem à defesa de direito próprio e de seus associados, comportando também a defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos, da justiça social, da boa aplicação das leis’. Verba - Os presídios terceirizados recebem 48% do total de recursos mensais da Secretaria da Justiça e Cidadania (Sejus), mesmo que sejam responsáveis por pouco mais de 10% do número de presos em todo o estado. No Ceará, a população carcerária é de 11,5 mil pessoas. Dos três milhões de reais mensais da Sejus, 1,6 milhão de reais são destinados ao presídios não terceirizados, enquanto 1,4 milhão de reais são repassados à Companhia Nacional de Administração Prisional, empresa privada, responsável pelos presídios mais novos do Ceará, construídos entre 2000 e 2002. O custo médio por preso administrado pela Conap é de 920 reais. Já nos outros dez presídios esse valor fica em 650 reais.⁸²

Pela pesquisa de campo feita, no tocante à qualidade no cumprimento das penas privativas de liberdade ali vistas e ao tratamento do preso, que são administrados pela

⁸²MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em:<<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/geral/mpf-ce-acao-contra-privatizacao-dos-presidios-sera-intensificada-com-completa-investigacao/>>. Acesso em: 09 nov.2007.

CONAP, como já foi dito, pode ser considerada boa. Porém está correto o posicionamento do MPF e da OAB-CE no que diz respeito à forma como foram feitos esses contratos, sem licitação e também em relação ao valor que está sendo cobrado por cada preso administrado. Devem ser revistos tais contratos nesse ponto e com certeza deve haver uma prestação de contas por parte dessa empresa. De toda sorte, vale lembrar que tal valor, se for comparado ao de um presídio comum, realmente pode sair mais caro em virtude da estrutura presente nas dependências do IPOO2, o que não é visto nos presídios administrados diretamente pelo Estado.

CONCLUSÃO

A decisão de eleger o tema *habeas corpus* na presente pesquisa deu-se em virtude da importância do assunto, já que o referido instituto visa a resguardar uma das maiores garantias constitucionais previstas, que é o direito de liberdade.

De início foi comentado o surgimento histórico do *writ* constitucional, fazendo-se uma abordagem do mesmo em diversos países, dentre eles Espanha, Portugal, Inglaterra e, por fim, no Brasil.

Com certeza o instrumento não tinha as mesmas garantias e eficácia conferidas pelo legislador de hoje. Antigamente, o *habeas corpus* só servia, na maior parte das vezes, para assegurar o direito de liberdade da classe mais abastada. Os pobres não tinham acesso a esse benefício. Desde a civilização romana que se via essa situação.

Questão interessante que foi comentada foi o surgimento da chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*, liderada pela figura de Rui Barbosa, que defendia a amplitude do instrumento não só para defesa do direito de liberdade, mas também para resguardar outras garantias constitucionais.

Já que naquela época não havia outros instrumentos para resguardar certas garantias, dentre eles o mandado de segurança, a saída seria a utilização do *habeas corpus* como forma de suprir essa ausência. Sem dúvida isso impulsionou o legislador no sentido dele criar outras garantias, dentre elas: o mandado de injunção e o mandado de segurança.

O *habeas corpus* não é bem recebido em ditaduras. Tanto isso é verdade que no regime de exceção de 1964 que ocorreu no Brasil, o AI-5 suspendeu a garantia do *habeas corpus*. Diversas prisões arbitrárias foram executadas. Atos de tortura eram constantes. O *writ* constitucional que tutelava a liberdade bem como ameaça a esse direito foi suprimido pela ditadura e o povo se viu despido de uma garantia inerente à própria dignidade do ser humano.

Foi mencionada na pesquisa a natureza jurídica do *habeas corpus* e quando é possível a impetração desta ação. Por ter como meta resguardar a garantia de liberdade do cidadão, a peça pode ser impetrada por qualquer pessoa, não havendo necessidade de ser advogado. Aliás, a Lei Processual Penal torna tal remédio bem menos burocrático do que qualquer outra peça ou recurso.

O art. 648 do CPP enumera alguns casos em que pode ser utilizado o *mandamus* em questão. Um deles é quando falta justa causa para abertura de uma ação. Seria injusta que, por perseguição, fosse instaurada uma ação penal, em que a pessoa seria considerada ré e conseqüentemente responderia a um processo descabido e se submeteria a todo um constrangimento de uma ação criminal. Dessa forma é possível a impetração do remédio heróico como forma de tentar trancar a dita ação penal e evitar um constrangimento desnecessário e injusto a um cidadão inocente.

O *habeas corpus* tem como propósito tanto evitar um desrespeito à liberdade do cidadão, no seu direito de ir e vir, quanto à ameaça dessa liberdade. Dessa forma há diversas possibilidades de impetração do referido remédio que, *data vênia*, não estão exauridas no CPP.

A mera abertura de um inquérito policial, se ficar evidente que é descabido, pode representar um constrangimento para a pessoa, sanável pela via do *mandamus* em estudo.

Flagrante irresponsabilidade é quando uma pessoa estiver presa por mais tempo do que determina a Lei. Isso pode ser visto quando já não existe mais razão para um preso permanecer detido em virtude de uma prisão preventiva, ou quando a instrução já demora muito tempo. Referida situação pode ser sanada pela via do *habeas corpus*.

Para se ter idéia, em Fortaleza só existe uma Vara de Execução Penal responsável pela análise do cumprimento de pena de todos os presos dos presídios próximos à Capital, dentre eles IPOO2, IPOO, IPPS, além daqueles que são os responsáveis pela administração do regime semi-aberto.

Presos que já terminaram de cumprir a sua pena, ou poderiam ter algum benefício, como a progressão ou livramento condicional, são esquecidos nesses locais. Tal situação é um desrespeito à dignidade humana e ao direito de liberdade. O *habeas corpus* é o instrumento

cabível para remediar tal problema. A Lei de Execução Penal também prevê o recurso de agravo das decisões oriundas da Vara de Execuções.

A intenção do legislador seria evitar a pena privativa de liberdade. Tanto isso é verdade que o Código Penal apresenta vários dispositivos como forma de substituir esta pena. Dentre eles estão previstas as penas restritivas de direito (art.43 do CP), bem como o sursis (art. 77 do CP). Há também benefícios que repousam na Lei do Juizado Especial que visam a evitar o andamento da ação, dentre eles: a transação penal e a suspensão condicional do processo.

O *habeas corpus* pode também ter a serventia de obrigar o juiz ou o promotor, se presentes as condições previstas em Lei, no sentido de ser ofertadas as penas e medidas alternativas acima apontadas. Para ilustrar tal situação, foi colacionado nessa obra decisões de Tribunais Superiores em sede de HC ilustrando tal possibilidade.

Foi tratada na obra a competência para o julgamento do *writ* em estudo. Nada obsta que, sendo indeferido o *mandamus* em 1ª instância, a parte possa recorrer para os Tribunais Superiores, inclusive para o Supremo Tribunal Federal, em virtude do direito de liberdade ser questão constitucional. Vale ressaltar que o processo do *habeas corpus* deve ter prioridade sobre os demais já que afeta o direito de ir e vir do cidadão.

É necessário que o Poder Judiciário se equipe melhor no sentido de atender de forma mais zelosa os pedidos que tratam do direito de liberdade, dentre eles o *habeas corpus*. Um dos objetivos da Constituição Federal é assegurar o Estado Democrático de Direito, bem como a questão da cidadania e a dignidade da pessoa humana. Isso jamais será atendido se houver uma demora no tocante à agilidade no julgamento dos pedidos em tela.

Outra questão que foi ressaltada é a dificuldade para a classe pobre impetrar o HC, principalmente em Tribunais Superiores. A questão também é delicada na Justiça Federal. É bom que se diga que no Ceará há uma grande carência de defensores públicos, o que pode prejudicar os pedidos referentes ao direito de liberdade da camada mais humilde da população e que representa a maioria da população.

Para se ter uma noção mais concreta de como era o cumprimento de pena dos presos em Fortaleza, foi feita uma pesquisa de campo em um presídio da região, no caso o Instituto Penal Professor Olavo Oliveira 2.

O que se procurou nesse presídio, além do estudo da estrutura física do estabelecimento, bem como a rotina dos presos, foi verificar os instrumentos que possibilitassem a ressocialização dos detentos e também se estava havendo algum excesso no sentido de ser sanável através do remédio heróico.

Apesar de não ter sido feita uma análise dos processos desses detentos, examinou-se que o presídio dispunha de uma boa estrutura jurídica no sentido de serem satisfeitos os seus pedidos, bem como os benefícios previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

Também havia no presídio diversas possibilidades de ocupação para o preso, como: escola, cursos, fábricas, padarias, recreação, etc. Apesar de ser um presídio que tem uma administração privada, sem dúvida é muito bem equipado e estruturado, o que pode melhorar o cumprimento de pena, bem como ressocializar o preso e diminuir o índice de reincidência.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Códigos**: Penal, Processo Penal e Constituição Federal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < www.stj.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 nov. 2007.

_____. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em: <<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/geral/mpf-ce-acao-contra-privatizacao-dos-presidios-sera-intensificada-com-completa-investigacao/>>. Acesso em: 09 nov. 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Penal**. Legislação penal especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.v.4.

_____. **Curso de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.v.1.

_____. **Curso de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Curso de processo penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Atualizado por Fernando Fragoso. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal** (Comentários aos arts. 503 a 811, seguidos de formulários correspondentes). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

HOLANDA, Marcos de. **O habeas corpus ao alcance de todos**. Fortaleza: ABC, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v.4.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1955.

_____. **História e prática do habeas corpus**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1999. t. II.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2005.

MORAES, Alexandre de (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, E Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Tribunal de Justiça de São Paulo, São Paulo, ano 79, v.661, p.284, nov.1990.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.4.

VEJA. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blogs/reinaldo/2007/04/operacao-furaco-ecuidados.html>>. Acesso em: 13 out. 2007.