

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

E

PROCESSUAIS DO

HABEAS CORPUS

HUGO CORREA MARTINS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM CIÊNCIAS PENAIS

CURITIBA

1991

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS
E PROCESSUAIS DO
HABEAS CORPUS**

HUGO CORREA MARTINS

**MONOGRAFIA APRESENTADA NO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO
EM CIÊNCIAS PENAIS, REFERENTE AO ANO LETIVO DE
1990, CONSISTINDO REQUISITO ESSENCIAL À OBTENÇÃO
DO RESPECTIVO TÍTULO.**

CURITIBA, OUTUBRO DE 1991

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I	
ESCORÇO HISTÓRICO.....	3
CAPÍTULO II	
O HABEAS CORPUS EM NOSSAS CONSTITUIÇÕES.....	13
CAPÍTULO III	
CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO HABEAS CORPUS NO PROCESSO PENAL.....	30
CONCLUSÃO.....	52
BIBLIOGRAFIA.....	54

INTRODUÇÃO

Aspecto inerente ao ser humano é sua tendência a extrapolar os limites do poder que lhe é atribuído. Em nossos dias e ao longo da história, os governantes se caracterizaram por exercer acentuadamente esta prática.

Em decorrência disto, o Estado avassalador aumentou seus poderes sobre o frágil cidadão, intervindo em determinadas atividades ou restringindo certos direitos.

Corolário evidente é que há tempos, foi deflagrando um processo de descrença nas instituições e no próprio homem. Para suplantar este estado de coisas, foi-se lapidando um ordenamento jurídico capaz de garantir o exercício dos direitos tidos como essenciais.

Os direitos acima referidos, constituem-se naqueles cujo gozo é considerado como imprescindível aos que convivem em sociedade, dentre estes, indiscutivelmente o mais significativo é aquele assegurado da liberdade.

Com a finalidade de garantir a liberdade do cidadão, criou-se em Roma, por volta do século VII, o interdito "libero homine exhibendo". Posteriormente, na Magna Carta inglesa

(1.215), é insculpido instituto com o mesmo fim, por outro lado, na Espanha (1.679), é elaborada lei que, segundo alguns doutrinadores, mais se aproxima do "habeas corpus" hoje conhecido por nós.

Fiéis a uma destas concepções, os estudiosos atribuem a esta ou aquela versão a origem do "habeas corpus". Contrariando em parte estes posicionamentos, concluimos que na verdade existiram fases de aperfeiçoamento técnico do "habeas corpus" e não ordenamentos jurídicos capazes de atribuir a si, isoladamente sua origem.

Literalmente, "habeas corpus", quer dizer: "tome o corpo", em termos práticos "ordem de liberação, faz também as vezes do vocábulo "liberte-se". Considerando, ainda, que a expressão "instituto" significa o conjunto de regras e princípios jurídicos que regem certas situações de direito, o "habeas corpus" é autêntico instituto, e no decorrer do presente estudo, por vezes, é com esta terminologia que nos referimos ao mesmo.

Aferindo o tema em seus aspectos históricos, constitucionais e processuais, foi dado nesta última visão um tratamento especial às hipóteses de cabimento do "writ".

CAPÍTULO I

ESCORÇO HISTÓRICO

Em função da dissonância entre as várias opiniões a respeito da origem do instituto "habeas corpus", é despiciendo se frisar a importância da aferição do tema neste aspecto.

Todavia, embora não seja a maneira mais didática de se fazer tal explanação, nos limitaremos a quase que tão somente à transcrição dos vários textos legais que disciplinaram o instituto ao longo do tempo, pelo motivo de ser esta a melhor forma de traçarmos seu itinerário histórico.

Assim, a saber, existem três teorias acerca da origem do "habeas corpus", a romana, a inglesa e a espanhola.

Nesta linha de raciocínio, considerável parte dos estudiosos, afirmam que o "habeas corpus" foi criado em Roma, antes do século VII, quando da vigência do interdito "libero homine exhibendo".

Deferindo este interdito, o pretor determinava que o detido fosse a ele apresentado, caso o cerceamento da liberdade não decorresse de um justo motivo, era declarada a soltura do encarcerado.

Inexplicavelmente, o "libero homine exhibendo" não se aplicava em relação aos governantes que provavelmente eram os maiores coatores da época.

Este fato é bastante significativo para que poucos

atribuam as origens do "habeas corpus" à legislação romana (1).

De outra forma, quase que unanimemente, atribui-se as raízes do "habeas corpus" ao direito inglês.

O instituto teria sido criado no reinado do monarca João (1199-1216), (que era filho de Henrique II e ficou conhecido como João-Sem Terra), quando da elaboração da "Magna Charta Libertatum".

Constituindo-se num marco favorável na luta pelos direitos e garantias individuais, vindo a acalentar as consciências ávidas por justiça da época.

Indispensável e oportuno, é a reprodução do texto constante do item 29 da Magna Carta ao qual é conferida a origem do "habeas corpus".

"Nenhum homem será detido ou preso, nem despojado do seu livre domínio, de sua liberdade ou livres costumes, nem posto fora da lei, nem exilado, nem molestado de maneira alguma, e nós não poremos nem mandaremos por a mão nele, a não ser em virtude de um julgamento legal por seus pares e na forma da lei do país".

De outra forma, gramaticalmente, a expressão inglesa "writ" quando transladada para nossa língua pode ter o signifi-

cado de "ordem", daí se falar em writ de "habeas corpus".

O direito inglês conheceu seis espécies de writs, porém, três eram os principais: o writ of main prize para os casos em que se admitia a prestação de fiança; o writ de ódio et actia aplicável na hipótese do agente ter atuado com perversidade e o writ de homine replegiando utilizado para obter-se a liberdade provisória do detido, que assim se livraria solto (2).

Compreenda-se que haviam seis modalidades de "habeas corpus", cinco de caráter nitidamente processual e um último com a finalidade do atual "habeas corpus".

"O habeas corpus ad respondendum, destinado a obter a remoção do preso para o tribunal competente para a espécie; o habeas corpus ad satisfaciendum, referente também à remoção do preso já julgado, para que, na comarca do juiz competente, pudesse ter início ou seguimento da respectiva execução; o habeas corpus ad prosequendum, quase análogo aos dois primeiros, já que também versava sobre pedido de transferência, desta vez para a comarca do fato; e o habeas corpus faciendum et recipiendum, conhecido também como habeas corpus cum causa e destinado a obter-se a comunicação do juiz referente à época da prisão e seu real motivo.

Seja pois destacado o sexto writ, o remédio jurídico "bastião das liberdades", na expressão de Whorton: era o habeas corpus ad subjiciendum que corresponderia ao interdito de homine libero exibendo do direito romano e que tinha dupla finalidade: a de conseguir a apresentação ou exibição do preso e a restituição de sua liberdade quando comprovada a injustiça

do ato" (3)

Por outro lado, expondo outra tese, há quem diga que o instituto com maiores características do nosso moderno habeas corpus tem suas origens no direito espanhol e teria sido criado no Reinado de Carlos II em 1679.

Neste sentido, a guisa de exemplo, Magalhães Noronha afirma que o habeas corpus previsto na Magna Carta ofereceu um direito mas omitiu uma garantia e o interdito romano era uma garantia para um direito só implícito. Todavia, no direito espanhol o instituto continha direitos garantidos (4).

Como vimos, é impossível se determinar com precisão qual o ordenamento jurídico donde emanou o instituto que hoje é conhecido como habeas corpus.

Da mesma forma, quanto à origem do habeas corpus no direito brasileiro, os fatos não são diferentes, de modo que as opiniões também divergem.

Pontes de Miranda, citando artigos e parágrafos de leis, afirma que com outra denominação, o habeas corpus está presente em nosso direito desde a vigência das ordenações, nestes termos:

Afonsinas (1446), Livro III, Título 8º § 5º, Manuelinas (1512), Livro III, Título 62 §§ 4 e 7 e nas Filipinas (1603), no Livro III, Título 78 §§ 5 e 6.

Relembrando que tais ordenações se originavam de

Portugal e constituíam-se em verdadeiros Códigos de Leis, com total aplicabilidade no Brasil.

Sem opor-se a esta tese, Espinola Filho apregoa que o legislador pátrio protegeu a liberdade individual quando outorgou a primeira Constituição Brasileira, em 1824, dando a entender que lá estaria o embrião do habeas corpus no direito brasileiro.

A este respeito, dizia a Constituição do Império:

Art. 174, inciso 10 - " a exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos, com as penas que a lei determinar".

Art. 179 § 8º - "ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, e nestes dentro de 24 horas contadas da entrada da 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 de seus acusadores e das testemunhas, havendo-as".

Através da leitura dos dispositivos supracitados, extrai-se que até a data da outorga da Constituição Imperial, não havia qualquer referência direta ao Writ. Contudo, de forma expressa o "habeas corpus" passou a figurar em nossa legislação a partir de 1830, quando da elaboração do Código Criminal.

Observe-se que até então não existia entre nós o Direito Processual. Destarte, eram dizeres do Código Criminal do Império do Brasil:

Art. 183 - "Recusarem os juizes, a quem permitido passar ordens, "Habeas corpus" - concedê-las, quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos em que podem ser legalmente passadas; retardem sem motivo a sua concessão, a deixarem de propósito, e com conhecimento de causa as passar independente de petição nos casos em que a lei o determinar".

Art. 184 - "Recusarem os oficiais de justiça, ou demorarem por

qualquer modo a intimação de uma ordem de "habeas corpus" que lhes tenha sido apresentada, ou a execução das outras diligências necessárias para que esta ordem surta efeito".

Dando mais um passo na história e complementando, finalmente o instituto foi regulamentado pelo Código de Processo de 1832, em seu artigo 340, da seguinte forma:

"Todo o cidadão que ele entender ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem "habeas corpus" em seu favor".

É necessário observar-se, que segundo este dispositivo, estava inviabilizada a possibilidade do estrangeiro impetrar o "habeas corpus" em seu favor.

Porém, com o advento da Lei 2.033, em 20 de setembro de 1871 esta situação chegou ao fim e fica permitido ao estrangeiro que o mesmo possa interpor a ordem de "habeas corpus", bem como, cria-se a modalidade preventiva do instituto. Tais inovações vieram insculpidas nos parágrafos 1º e 8º do artigo 18 da citada Lei, nestes termos:

Art. 18 - "Os juizes de direito poderão impetrar ordem de "habeas

corpus" em favor de quem estiver ilegalmente preso, ainda quando fosse 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 no Exército ou na Armada".

§ 1º - "Tem lugar o pedido e concessão da ordem de "habeas corpus", ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer constrangimento corporal, mas se seja dele ameaçado".

§ 8º - "Não é vedado ao estrangeiro requerer para si, ordem de "habeas corpus", nos casos em que esta tem lugar".

Denota-se do exposto, a evolução do instituto "habeas corpus" ao longo da história, que, podemos dizer, teve seu embrião em Roma, quando da vigência do interdito "libero homine exhibendo".

Assim, dá para se afirmar, sem violentarmos idéia alguma, que na verdade existiram fases de aperfeiçoamento técnico do "habeas corpus", não ordenamentos capazes de atribuir a si, isoladamente sua origem.

Nestas fases, saímos de um ponto, onde o Estado ou seus agentes não podiam figurar no pólo passivo da ação (Roma, proximidades do século VII); tivemos outro período, onde o instituto, com a denominação atual, podia ser interposto contra os atos dos governantes (Inglaterra 1215); e finalmente na versão espanhola o instituto viria a conter o direito e a garantia para seu exercício (Espanha 1679).

No direito pátrio, também ocorreu este processo de evolução técnica, tendo como ápice do aperfeiçoamento a criação da modalidade preventiva do instituto (Lei 2.033 de 1871) e a sua posterior inserção de forma explícita em nossas constituições.

NOTAS

- (1) PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS, Do "Habeas Corpus" Coação ilegal - Teoria. Jurisprudência. Prática, São Paulo, ed. Edipo Edições Profissionais Ltda, 1991, páginas 14/15.
- (2) MAURO CUNHA e ROBERTO GERALDO COELHO SILVA, "Habeas Corpus no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, ed. Aida, 1990, páginas 31/32.
- (3) Transcrição dos dizeres de Mauro Cunha e Roberto Geraldo Coelho Silva, obra citada, páginas 31/32.
- (4) PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS, obra citada, nota de rodapé número 02, página 13.

CAPÍTULO II

O "HABEAS CORPUS" EM NOSSAS CONSTITUIÇÕES

Quem detém o poder, tende extrapolá-lo, isto faz parte da natureza humana e é verificável numa incursão pela história ou no dia-a-dia.

De modo que, o aperfeiçoamento técnico ocorrido ao longo do tempo do instituto do "habeas corpus", foi produto de intensas e acirrados debates e lutas, onde, basicamente, o particular reivindicava e o governante negava determinada conquista.

Maneira incontestável de se assegurar o desfrute de um direito, é prevê-lo na Constituição e garantir seu exercício de forma expressa. Pois, comprovado está, que a simples previsão constitucional de direitos, pouco ou nada vale, quando desprovida de meios jurisdicionais eficazes para lhes assegurar o gozo.

Com fulcro neste pensamento, o legislador pátrio, tão logo pôde, insculpiu o instituto do "habeas corpus", de forma expressa na Constituição.

Para a melhor compreensão do tema, sob o aspecto da presente rubrica, é necessário, que inicialmente enfrentemos o assunto explorando o conceito de Constituição e como se classificam as mesmas.

Desta forma, teremos uma visão dos avanços e retrocessos de nossa legislação e em especial do instituto "habeas corpus". Sendo que, indiscutivelmente, as constituições promulgadas, representam sempre grande conquista em face as outorgadas.

Por apego à síntese e a objetividade, transcreveremos o conceito de Constituição fornecido por José Afonso da Silva.

Genericamente, Constituição é "A lei fundamental de um Estado", todavia, tecnicamente, fica mais apropriado se dizer que "a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitucionais do Estado" (1).

Com algumas alterações, adotamos a classificação das constituições apregoada pelo mesmo José Afonso da Silva que é a seguinte: (2)

Classificação das constituições

- | | |
|------------------------------------|-----------------|
| 1. Quanto ao conteúdo | a) materiais |
| | b) formais |
| 2. Quanto à forma | a) escritas |
| | b) não escritas |
| 3. Quanto ao modo de
elaboração | a) dogmáticas |
| | b) históricas |
| 4. Quanto à origem | a) promulgadas |
| | b) outorgadas |

5. Quanto à estabi-

lidade

a) rígidas

b) flexíveis

c) semi-rígidas

Constituição em sentido material é o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas, etc, que configuram a particular maneira de ser de um Estado. (3)

Constituição em sentido formal representa o conjunto de normas legislativas produzidas por um processo mais árduo e mais solene do que o ordinário. (3-A)

Considera-se escrita a constituição quando codificada e sistematizada num único texto, elaborada por um órgão constituinte, encerrando todas as normas tidas como fundamentais sobre a estrutura do Estado, a organização dos poderes constituídos, seu modo de exercício e limites de atuação, os direitos fundamentais (políticos, individuais, coletivos, econômicos e sociais).

Não escrita é aquela constituição cujas normas não constam de um documento único e solene, mas se baseia nos costumes, na jurisprudência, em convenções e em textos constitucionaisj esparsos, como é a Constituição Inglesa.

O conceito de constituição dogmática é conexo com o de constituição escrita, como o de constituição histórica o é com constituição não escrita. Assim, as constituições dogmáticas sempre serão escritas e elaboradas por um órgão constituinte e as constituições históricas, costumeiras ou não-escritas, são

resultantes de lenta formação histórica, das tradições, dos fatos sócio-políticos, etc.

São populares ou promulgadas as constituições que se originam de um órgão constituinte composto de representantes do povo. Foram promulgadas as nossas constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988.

Outorgadas são elaboradas e estabelecidas sem a participação do povo, aquelas que o governante, Rei, Presidente, Junta Governista, etc, por si ou por interposta pessoa, outorga, impõe ou concede ao povo. São exemplos, as constituições brasileiras de 1824, 1937, 1967 e 1969.

Rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias.

A constituição é flexível quando pode ser livremente modificada pelo legislador segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias.

Semi-rígida é a constituição que contém uma parte rígida e outra flexível.

Cumprido concluir que nossa atual constituição é escrita, e como corolário lógico é dogmática, promulgada e rígida.

Feitos estes esclarecimentos, que, indubitavelmente via exercício dialético, nos propiciam condições de observarmos a ação do "habeas corpus" em consonância com as constituições

brasileiras, começemos por ver como esteve presente o instituto na primeira constituição que aqui teve vigência.

Na Constituição do Império de 1824, conforme verificamos no Capítulo anterior, o instituto em discussão não foi previsto de forma expressa. Contudo, a doutrina proclama que o "habeas corpus" estava presente de forma implícita no artigo 179 § 8º da citada constituição, o qual deixamos de transcrever por já tê-lo feito linhas atrás.

Esta constituição, apesar de ter sido outorgada, era eminentemente liberal, em consonância com as idéias que circulavam pelo mundo da época. Daí se justificar o fato da mesma ser rica quanto ao conteúdo dos direitos e garantias individuais nela previstos.

A constituição de 1891 foi a primeira da recém-instituída República, e nesta, veio o "habeas corpus" a ser inserido de forma expressa e abrangente, o que provocou amplos debates doutrinários.

Como veremos, as discussões somente cessaram após a reforma constitucional de 1926, quando se reformulou o texto que previa o "habeas corpus".

Originariamente, na constituição de 1891, o dispositivo que consagrava o "habeas corpus" como constitucional, era assim redigido:

Art. 72 § 22. "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".

Como se vê, a redação era imprecisa, houve quem entendeu e dentre estes Ruy Barbosa, que aí estava insculpida a garantia de todos os direitos. Alegava também que a norma constitucional não se restringia especificamente aos casos de prisão ou constrangimento corporal.

Em certa oportunidade, Ruy exaltou a liberdade e o instituto de maneira ímpar e marcante, nos seguintes termos:

"Eis, Srs. Juizes, de onde resulta suprema importância do "habeas corpus" entre as nações livres. As outras garantias individuais contra a prepotência são faculdades do ofendido. Este é o dever de todos pela defesa comum. Ninguém pode advogar essa exceção singular as leis do processo. Ninguém pode advogar sem procuração a causa de outrem. Para valer, porém, a liberdade sequestrada, não há instrumento de poderes a exigir: o mandato é universal; todos o recebem da lei; para exercer solidamente basta estar no país.

Os próprios juizes são obrigados a mandá-la restituir ex-officio, se no curso de qualquer processo lhe constar, por testemunho fidedigno, caso de constrangimento ilegal. O paciente pode até, não requerer a liberdade; pode resignado ou indignado, desprezá-la; pode até, por um desvario, rejeitá-la. É indifferente. A liberdade não entra no patrimônio particular, como as causas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem ou compram; é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que ninguém o possa alienar; e, se o indivíduo degenerado, o repudia, a comunhão, vigilante, a reivindica. Solicitando, pois este "habeas corpus", eu propugno, na liberdade dos ofendidos, a minha própria liberdade; não patrocínio um interesse privado, a sorte de clientes: advogo a minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa impessoal do direito supremo, representada na impessoalidade deste remédio

judicial" (cf. Lições de Ruy, páginas coligidas por Heitor Dias, Bahia, Imprensa Oficial, 1949, p. 76) (4).

O maior opositor à tese de Ruy, que defendia a abrangência da aplicação do "habeas corpus", foi o Ministro do Supremo Tribunal Federal Pedro Lessa.

Sustentava o insigne Ministro que se deverá refletir, e quando a liberdade física fosse pressuposto indispensável para o exercício do direito invocado, aí sim, o caso seria de "habeas corpus" e apregoava a seguinte lição:

"Desde que apurada esteja a posição jurídico manifesta, a situação legal inquestionável, de quem é vítima de uma coação, que constitui o único obstáculo ao exercício de um direito incontestável, não é lícito negar o habeas corpus".

A reforma constitucional de 1926 sufragou o entendimento de Pedro Lessa. Era a aceitação do sistema norte-americano, restringindo o "habeas corpus" às hipóteses de preservação de garantia da liberdade, e o § 22 passou a ter esta redação:

"Dar-se-á o habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violên-

cia por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

Adveio a revolução de 1930, oportunidade em que foi sustado o ordenamento constitucional, e passaram a ter vigência os Decretos-leis, o de número 19.398, restringiu a utilização do "habeas corpus", assim dispondo:

"É mantido habeas corpus em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os de competência dos tribunais especiais" (art. 5º, parágrafo único).

A Constituição Federal de 1934, ficou conhecida como um documento intermediário entre o intervencionismo e o liberalismo.

Prova configuradora disto, como ato atestador do espírito liberal é o fato de se admitir o voto feminino (arts. 108 e seguintes).

Em contrapartida, até certo ponto comungando com preceitos intervencionistas, injustificadamente, vetam-se a utilização do "habeas corpus" nos casos de transgressões disciplinares, nos seguintes termos:

Art. 113 nº 23 "dar-se-á o habeas corpus sempre que alguém sofrer

ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o habeas corpus".

Observe-se, que instituída na constituição de 1934, a proibição do "habeas corpus" nas hipóteses de transgressão disciplinar, a mesma foi mantida com pequenas alterações, em todos nossos textos constitucionais, até a Emenda nº 1, de 1969.

Ao longo da história, quem tentou justificar esta vedação, não convenceu.

O tratadista Pontes de Miranda, por não relevar a questão ou por mero desatino de mortal, defendia o texto constitucional argumentando:

"... desde que há hierarquia, há poder disciplinar, há o ato e há pena disciplinar; qualquer ingerência da Justiça na economia moral do encadeamento administrativo seria perturbadora da finalidade mesma das regras jurídicas que estabelecem o dever de obediência e o direito de mandar. Assim, com ou sem texto constitucional, onde quer que aqueles pressupostos se apresentem, não

há cogitar-se de "habeas corpus". Demais disso, o Poder Judiciário só aprecia a inconstitucionalidade ou a ilegalidade dos atos dos poderes públicos, não a injustiça intrínseca, naquilo em que qualquer dos poderes pode obrar discricionariamente".

Indiscutível, havendo hierarquia, há poder disciplinar, agora, a ingerência da Justiça para verificar a legalidade dos atos decorrentes deste relacionamento, é absolutamente aceitável.

Não que o Poder Judiciário vá se manifestar sobre o mérito ou a conveniência da imposição de uma pena emanada da prática de transgressão disciplinar, isto extrapolaria os limites da natureza de suas atribuições. Contudo, a legalidade deste ato, pode e deve ser aferida pelo juiz quando invocado a prestar os ofícios da jurisdição.

Acresce que, no final de suas argumentações, o citado jurista, afirma que o Poder Judiciário não aprecia "a injustiça intrínseca naquilo em que qualquer dos poderes pode obrar discricionariamente".

Ora, ato discricionário injusto, é ato arbitrário. De há muito, os administrativistas alertam para não se confundir discricionariedade com arbitrariedade (6).

Por sua vez, a constituição outorgada de 1937, do dito

"Estado Novo", fazia referência à liberdade de ir e vir em seu artigo 122, nº 16, que assim dispunha:

"Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir; salvo nos casos de punição disciplinar".

A respeito do "habeas corpus", eram palavras da constituição de 1946, em seu artigo 141, § 23:

"Dar-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. Nas transgressões disciplinares não cabe o habeas corpus".

Esta norma foi literalmente transladada para a constituição de 1967 (art. 150 § 20) e para a Emenda Constitucional de 1969 (art. 153 § 20).

Tratamento especial foi dispensado ao "habeas corpus" na atual constituição, onde foi amputada aquela descabida ressalva de que o mesmo não tinha cabimento nos casos de transgressões disciplinares.

Outro aspecto importante, até agora desaperecebido, é que

constitucionalmente, o "habeas corpus" está inserido no Capítulo concernente aos Direitos e Garantias Individuais, e como tal, não pode ser objeto de emenda constitucional tendente a aboli-lo. Há norma constitucional expressa neste sentido, dizendo:

Art. 60

§ 4º "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

A respeito dos direitos e garantias, para um melhor raciocínio, direitos são bens e vantagens conferidas pela norma, ao passo que garantias são os meios destinados a fazer valer estes direitos (7).

Desta forma, nos dias de hoje, não poderá mais haver qualquer tipo de restrição normativa quanto à utilização do "habeas corpus". Absurdamente, na vigência da constituição de 1967, especificamente, em 13 de dezembro de 1968, sancionou-se o Ato Institucional nº 5, que em seu artigo 1º, limitava o emprego do "habeas corpus", nos seguintes termos:

"Fica suspensa a garantia de habeas corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social, e a economia popular".

Esclarecendo, Ato Institucional, é ato supralegal, de origem revolucionária e sem tramitação pelo Congresso, contendo disposição constitucional (8).

Assim, os atos institucionais, têm lugar nas revoluções, que, quando não são promovidas pelo povo, transformam-se em ditaduras, onde em regra, proliferam pelo Poder, toda sorte de cérebros desajustados, desprovidos do poder de reflexão.

Retomando à idéia central, o "habeas corpus" está previsto na vigente constituição, no artigo 5º, inciso LXVIII, desta forma:

"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";

Explorando o texto constitucional, a ilegalidade se configura pela qualidade do que é ilegal, seria toda ação ou omissão contrária à lei. O abuso de poder ocorre quando a autoridade pratica o ato de forma diversa da que a lei lhe autoriza, geralmente de forma exorbitado.

Injustificadamente, no art. 142 § 2º da Constituição Federal, persiste a vedação quanto ao uso do "habeas corpus", em relação as punições disciplinares, desta vez, restringindo-se aos destinatários do ordenamento jurídico militar.

Na hipótese de uma punição atribuída a qualquer espécie de falta disciplinar de caráter militar, que venha a violentar a liberdade de locomoção, e seja imposta de forma ilegal ou com abuso de poder. Não se poderá negar a legitimidade para a interposição do "habeas corpus". De outra forma, concluiríamos, que o dispositivo constitucional dá guarida à ilegalidade ou ao abuso de poder.

NOTAS

- (1) JOSE AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo 5a. Ed., revista e ampliada. São Paulo, Editora Revistas Tribunais, 1989, páginas 37/38.
- (2) JOSÉ AFONSO DA SILVA, Obra citada, páginas 39/40.
- (3) CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de Direito Constitucional, 11a. ed., reformulada. São Paulo, Editora Saraiva, 1989, página 40.
- (3A) CELSO RIBEIRO BASTOS, obra citada, página 41.
- (4) FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, Processo Penal, 11a. ed., revista e atualizada. São Paulo, Editora Saraiva, 1989, página 403.
- (5) ROGERIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI, Constituição de 1988 e Processo. São Paulo, Editora Saraiva, 1989, páginas 130/131.
- (6) HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 14. ed., atualizada. São Paulo, Editora Revista dos

Tribunais Ltda, 1989, página 144.

(7) JOSÉ AFONSO DA SILVA, obra citada, página 354 .

(8) WALDIR VITRAL, Vocabulário Jurídico. Volume V,A,Z, 3a. ed.,
Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984, página 79.

CAPÍTULO III

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO "HABEAS CORPUS" NO PROCESSO PENAL

Embora o título supra não deixe margem de dúvidas, esclareça-se que limitaremos esta parte dos estudos somente ao trato dos aspectos processuais do "habeas corpus", levando em consideração o ramo penal do direito, não nos referindo especificamente a outras searas, como o da aplicação do instituto no Processo Administrativo Disciplinar, as áreas civil ou trabalhista, aos casos de processo falimentar ou eleitoral, etc.

Etimologicamente, a palavra processo, deriva de "procedere" que exprime as ações de proceder e de prosseguir (1).

Neste sentido as idéias de processo e procedimento sempre estiveram aliadas, de forma tal, que por erro doutrinário, costumeiramente se confunde o significado de um e de outro vocábulo.

Por vezes, esta confusão se estampa até mesmo em textos de lei, e quando o legislador quer falar a respeito de uma das expressões, refere-se a outra, cometendo falha técnica perdoável mas injustificável.

Isto ocorreu quando da elaboração do vigente Código de Processo Penal. Pois, o Livro II do CPP, trata dos "processos

em espécie", se dividindo em processo comum (arts. 394 a 502) e processos especiais (arts. 503 a 562), sendo que, nesta oportunidade, pecou o legislador, pois o correto seria referir-se às hipóteses como a "procedimento comum" e "procedimentos especiais".

Tourinho Filho, faz a distinção entre processo e procedimento, dizendo:

"Ao conjunto de atos processuais que se sucedem, coordenadamente, com a finalidade de resolver, jurisdicionalmente, o litígio, denomina-se o processo. Mas sob este aspecto, isto é, sequência, coordenação e ordem dos atos processuais, fala-se tecnicamente em procedimento. Este, pois, é a exteriorização do processo, isto é, o processo visto pelo lado de fora, externamente" (2).

Moacyr Amaral Santos, com o intuito de sanar o problema, afirma:

"O processo é o movimento em sua forma intrínseca; o procedimento é este movimento em sua forma extrínseca (3).

Feitos estes esclarecimentos, que se fizeram oportunos,

como não poderia ser de outra forma, passemos a aferir o tema, buscando estabelecer sua natureza jurídica.

No direito, quando se tenta estabelecer a natureza de algum instituto, na verdade se está querendo determinar, o que é que aquele instituto é.

Falando-se em "habeas corpus", nos dias de hoje, o assunto não é mais controvertido, porém, neste aspecto, existem alguns pontos que devem ser expostos.

Ocorre que, o legislador ao prever o "habeas corpus" no CPP, inseriu-o entre os recursos.

A doutrina, quase que de forma unânime, ao longo do tempo, se manifestou, afirmando que o legislador errou ao disciplinar o "writ" juntamente com os demais recursos.

Nesta acepção, o instituto seria uma ação, não como as demais, pois como vimos exaustivamente, o "habeas corpus" tem sede constitucional.

E para firmar este entendimento, apresentam argumentos extremamente convincentes. Dentre estes, o mais forte é que o "writ" pode ser interposto independentemente da existência de processo.

Enfrentando o assunto, não há como se conceber, no mundo jurídico, a impetração de recurso sem que haja um processo em trâmite, onde seja proferida a decisão a se impugnar.

Outra ilação, altamente considerável, é que o "habeas corpus" é o meio próprio para o paciente readquirir a liberdade quando a coação ou a violência emanar de ato, de particular. De igual forma, nestes casos também, em regra não existe processo, destarte, nesta linha de raciocínio, o "writ" não é recurso.

Corrigindo a distorção, e pondo ponto final na polêmica criada pelo legislador de 1941, os autores do novo Código de Processo Penal, Projeto de Lei nº 1.655, inseriram o instituto no título X que trata das ações e dos procedimentos para tutela dos direitos (arts. 642 a 661).

De modo que não há mais lugar para discussões, o "habeas corpus", se trata de verdadeira ação, e tratando do assunto, esta define-se como um direito público subjetivo, instrumental, autônomo e abstrato, destinado à aplicação do direito penal objetivo (4).

Neste aspecto, discorrendo sobre a definição supra, a ação é um direito público porque serve para a aplicação do direito público, que é o de provocar a atuação jurisdicional; é subjetiva, pois o particular ou qualquer pessoa pode invocar o Estado a efetuar a prestação jurisdicional; é instrumental porque é exercido quando instrumentalmente está ligado a um fato concreto; é autônomo pois é distinto do direito de que ele tende a tornar efetivo em juízo, e finalmente, o direito de ação é considerado abstrato porque ele independe do resultado final do processo, de que o autor tenha ou não razão.

Corroborando com o que até aqui foi dito, é o "habeas corpus" autêntica ação constitucional penal (5).

Tratando o "habeas corpus" como ação, veremos como estas se classificam, para posteriormente, efetuarmos a localização do instituto no quadro próprio das mesmas.

Consagrada a classificação, amplamente utilizada pelos processualistas civis e penais, em que se colima as ações segundo a providência jurisdicional invocada, temos a seguinte classificação: **executórias** ou **executivas**, **cautelares**, de **conhecimento** ou **cognitivas**, subdividindo-se estas últimas em **declaratórias**, **constitutivas** e **condenatórias**.

Explorando-se a presente classificação, visando aferí-la especificamente no campo penal, as ações penais executivas são aquelas em que se dá atuação à sanção penal, como por exemplo, nas hipóteses de execução da pena de multa, disciplinada nos artigos 164 a 170 da Lei de Execução Penal.

"Como a execução das demais penas (privativos de liberdade e restritivas de direito) independe de provocação dos órgãos da persecução penal, procedendo-se de ofício, sem citação, não há que se falar nestas hipóteses, em ação executiva, mas em prolongamento da ação penal condenatória (6).

As ações cautelares são aquelas que visam assegurar os efeitos ou consequências objetivadas pela ação principal que podem não ser alcançadas em função do "periculum in mora", são

exemplos, no processo penal, entre outros, a perícia complementar (art. 168 do CPP) e a prisão preventiva (arts. 311 e ss. do CPP).

Diz a doutrina que, por vezes, a ação de "habeas corpus" apresenta contornos cautelares, e o exemplo se daria nos casos dos incisos I, II, III, IV e V do artigo 648 do CPP, para Paulo Roberto da Silva Passos, isto se daria quando se visa diretamente impedir a prescrição penal sem justa causa, livrando o acusado da coação ilegal, ou ainda quando se objetiva impedir as delongas processuais ou providências a incolumidade do "status libertatis" do paciente (7).

Em aspectos penais, as ações de conhecimento ou cognitivas são aquelas em que a atividade do juiz se destina a proferir uma decisão sobre determinada situação jurídica disciplinada pelo direito penal.

As ações de conhecimentos condenatórios, são aquelas que visam uma sentença de condenação, no campo penal, objetivam a imposição de uma pena ou de uma medida de segurança.

Ação de cognição constitutiva é aquela que tem por fim criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica, são exemplos, o pedido de homologação de sentença penal estrangeira e o de revisão criminal.

Por via das ações de conhecimento declaratórios, o requerente visa apenas a declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica, exemplo típico é a ação de "habeas corpus" preventivo, em que o pedido tem por fim a

declaração da existência ou não de ameaça à liberdade de locomoção.

"Considerando o esquema traçado, na maioria das vezes a ação do "habeas corpus" é de conhecimento quer declaratória, nos casos do art. 649, VI e VII (na verdade o autor quis se referir aos incisos VI e VII do art. 648 do CPP) se não transitada em julgado a decisão, ou em caso de processo não instaurado, eis que na fase investigatória a ação seria declaratória da inexistência de uma relação jurídico-material; quer constitutiva nas hipóteses dos mesmos incisos VI e VII do artigo supra focado, quando tem por objetivo extinguir uma situação jurídica" (8).

Feitas estas considerações em que o "habeas corpus" foi tratado como ação, e indiscutivelmente o é, passemos a examinar o instituto segundo nosso sistema processual, onde, conforme vimos, o "writ" foi enquadrado dentre os recursos.

Deixando de lado as críticas que podem ser dirigidas ao legislador, por ter abrigado mal o instituto no CPP, aferiremos o "writ", daqui em diante, somente tratando-o como recurso.

"O vocábulo recurso é originário do latim "recursus", que conduz a idéia de regressar, de retroagir, de recuar, de refluir"(9).- "Considerando a origem do termo, Alcides de Mondoça Lima, observa, com propriedade, ser precisamente na gênese da palavra onde se encontra toda essência do instituto, porquanto a finalidade de qualquer via impugnativa a uma decisão é a de tornar a mesma sem efeito, desaparecendo o resultado alcançado, de modo a substituir a situação anterior" (10).

Compartilhando, na íntegra, com as colocações acima citadas, oportuna se faz uma observação a respeito da difundida classificação, que divide os recursos em voluntários e "ex-offício" ou obrigatórios ou necessários.

Por esta classificação, que tem fundamento legal no art. 574 do CPP, a princípio são voluntários todos os recursos, pois ficam na dependência de sua interposição ou não, pela parte que foi lesada pela decisão. Os recursos de ofício seriam aqueles em que a própria lei determina ao juiz que submeta sua decisão à apreciação superior.

Neste sentido é importante transcrevermos o contido no art. 574, inciso I do CPP, pois o dispositivo refere-se explicitamente ao "habeas corpus" e a esta última espécie de recurso.

Art. 574. "Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:

I - da sentença que conceder o "habeas corpus"
..."

Além das hipóteses contidas no art. 574 do CPP, existem outras, previstas em leis esparsas, onde se prevê que o juiz deverá "recorrer de ofício" de sua decisão.

Conforme verificamos na científica colocação de Alcides de Mondoça Lima, o recurso tem por finalidade exclusiva, fazer com que a decisão impugnada seja modificada ou substituída. Daí jamais se poderá dizer que o ato do juiz que submete sua decisão à instância superior, denomina-se recurso, em sua consciência, juiz algum proferiria uma decisão e posteriormente a submeteria à apreciação superior com o escopo de que a mesma fosse modificada, neste caso, ele estaria explicitamente declarando que seu trabalho teria sido inócuo.

Na verdade, dando tratamento ao "habeas corpus" de recurso, no específico caso da sentença que o concede, este ato do juiz que submete seu julgamento à instância superior, trata-se de um meio procedimental, exigido por lei, do próprio recurso.

Visto isto, examinaremos as hipóteses de cabimento do

"habeas corpus" segundo o CPP, e neste aspecto, diz o art. 647:

"Dar-se-á "habeas corpus" sempre que alguém sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Em consonância com o que deixamos entendido linhas atrás, a Constituição Federal (art. 5º, inciso LXVIII) revogou tacitamente a ressalva feita no final do artigo, de que não cabe o "writ" nos casos de punição disciplinar, pois, se a CF não faz tal restrição ao uso do instituto, não cabe a lei ordinária fazê-lo, assim inexistem dúvidas, de que a citada ressalva tornou-se inconstitucional.

Por outro lado, existem aqueles que entendem haver sinonímia entre os vocábulos violência e coação, contidos no supracitado artigo 647. Este pensamento contraria frontalmente, regra básica de hermenêutica, que é a teoria científica da arte de interpretação das leis, pela qual, a lei não contém palavras inúteis.

Nestes termos, para a caracterização da violência, exige-se necessariamente o emprego da força física; por sua vez a coação consiste em toda e qualquer limitação à liberdade de locomoção.

É bom lembrar que a violência ou a coação, para que se legitime a utilização do "habeas corpus", devem estar eivadas de ilegalidade ou abuso de poder (CF art. 5º, LXVIII). Aquela

se configura pela qualidade do que é ilegal, seria toda ação ou omissão contrária à lei. O abuso de poder ocorre quando a autoridade pratica o ato de forma diversa da que a lei lhe autoriza, geralmente de maneira exorbitada.

Há casos em que a violência ou a coação são legais, como por exemplo, quando alguns policiais efetuam uma prisão e o detido resiste, exigindo o emprego da necessária força física para conduzi-lo; o mesmo ocorre com os detentos que cumprem regularmente suas penas nas casas de detenção ou nas penitenciárias, onde há coação, mas legal.

Todavia, a ilegalidade legitimadora do "habeas corpus" deve amoldar-se a uma das hipóteses previstas no artigo 648 do Código de Processo Penal:

Art. 648. "A coação considerar-se-á ilegal:

I. quando não houver justa causa;

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;

V. quando, não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI. quando o processo for manifestamente nulo;

VII. quando extinta a punibilidade.

Note-se que este elenco não é taxativo, sendo ainda casos de cabimento do "habeas corpus", entre outros: a não entrega da nota de culpa ao preso em flagrante; a não comunicação da prisão ao juiz competente; a prisão provisória do estrangeiro quando estiver para ser expulso; a recusa de dispensa do recolhimento do réu apelante, primário e de bons antecedentes comprovados; quando não existir ordem escrita do juiz para a prisão, etc.

Dando prosseguimento ao assunto, tratemos dos casos previstos no citado artigo 648:

1) Quando não houver justa causa

Invariavelmente o conceito de justa causa é subjetivo e abrangente, havendo quem diga que somente a previsão deste inciso I, como está redigido, dispensaria as demais hipóteses previstas no retromencionado artigo.

Contudo, aqueles que apregoam um aperfeiçoamento técnico do direito processual penal, não podem concordar com este pensamento, na medida em que a generalização depõe contra a necessária especialização.

Sintética e objetivamente, pode-se dizer que há justa causa em relação a um ato quando este é praticado de acordo com a lei, em outras palavras, justa causa é aquela que tem assento no direito.

Assim, sempre tendo em vista a subjetividade do conceito, o constrangimento ensejador do "habeas corpus", será aquele desprovido de justa causa.

Camara Leal, citado por Mauro Cunha e Roberto Geraldo Coelho Silva (11), aponta alguns casos de "habeas corpus" julgados pelo Supremo Tribunal Federal, relativos à prisão sem justa causa, a seguir elencados:

- a) "auto de prisão em flagrante que não traduz a verdade do ocorrido;
- b) réu preso preventivamente sem que dos autos resulte prova contra o paciente, ao revés do que pareceu ao magistrado que decretou a prisão;
- c) co-participação não comprovada do paciente, tanto que sequer

figurou na denúncia;

d) detenção do paciente como prisioneiro evadido quando não há nos autos qualquer prova de haver cometido crime no estrangeiro;

e) decretação de prisão preventiva em desacordo com os preceitos legais;

f) prisão de paciente que pleiteia a transferência para outro lugar em que deve ser julgado por outro crime;

g) detenção em estado-maior de corpo policial de oficial do Exército ou da Armada;

h) prisão de alguém por outrem em virtude de engano quanto a verdadeira identidade do criminoso".

2) Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.

Nesta espécie de coação ilegal, há que se fazer uma separação entre as duas situações cotidianas a saber: o réu cumpriu a pena e continua mantido preso ou o acusado está preso

após o cumprimento dos prazos processuais.

Quando o réu for mantido preso além do tempo determinado pela sentença, não há amparo para discussões, estará ocorrendo um caso de coação ilegal.

Na hipótese do acusado encontrar-se preso, em situação caracterizadora de estarem sendo extrapolados os prazos processuais, o instituto apto a reparar este constrangimento, é o "habeas corpus".

Este excesso de prazo geralmente ocorre nos casos de prisão provisória ou cautelar, que são as hipóteses de: prisão em flagrante, preventiva, decorrente de sentença de pronúncia, e temporária.

Firma-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a instrução criminal no procedimento comum não deve ultrapassar o prazo de 81 dias, distribuídos da seguinte forma:

-Inquérito 10 dias (art.10)

-Denúncia 05 dias (art.46)

-Defesa Prévia 03 dias (art. 395)

-Inquirição de Testemunha 20 dias (art. 401)

-Requerimento de Diligências 02 dias (art. 499)

-Para despacho do requerimento 10 dias (art. 499 cc art. 800 § 3º)

-Alegações das partes 6 dias (art. 500)

-Diligências "ex-offício" 20 dias (art. 502 cc 800 § 3º)

-Total 81 dias

Predomina também o pensamento de que estes prazos devem ser considerados separadamente, de modo que estando o réu preso, sendo um prazo extrapolado, estaria consubstanciado o constrangimento ensejador do "writ" (12).

3) Quando quem ordena a coação não tiver competência para fazê-lo.

Até pouco tempo discutia-se da possibilidade ou não do "writ" ser interposto contra ato do particular, todavia, hoje é pacífico o entendimento de que o particular pode figurar no polo passivo da ação de "habeas corpus". Porém a hipótese aqui tratada não se refere a ilegalidade de ato do particular, pois, quanto a este, não tem cabimento falar-se em sua competência ou incompetência, suscetíveis desta arguição, são somente as autoridades integrantes do Poder Público.

Se incompetente for o juiz que determinar a prisão, mesmo que o processo venha a ser remetido ao juiz competente, nula será a coação e terá amplo cabimento a impetração do "habeas corpus", galgada no art. 565 do CPP, nestes termos:

"A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for

declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente".

Incontestável é o entendimento de que a decretação da prisão é ato decisório.

4) Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação.

Cessados os motivos que legitimaram a coação, e esta continuar persistindo, indiscutivelmente o "writ" é cabível.

Esta hipótese em muito se aproxima do excesso de prazo na prisão, de modo que, excedido o prazo da prisão, cessam-se os motivos determinantes da coação.

5) Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza.

São competentes para arbitrar fiança, a autoridade policial (CPP art. 322) e o juiz, assim a previsão legal tem como destinatários, somente as pessoas investidas nestes cargos.

A doutrina com propriedade, lembra que na hipótese do delegado de polícia, por qualquer motivo não arbitrar a fiança, o caso dispensa a utilização do "habeas corpus", uma vez que o juiz poderá determinar o valor da mesma, e recebê-la (CPP art. 660 § 3º).

Os casos de inadmissão de fiança estão previstos nos

artigos 323 e 324 do CPP, podendo ser considerado como exceção, a regra prevista no inciso I deste último artigo segundo a qual aquele que quebrar a fiança anterior "sem justo motivo", não terá direito ao benefício desta. Bastante subjetivos, são os critérios para se determinar o que vem a ser "justo motivo", cabendo as mesmas observações feitas quando falamos da "justa causa", onde como dissemos, é dada grande margem à liberdade de interpretação do juiz.

6) Quando o processo for manifestamente nulo.

Nulidade é defeito jurídico que invalida o ato ou o processo no todo ou em parte.

Para que o caso concreto se amolde a situação aqui prevista, não é necessária a verificação de qual nulidade que afeta o ato ou o processo se relativa ou absoluta. Havendo coação ou ameaça desta e esta sendo manifesta, isto é, provada de plano, independentemente de ser absoluta ou relativa, tem cabimento o "habeas corpus".

7) Quando extinta a punibilidade.

Punibilidade é a possibilidade do Estado aplicar a sanção ao infrator da lei penal (13). Corolário evidente é que estando extinta a punibilidade e o Estado manifestar interesse na aplicação da pena, ocorrerá a coação ensejadora do "habeas corpus".

O Código Penal, em rol exemplificativo, no seu artigo 107, elenca algumas causas extintivas da punibilidade. Damásio

Evangelista de Jesus, a saber, cita causas que estão fora do mencionado elenco:

"a) **art. 82**: o término do período de prova do "sursis", sem motivo para revogação do benefício, faz com que o juiz decrete a extinção da punibilidade;

b) **art. 90**: o término do período de provas do livramento condicional, sem motivo para revogação do privilégio, opera a extinção da punibilidade;

c) **art. 240 § 2º**: a morte do ofendido no crime de adultério extingue a punibilidade, pois a titulariedade do direito de queixa é personalíssima (a ação penal só pode ser intentada pelo cônjuge ofendido); d) **art. 7º §**

2º d: se o agente cumpriu pena no estrangeiro pelo crime lá cometido, opera-se a extinção da punibilidade em relação a preten-

são punitiva do Estado brasileiro;

e) **art. 312 § 3º, 1ª parte**:

a reparação do dano no peculato culposo, antes da sentença final irrecorrível, extingue a punibi-

lidade; f) morte da vítima no crime do art. 236 do Código

Penal; g) pagamento do tributo em crime fiscal (Lei nº 4.357/64, art. 11, § 1º, Lei nº 4.729/65, 2º, Decreto-lei nº 326/67, art. 2º, Decreto-lei nº 2.163/84, art. 1º, § 3º e Decreto-lei nº 2.332/-87, art. 1º, § 4º)" (14).

NOTAS

- (1) DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico, volumes III e IV, J-2, Rio de Janeiro, ed. Forense, 8a. ed., 1984, página 456.
- (2) FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, Processo Penal, volume 4º, São Paulo, ed. Saraiva, 11a. ed., 1989, página 1.
- (3) MOACIR AMARAL SANTOS, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, São Paulo, ed. Saraiva, 11a. ed., 1987, página 85.
- (4) JULIO FABRINI MIRABETE, Processo Penal, São Paulo, ed. Atlas S.A., 1991, página 91.
- (5) JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais Ltda, 5a. edição revista e ampliada, 1989, página 384.
- (6) JULIO FABRINI MIRABETE, obra citada, página 107.
- (7) PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS, do "Habeas Corpus" - Coação Ilegal - Teoria Jurisprudência e Prática, São Paulo, ed. Edipro - Edições Profissionais Ltda, 1991, página 24.

- (8) PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS, obra citada, página 26.

- (9) MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, Sistema dos Recursos Trabalhistas, São Paulo, ed. LTr., 4a. edição, 1991, página 51.

- (10) MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, obra citada, página 51.

- (11) MAURO CUNHA e ROBERTO GERALDO COELHO SILVA, Habeas Corpus no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, Aida Editora e Comércio de Livros Ltda, 2a. edição, 1990.

- (12) PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS, obra citada, página 68.

- (13) CELSO DELMANTO, Código Penal Comentado, São Paulo, ed. Freitas Bastos, 1986, página 159.

- (14) PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS, obra acitada, nota de rodapé número 92, página 76.

CONCLUSÃO

Conforme vimos no início deste estudo, o "habeas corpus", no transcorrer dos anos, foi-se consolidando através de custosas conquistas como instituto, por excelência, garantidor da liberdade.

Contemporaneamente, o "habeas corpus" constituiu-se em verdadeiro alicerce mantedor dos ideais democráticos, possibilitando ao cidadão, entre outras coisas, o exercício dos direitos fundamentais inerentes a este sistema.

Historicamente, não há como se apurar com precisão qual a verdadeira origem do "writ", pelo fato de nenhum ordenamento ter criado um instituto que reúna na íntegra as características do "habeas corpus" consagrado nas legislações da atualidade, tendo na verdade ocorrido um aperfeiçoamento técnico do instituto ao longo da história.

Nos seus aspectos processuais, após elencarmos argumentos irrefutáveis, consonantes com a boa doutrina, apuramos que o "habeas corpus" se trata ontologicamente de uma ação.

Em oportunidade diversa, frisamos o descabimento de se argüir acerca da nulidade que venha a atingir o processo, se relativa ou absoluta, para a legitimação da interposição do

argüir acerca da nulidade que venha a atingir o processo, se relativa ou absoluta, para a legitimação da interposição do "habeas corpus"; pois basta tão somente verificar-se se a nulidade é ou não manifesta.

Noutro sentido, ao terminar este trabalho, concluímos que o sagrado prazer de estarmos livres, está intimamente relacionado ao instituto do "habeas corpus".

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 11a. ed., reformulada, São Paulo, Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro e **MARTINS**, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. Vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1988.

CUNHA, Mauro e **SILVA**, Roberto Geraldo Coelho. Habeas Corpus no Direito Brasileiro. 2a. ed., Rio de Janeiro, Editora Aida, 1990.

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado, São Paulo, Editora Freitas Bastos, 1986.

ESPINOLA Filho. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Vol. 1º e 2º edições, São Paulo, Editora Freitas Bastos, 1944.

FERREIRA, Pinto. Teoria e Prática do Habeas Corpus, 3ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1985.

MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição Brasileira

1946. Vol. III. 5ª ed. atualizada, São Paulo, Editora Freitas Bastos, 1954.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed. atualizada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1989.

MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal, São Paulo, Editora Atlas, 1991.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1 de 1969, tomo V, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Habeas Corpus, VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal, 4ª ed. ampliada e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 1990.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. Do "Habeas Corpus" Coação Ilegal- Teoria-Jurisprudência-Prática, São Paulo, Editora Edipro, 1991.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª ed. revista e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989.

TEIXEIRA, Filho; Manoel Antonio. Sistema dos Recursos Trabalhistas, 4ª ed., São Paulo, Editora LTr, 1991.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. Vol. 2, 4ª ed.

revista e aumentada, São Paulo, Editora Saraiva, 1987.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 1 e 4,

11ª ed. revista e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz. Constituição

de 1988 e Processo. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.