

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL  
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA  
CURSO DE DIREITO**

**Gilberto Gilmar de Santana**

**A POSSIBILIDADE DO CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NA PRISÃO  
DISCIPLINAR DOS MILITARES ESTADUAIS DE MATO GROSSO DO SUL**

**PARANAÍBA – MS  
2017**

**GILBERTO GILMAR DE SANTANA**

**A POSSIBILIDADE DO CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NA PRISÃO  
DISCIPLINAR DOS MILITARES ESTADUAIS DE MATO GROSSO DO SUL**

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC,  
apresentado à insigne Banca Examinadora da  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
– UEMS, Unidade de Paranaíba, como  
exigência à obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Me. Aires David de Lima

**PARANAÍBA – MS  
2017**

**GILBERTO GILMAR DE SANTANA**

**A POSSIBILIDADE DO CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NA PRISÃO  
DISCIPLINAR DOS MILITARES ESTADUAIS DE MATO GROSSO DO SUL**

Este exemplar corresponde à redação final do trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2017

**BANCA EXAMINADORA**

Orientador:

---

Prof. Me. Aires David de Lima  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

---

Prof.<sup>a</sup>Me Rilker Dutra de Oliveira  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

---

Prof.Dr. Hugo Schayer Sabino  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

S223p Santana, Gilberto Gilmar

A possibilidade do cabimento do *Habeas Corpus* na prisão disciplinar dos militares estaduais de Mato Grosso do Sul / Gilberto Gilmar de Santana de. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.

90f; 30 cm.

Orientador: Prof. Me Aires David de Lima.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. *Habeas Corpus* - Constitucional. 2. HC no Regulamento Militar Estadual - MS. I. Santana, Gilberto Gilmar de. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 343.014381

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

## **Dedicatória**

Inicialmente, ao Grande Criador dos Céus, da Terra, do Mar e de todo o que há, o Único Deus Altíssimo, de onde nasce toda vida, autoridade, direito e Justiça, por ter me dado a vida e ter me projetado e defendido até aqui, pois estou em Suas mãos.

Ao meu pai Ison Martins Santana (*in memoriam*), por ter sido comigo, sendo meu pai, meu orientador, meu provedor físico e meu ilustre amigo, a quem tenho muita saudade.

À minha querida e honorável mãe, a Sr<sup>a</sup>. Maria da Mota Santana, por ser a pessoa a quem reputo-lhe por justa, sóbria, amorosa e que é a minha grande incentivadora para as grandes batalhas e conquistas, a vocês acima nominados: Ao meu Deus Altíssimo, a minha adoração e eterna gratidão; ao meu querido e saudoso pai, a minha eterna saudade e gratidão; à minha mãe, o reconhecimento de tudo de bom em minha vida pela sua fé perseverante e seus braços e apoio e carinho, dedicados a seus filhos e especialmente, a mim.

Sintam-se, portanto, adorados, amados e abraçados por mim, neste dia tão especial, que é a conquista tornar-me um tribuno.

O meu muitíssimo obrigado !!!

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em especial, a minha família e aos meus amigos pelo apoio moral.

Ao corpo docente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, especialmente os professores que contribuíram diretamente na elaboração deste trabalho, bem como os membros da banca examinadora.

Aos funcionários da referida instituição, que sempre se apresentaram solícitos a todos os meus pedidos.

E, finalmente, a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação enquanto estudante do Curso de Direito, meu muito obrigado!!!

*“Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres”.*

(Rui Barbosa)

## RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso – TCC, tem como tema: “A possibilidade do cabimento ou não do *Habeas Corpus* na prisão disciplinar a militares estaduais do Estado de Mato Grosso do Sul”, busca um entendimento referente à possibilidade ou não de sua utilização quanto às punições disciplinares impostas a esses militares. Assim, investigar-se-á a evolução histórica comparada do *Habeas Copus*, seu conceito e natureza jurídica e competência jurisdicional, para fazer cessar abusos e excessos face ao Direito Constitucional do militar estadual, como cidadão brasileiro, sob o crivo da Constituição Federal de 1988, posto que esta fortaleceu o Estado Democrático de Direito, e conseqüentemente, reforçou os Direitos e Garantias Fundamentais, dentre tais direitos, o sagrado direito à liberdade: o de ir e vir, que é inerente aos brasileiros sob a égide da Carta Constitucional. Para que essa garantia constitucional não seja violada de forma ilegal ou abusiva, a Constituição Federal brasileira prevê alguns remédios constitucionais, dos quais o *Habeas Corpus* previsto no artigo 5º, inciso LXVIII. De modo que o artigo 142, §2º/CF-88, prevê o *Habeas Corpus* como o remédio constitucional contra a violação à liberdade de ir e vir dos cidadãos, veda no entanto, a concessão de *Habeas Corpus* em relação às punições disciplinares militares, especialmente do âmbito das corporações militar, trazendo à tona um aparente conflito com o artigo 5º, LXVIII.

**Palavras-Chave:** *Habeas Corpus*. Remédio Constitucional. Direito comparado. Militares Estaduais do MS. Competência Jurisdicional.



## ABSTRACT

The present Work of Conclusion of Course - TCC, has as its theme: "The possibility of habeas corpus or not in the disciplinary prison of the state military of the State of Mato Grosso do Sul", seeks an understanding regarding the possibility or not of its use when to the disciplinary punishments imposed on these soldiers. Thus, the historical evolution of Habeas Copus, its concept and legal nature and jurisdictional jurisdiction, will be investigated in order to stop abuses and excesses in relation to the Constitutional Law of the state military, as a Brazilian citizen, under the stipulation of the Federal Constitution of 1988 , since it strengthened the Democratic Rule of Law, and consequently reinforced the Fundamental Rights and Guarantees, among these rights, the sacred right to freedom: that of coming and going, which is inherent to Brazilians under the aegis of the Constitutional Charter. In order for this constitutional guarantee not to be violated illegally or abusively, the Brazilian Federal Constitution provides for some constitutional remedies, of which the Habeas Corpus provided for in article 5, item LXVIII. Thus Habeas Corpus, as the constitutional remedy against violation of the citizens' freedom to come and go, prohibits the granting of habeas corpus in relation to military disciplinary punishments, especially from the military corps, bringing an apparent conflict with Article 5, LXVIII.

**Keywords:** *Habeas Corpus*. Constitutional Remedy. Comparative law. State Military of the MS. Jurisdictional jurisdiction.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO <i>HABEAS CORPUS</i></b> .....	15
<b>1.1 O <i>Habeas Corpus</i> no Direito Português</b> .....	18
<b>1.2 O <i>Habeas Corpus</i> no Direito Espanhol</b> .....	19
<b>1.3 O <i>Habeas Corpus</i> no Brasil</b> .....	21
<b>1.4 A Doutrina brasileira do <i>habeas corpus</i></b> .....	25
<b>2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO <i>HABEAS CORPUS</i></b> .....	33
<b>2.1 Espécies de <i>Habeas Corpus</i></b> .....	33
<b>2.2 Legitimidade ativa</b> .....	34
<b>2.3 Legitimidade passiva: Autoridade coatora</b> .....	36
<b>2.4 Admissibilidade do <i>Habeas Corpus</i></b> .....	38
<b>2.5 Cabimento do <i>habeas corpus</i> na ausência de justa causa para a manutenção cautelar...</b> .....	41
<b>2.6 Hipótese de coação ordenada por autoridade incompetente</b> .....	43
<b>2.7 Caso de excesso de prazo da prisão</b> .....	45
<b>2.8 Quando estiver extinta a punibilidade</b> .....	56
<b>2.9 Quando o processo for manifestamente nulo</b> .....	61
<b>2.10 Não substituição de pena ou medida alternativa</b> .....	65
<b>3 CONFLITO APARENTE DA NORMA CONSTITUCIONAL FUNDADO NO INCISO LXVIII DO ART. 5º DA CF-88 C/C §2º DO ART. 142/CF-88</b> .....	68
<b>3.1 Aplicação do <i>Habeas Corpus</i> a militares com base no §2º do art. 142/CF-88</b> .....	68
<b>3.2 O entendimento do Superior Tribunal Militar</b> .....	72
<b>3.3 Conflito aparente</b> .....	74
<b>3.4 O instituto do <i>Habeas Corpus</i> em caso de transgressões militares no estado de Mato Grosso do Sul</b> .....	77
3.4.1 A hermenêutica Jurídica quanto à norma adjacente, denominada “Regulamento Disciplinar Militar das Corporações Militares no MS” .....	78
3.4.2 Validade, Vigência e eficácia do “Regulamento Disciplinas das Corporações Militares do Estado de Mato Grosso do Sul”pertinente ao Dec. Lei 12.260/81.....	79
3.4.3 A eficácia da norma editada por Lei Complementar antes da vigência da CF-88 e a competência para expedir ordem de <i>Habeas Corpus</i> para militares estaduais e Federais.....	80

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>87</b>

## INTRODUÇÃO

O presente Trabalho monográfico investigará a importância do instituto do *Habeas Corpus*, sob o tema: “A possibilidade do cabimento do *habeas corpus* na prisão disciplinar dos militares estaduais de Mato Grosso do Sul” desde o seu aparecimento no cenário mundial, observando-se o caráter histórico desse instituto, bem como o seu surgimento no Brasil, analisando o seu fundamento basilar no Direito Constitucional no sistema Processual Penal brasileiro. Buscar-se-á um entendimento referente à possibilidade ou não de sua utilização quanto as punições disciplinares impostas aos militares estaduais no Mato Grosso do Sul.

A presente obra será desenvolvida em três capítulos essenciais, quais sejam, a evolução histórica do *Habeas Corpus* no Direito Comparado, a sua conceituação e natureza jurídica, e, por fim, a sua competência e jurisdição à luz dos regimes militares estaduais, em especial, o entendimento de sua aplicabilidade aos militares estaduais de Mato Grosso do Sul sob a égide da Carta Constitucional de 1988 da República Federativa do Brasil.

Verifica-se que uma má interpretação da norma constitucional faz surgir entendimentos contraditórios sobre o tema, que muitas vezes, inclusive de forma oficial são disseminados dentro dos quartéis das corporações estaduais, razão pela qual, o presente trabalho buscará uma melhor análise e interpretação do artigo 142, §2º/CF-88, que veda a concessão do HC face às punições disciplinares militares nos quartéis da polícia Militar e do Corpo de Bombeiro Militar do Estado de Mato Grosso do Sul. Embora se saiba em razão deste fato, que, muitos militares são punidos de forma abusiva e ilegal nas corporações militares, tudo, em decorrência da equivocada interpretação do primado Constitucional, e o conseqüente desconhecimento do emprego do HC nas transgressões disciplinares militares, isto posto, buscar-se-á, também, por meio do presente trabalho fazer um levantamento do real entendimento e interpretação por parte dos agentes aplicadores desse recurso em relação as punições disciplinares.

Assim, investigar-se-á a evolução histórica e comparada do *Habeas Corpus*, seu conceito e natureza jurídica e competência jurisdicional para fazer cessar abusos e excessos face ao direito constitucional do militar estadual como cidadão brasileiro sob o crivo da Constituição Federal de 1988. Posto que a CF-88, fortaleceu o Estado Democrático de Direito e conseqüentemente reforçou os Direitos e Garantias Fundamentais, dentre tais direitos fundamentais, o sagrado direito à liberdade: o de ir e vir, que são inerentes aos brasileiros sob a égide da Carta Constitucional de 1988, sob o prisma dos direitos e garantias fundamentais do homem. Para que essa garantia constitucional não seja violada de forma ilegal ou abusiva,

a Constituição Federal brasileira prevê alguns remédios constitucionais, dos quais o *Habeas Corpus* previsto no artigo 5º, inciso LXVIII/CF-88. De modo que o artigo 142, §2º/CF-88, prevê o *Habeas Corpus* como o remédio constitucional contra a violação da liberdade de ir e vir dos cidadãos, veda a concessão de *habeas corpus* em relação as punições disciplinares militares, trazendo à tona um aparente conflito com o artigo 5º, LXVIII/CF-88, vez que o presente artigo não faz qualquer restrição para aplicação da referida garantia constitucional aos cidadãos.

Importante ressaltar que o artigo 647 do CPP e os seguintes são os mais relevantes infraconstitucionais que tratam da matéria, uma vez que salvo nos casos de punição disciplinar, o *habeas corpus* ocorrerá toda vez que o indivíduo sofrer, ou se achar na eminência de sofrer violação ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir.

Preliminarmente, a pesquisa em alusão, funda-se na análise da Legislação Constitucional, Processual Penal, na Doutrina e nas decisões temáticas expedidas pelos Tribunais de Justiça Estaduais e Federais, bem como, em Leis extravagantes que foram comentadas, sopesando-se paralelos sobre e quando há necessidade de se impetrar a ordem de segurança constitucional, denominada de *Habeas Corpus*. A doutrina pertinente também foi colocada. 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, donde, em seguida, tratar-se-á da historicidade do HC e sua feliz trajetória processual de libertação do paciente agravado.

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.

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 remédio constitucional, denominado, HC, tem como fundamento basilar, resguardar e garantir a liberdade das pessoas no momento que alguém 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, dentre outros limites impostos pela legislação vigente.

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 – no denominado Direito Comparado. Já o segundo capítulo trata do conceito e natureza jurídica do remédio heroico, 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 jurisdicional para julgamento do *habeas corpus*, em face dos militares estaduais de Mato Grosso do Sul, bem como o seu processamento. Examinou-se, também, a questão dos recursos e das formalidades para a prolação da sentença do referido remédio constitucional, objetivando que o agente estatal possa aplicar uma sentença real, justa e proporcional ao ato cometido pelo jurisdicionado.

## 1 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, Holanda nos diz :

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 praeberere; prope autem exhibere este extra secretum habere*”. (HOLANDA, 2004, p. 38)

Nesta audiência de apresentação, na qual estavam presentes o coator e o paciente, o Pretor ouvia as alegações deste para decidir. 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 equiparado ao *habeas corpus* semelhante ao que se tem hoje.

Contudo, segundo Moraes (2003, p. 137), preleciona que os fundamentos do instituto somente tornam-se claros com a Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei João Sem-Terra, após a revolta dos barões ingleses. Assim, diz o professor penalista Marques:

A *Magna Carta*, 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 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 ecipiendum* – tudo aquilo que a respeito fosse decidido. (MARQUES, 1965, p. 373).

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'. (TOURINHO FILHO, 1997, p. 496).(grifo do autor).

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. Tornaghi afirmou:

*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). (TORNAGHI, 1989, p. 382-383)*

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.

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 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. (MOSSIN, 2005, p. 8). 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 juízes, ora às interpretações tortuosas dos partidários da ‘prerrogativa’. (MIRANDA, 1955, p. 56).

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, derogando 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, em outro trecho, 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 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*. (MOSSIN, 2005, p. 10).

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. Mossin, ao examinar o referido *habeas corpus Act*, diz:

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 juízes 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 juízes 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 juízes, 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 *proenunere*, sendo interdito perdoar-lhe [...]. (MOSSIN, 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.

## 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 Assembleia Legislativa Francesa, em 1789.

Segundo 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 e seu processo. (MOSSIN, 2005, p. 33).

O atual Ministro do STF Alexandre de Moraes (2006, p. 33), esclarece 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”.

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.

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’. (MOSSIN, 2005, p. 20).

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. Mossin, citando os ensinamentos de 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. (MOSSIN, 2005, p. 21).

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 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 Mossin (2005, p. 22):

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.

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, que era 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 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 sobre mencionada 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 delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente; 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 delinquente; 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 [...]”. (MIRANDA, 1955, p. 56).

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, versa a primeira determinação desse decreto 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 Espínola:

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). (ESPÍNOLA FILHO, 1980, p. 8-9).

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 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, Mossin também destacou o inciso 8º, do art. 179, da referida Constituição, conforme supracitado:

Com o advento do Código de 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). (MOSSIN, 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 prisão. (MOSSIN, 2005, p. 32)

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. 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. (MOSSIN, 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, Espínola Filho diz:

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”. (ESPÍNOLA FILHO, 1980, p. 12).

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/CF-1891)”.

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:



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”. (TOURINHO FILHO, 1997, p. 498).

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 oposicionista 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*.

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 juízes 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 historiador e professor Rodrigues (1991, p. 77) lembra em seu trabalho que 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.

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, Espínola Filho disse:

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 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 individuo 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 ideias 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? (ESPÍNOLA FILHO, 1980, p. 21).

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 heroico.

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 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*. (MOSSIN, 2005, p. 44).

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.

Mossin, ao demonstrar o choque de ideias, 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 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. 266-267).

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, Tornaghi asseverou:

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 textura 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 fira 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. (TORNAGHI, 1989, p. 384-385).

Para Tornaghi é justificada a utilização ilimitada do *habeas corpus* em razão de ainda ser desconhecido o 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 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 retificações 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 Mossin:

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). (MOSSIN, 2005, p. 60).

O mestre Mossin (2005, p. 60) 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”.

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 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 DO *HABEAS CORPUS*

A expressão *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 no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

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, ulro 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. (BONFIM, 2006,p.740).

Como foi visto, no Brasil, procurou-se ampliar a extensão do chamado recurso heroico, 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.

### 2.1 Espécies de *Habeas Corpus*

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. Bonfim diz 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. (IBID, 2006, p. 742-743).

Sem dúvida, o *habeas corpus* é um instrumento que resguarda qualquer afronta ao direito de liberdade de locomoção previsto no art. 5º da Constituição Federal 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 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, 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. (MIRABETE, 2007, p. 741).

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, 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 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). (CAPEZ, 2006, p. 520).

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 favorecer-lo e não o prejudicar. 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 polo 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), sequestro ou cárcere privado (art.148 do CP), dentre outros. Sobre o assunto, Capez diz :

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 de polícia. Quanto à pessoa jurídica, há duas posições: admitindo (RT, 482/359) e não (STF, RTJ, 104/1060). (IBID, 2006, p. 520).

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 consequências que, eventualmente, possam decorrer do deferimento do pedido.

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

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. (MIRABETE, 2007, p. 742).

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 heroico. Sobre tal assunto, vejam-se os comentários de 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 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.730). 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.78, 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). (CAPEZ, 2006, p. 521-522)

Entende-se, todavia 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 heroico batizado no seu nascedouro, como *Habeas Corpus*.

#### 2.4 Admissibilidade do *Habeas Corpus*

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” (*Hely Lopes Meirelles, p.132*). Sob pena de ser ilegal, abusivo ou arbitrário, pode ele ser discutido no *mandamus*. Quanto à admissibilidade do *habeas corpus*, Mirabete diz :

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. (MIRABETE, 2007, p. 745).

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

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 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). (CAPEZ, 2006, p. 521).

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. Noronha destaca :

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*. (NORONHA, 1998, p. 545).

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.

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 terminou, pois, 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 Cabimento do *Habeas Corpus* na ausência de justa causa para manutenção cautelar.**

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 (2006, p. 521):

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).

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) ou **definitiva** (sentença condenatória transitada em julgado), vedada a chamada “prisão para averiguações”, ou da prisão civil (inadimplemento em alimentos). 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 heroico na prisão em flagrante ou na decretada pela autoridade judiciária quando não foram obedecidos os requisitos formais ou materiais exigíveis na espécie.

Acerca da substituição e o cabimento de prisão, 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. (MIRABETE, 2007, p. 748-749).

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.

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 seria desta forma, peticionar ao juiz da Vara de Execução solicitando a retificação do erro policial, sendo assim o mesmo não deve 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, 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 Hipótese de coação ordenada por autoridade incompetente**

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 consequências 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 arguir tal situação. Não deve ser conhecida de ofício pelo juiz e, não alegada no momento oportuno, faz com que se opere a prorrogação 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 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*. (DEMERCIAN, 2005, p. 209).

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 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. (MIRABETE, 2007, p. 752).

Neste sentido, é o entendimento do eminente professor 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/CF-88. 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*)...(NORONHA, 1998, 546).

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 Superior Tribunal de Justiça - STJ.

## 2.7 Caso de excesso de prazo da prisão

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), o prazo de 81(oitenta e um) dias não mais prevalece tendo em vista a modificação do procedimento do Código de Processo Penal (lei 11.719/08). Alguns entendem que o prazo não pode superar 86 (oitenta e seis) dias e no caso de tribunal do júri a construção preliminar deve terminar em 90 (noventa) dias, art. 412 CPP.

Ainda assim, tratando-se de crime da competência do Tribunal 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 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). (FRANCO, 1992, 259-260).

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 alegações finais (art. 500 do CPP – atualmente revogado pela Lei 11.719/2008); 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 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. (MOSSIN, 2005, p. 152-153)

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 do STJ).

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.

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). (FRANCO, 1992, p. 257-258).

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.

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 progredir em todos os sentidos, notadamente o tecnológico. O índice de criminalidade também evoluiu, o que gerando um aumento na taxa de 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.



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. (NOGUEIRA, 2000, p. 481).

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 heroico 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:

**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. 354 – STJ).

A contrário senso, dizia o TJSP que a:

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. (REV. DOS TRIBUNAIS, ano 79, v. 661, p. 284, ano 1990)

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 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 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 mais 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). (CAPEZ, 2007, p. 748-749)

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 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. (NUCCI, 2006, p. 818).

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). Não se pode olvidar a existência da prisão temporária que já foi debatida.

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 (CAPEZ, 2007, p. 748-750, v.4).

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.

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 dessa condição.

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. (CAPEZ, 2007, p. 420-421).

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:

Extingue-se 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 8--05.)

IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei (BRASIL, 2007, p. 293).

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.

Obviamente, tal causa pode ocorrer em qualquer momento da persecução penal. Vale ressaltar que no Direito Penal nenhuma pena passará da pessoa do delinquente (art. 5º, XLV da CF-88).

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 Capez diz:

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. (CAPEZ, 2005, p. 519).

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:

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. HC 31234/MG; HABEAS CORPUS, 003/0190092-8. 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.198. (BRASIL. STJ, 15.08.2007).

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 aos condenados por crimes comuns. Segundo Bitencourt:

A graça tem por objeto crimes comuns e dirige-se a um indivíduo determinado, condenado irrecorribilmente. 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 em si é 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). (BITENCOURT, 2007, p. 709-710).

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

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. (FRAGOSO, 2004, p. 512).

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. Assim sendo, 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, faltará 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 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 fé 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: STJ - T5 – QUINTA TURMA, Data do julgamento 24/04/2007, Data da publicação/Fonte: DJ 04.06.2007 p.384.

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.

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 consequências 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, Franco diz:

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. (FRANCO, 1960, p. 216).

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 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, 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. (MIRABETE, 2007, p. 619).

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*, pois as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira (art. 128 § 2º, 1ª parte, da Constituição Federal).

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 nexo 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 consequentes (Código de Processo Penal, art. 573, §1º), basta que a prisão ou constrangimento ilegal provenha de um desses atos dependentes ou consequentes. (MIRANDA, 1955, p. 429).

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 heroico.

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. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DA PENA. FALTA DE 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: STJ - T5 – QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 21/06/2007, Data da Publicação: DJ 06.08.2007 p. 562.

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 substituição 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, de modo que 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 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 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. (CAPEZ, 2006, p. 388).

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 legislador é evitar a aplicação de pena constritiva 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:

**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 da 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. STF – HC 3926/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 DJ14-09-2007.**

**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. STJ - 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.

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

### **3 CONFLITO APARENTE DA NORMA CONSTITUCIONAL FUNDADO NO INCISO LXVIII DO ARTIGO 5º DA CF/88, C/C §2º DO ARTIGO 142/CF-88**

Inicialmente, há de se pontuar que o instituto do *Habeas Corpus* trata de matéria de fato e de direito, assim, o impetrante, poderá ser qualquer pessoa física, se o ameaçado ou não, ou seja, terceira pessoa a favor de alguém que se encontra com seu direito de ir vir ameaçado ou na iminência de o ser, seu uso é tunicamente genérico.

Veja-se o que preleciona o inciso LXVIII do art. 5º/CF-88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;

Porém, há no mesmo corpo da Carta Constitucional, o dispositivo legal, também expositado no parágrafo 2º do artigo 142, restringindo o mesmo remédio constitucional aos militares, senão vejamos:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

E agora senhor (a) leitor (a), o que fazer perante essa aparente celeuma legislativa ancorada no mesmo Codex Constitucional da CRFB de 1988?

Pois bem, o inciso LXVIII do art. 5º/CF-88, trata do remédio constitucional geral e se funda em cláusula pétrea não há que falar no bojo deste dispositivo de negativo de concessão a militares estaduais, visto que o parágrafo 2º do artigo 142 da CF-88 não trata da assertiva, se militares estaduais. Em seguida, analisar-se-á a divergência Constitucional e Doutrinária quanto à matéria em deslinde.

### **3.1 A aplicação do *Habeas Corpus* a militares com base no §2º do art. 142/CF-88**

As corporações militares discutem constantemente sobre cabimento ou não do *Habeas Corpus* em prisões disciplinares militares. A celeuma aumentou, muito mais, com a entrada em vigor da nova Constituição Federal em 1988, que, em seu art. 142 § 2º estabelece:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 2º - Não caberá "*habeas-corporis*" em relação a punições disciplinares militares.

A referida afirmação colabora à inquietude à classe militar estadual, principalmente no meio jurídico, mas foi muito mais forte no seio das praças Policiais Militares e Bombeiros Militares, que passaram a acreditar num corporativismo advindo dos escalões superiores em relação a eles.

Isto tudo não aconteceu, até por que, com a nova ordem constitucional, as organizações militares entenderam exatamente o significado do texto e é certo que para um comandante poder exercer o seu poder disciplinar, que é a sua capacidade de aplicar os regulamentos disciplinares punindo os seus subordinados, não o faria de forma arbitrária, sob pena de ver o seu ato invalidado dentro da própria caserna.

O Ten. Coronel Irineu Ozires Cunha, do Batalhão de Trânsito do Paraná, em artigo jurídico publicado no portal da Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária do Paraná, arrazoando sobre o cabimento de *Habeas Corpus* nas punições decorrentes de processo administrativo militar, explica que:

Não há o que se negar a resistência no interior dos quartéis foi e ainda é muito grande, pois os menos avisados acreditam que o exercício desse remédio compromete a sua autoridade e como corolário a disciplina e a hierarquia. É um engano muito grande dos que assim pensam, visto que, o instituto não é uma ameaça que paira sobre a cabeça da autoridade competente para punir, mas ele serve para todos os militares do soldado ao general. Lamentavelmente o que sucede é que, ainda as escolas de formação, tanto de graduados, como de oficiais ensinam que o subordinado é sempre o soldado e às vezes, o sargento, o oficial, principalmente não consegue se enxergar como subordinado. Daí porque qualquer coisa que possa resultar em benefício para o subordinado, que na relação hierárquica, também é, acredita que será um atraso para a disciplina. (CUNHA, 2007, artigo de 08 de abril).

O Coronel Cunha da PM-PR, afirma que: “embora, compreendamos a *men legislatoris* (homem legislador) ao inserir tal parágrafo no artigo 142 da Constituição Federal, evidentemente, não quis barrar de vez o *Habeas Corpus* em prisões disciplinares, até por que o próprio Decreto 4.346, de 26 de agosto de 2002 em seu art. 35 § 2º, definiu regras claras do que seja ampla defesa e contraditório em processo disciplinar administrativo”.

Nesta dicção, assim diz o Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro (R 4):

Art. 35. O julgamento e a aplicação da punição disciplinar devem ser feitos com justiça, serenidade e imparcialidade, para que o punido fique consciente e convicto de que ela se inspira no cumprimento exclusivo do dever, na preservação da disciplina e que tem em vista o benefício educativo do punido e da coletividade.

§ 1º Nenhuma punição disciplinar será imposta sem que ao transgressor sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, inclusive o direito de ser ouvido pela autoridade competente para aplicá-la, e sem estarem os fatos devidamente apurados.

**§ 2º Para fins de ampla defesa e contraditório, são direitos do militar:**

I - ter conhecimento e acompanhar todos os atos de apuração, julgamento, aplicação e cumprimento da punição disciplinar, de acordo com os procedimentos adequados para cada situação;

II - ser ouvido;

III - produzir provas;

IV - obter cópias de documentos necessários à defesa;

V - ter oportunidade, no momento adequado, de contrapor-se às acusações que lhe são imputadas;

VI - utilizar-se dos recursos cabíveis, segundo a legislação;

VII - adotar outras medidas necessárias ao esclarecimento dos fatos; e

VIII - ser informado de decisão que fundamente, de forma objetiva e direta, o eventual não-acolhimento de alegações formuladas ou de provas apresentadas.

**§ 3º O militar poderá ser preso disciplinarmente, por prazo que não ultrapasse setenta e duas horas, se necessário para a preservação do decoro da classe ou houver necessidade de pronta intervenção. (Grifo nosso).**

Isto quer dizer, que, mesmo nas Forças Armadas, neste caso, no Exército Brasileiro, há a previsão de se fazer cessar os abusos e constrangimentos, se caso, injustificadamente, imposta ao militar, noutras palavras, caberá o remédio constitucional, batizado de *Habeas Corpus*, sem qualquer problema.

Certamente, o legislador não queria, ao editar a regra, uma invasão do judiciário nas questões disciplinares dos quartéis, sob pena de aí sim deteriorar as relações entre os superiores e subordinados de forma que aqueles, de fato, não conseguiriam comandar suas tropas, caso houvesse essa intromissão nas relações mais simples de convivência nas organizações militares. Porém, importa frisar, também, que com aquele parágrafo §2º do art. 35 do Dec. Lei 4.346, não quer permitir que se instalem os abusos dentro dessas Instituições, pois que aqueles militares, posto que igualmente são cidadãos e a Constituição Federal ao criar os seus institutos disse que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção.

Por isso, mesmo dentro dos quartéis, as ilegalidades e os abusos estão proibidos e em casos que tais o judiciário terá que apreciar pedido que faça remissão a tais comportamentos, sem que com isso interfira na autoridade do comandante de determinada Unidade Militar, quer seja das Forças Armadas ou de Forças Auxiliares (Polícias Militares).

A tese de que o judiciário não pode adentrar no mérito das decisões administrativas está errada, e toda vez que se estiver cometendo, em processo administrativo militar qualquer tipo de abuso, e aquele órgão for chamado a se manifestar deve fazê-lo sem o pejo de estar decidindo pelo administrador.

O poder judiciário, portanto, não pode e não deve ser apenas um homologador das decisões proferidas pela Administração Pública. Todas as vezes que o juiz verificar que houve uma ilegalidade ou mesmo que o mérito do ato administrativo se afastou dos princípios constitucionais, ou se encontra marcado pelo excesso, pelo arbítrio, ou qualquer outra situação, deverá corrigir esta situação.

A teoria segundo a qual o Poder Judiciário não tem competência para analisar o mérito do ato administrativo e que foi tão defendido por Hely Lopes Meirelles e outros, não deve mais prevalecer em respeito ao vigente texto constitucional. Afinal, caso seja necessário e em atendimento ao princípio constitucional segundo o qual, “nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário”, art. 5º, inciso XXXV, da CF, o juiz deverá adentrar no mérito do ato administrativo, o que não significa, como já disse, interferência na autonomia da Administração Pública, mas o cumprimento de um direito fundamental assegurado a todos aqueles que vivem no território nacional.

Atualmente, o processo administrativo disciplinar, encontra-se sujeito aos princípios constitucionais. As afirmativas segundo as quais o processo administrativo não se assemelha ao processo judicial, com o advento da Constituição Federal de 1988, perdeu o seu significado. Na realidade, o que existe são as espécies de procedimentos que devem ser observados, conforme a natureza da transgressão disciplinar praticada, na busca de um processo administrativo disciplinar constitucional.

Ainda que o procedimento seja sumário os institutos da ampla defesa e do contraditório devem estar presentes sob pena de violação dos preceitos constitucionais. A disciplina e hierarquia são e continuaram sendo os pilares das forças militares, mas isto não significa que sanções disciplinares poderão se afastar das disposições que foram estabelecidas pelo legislador constituinte de 1988.

Há julgado do STF no sentido de que não há vedação para conhecimento das ações de *Habeas Corpus* da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence:

O entendimento relativo ao § 2º do art. 142 da EC/1969, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabia *habeas corpus*, não impedia que se examinassem, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (hierarquia, poder disciplinar, o ato ligado à função e pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no § 2º do art. 142 da atual CF que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar. *Habeas corpus* deferido para que o STJ julgue o writ que foi impetrado perante ele, afastada a preliminar de seu não - cabimento. Manutenção da liminar deferida no presente *habeas corpus* até que o relator possa apreciá-la, para mantê-la ou não.

Diante de tudo e antes que passemos aos comentários, a conclusão é pelo cabimento do habeas corpus na prisão disciplinar militar decorrente de ilegalidade e abuso de poder. Entre outras situações cabe o remédio heróico: (a) quando a autoridade militar coatora não seja competente (art. 10 do Dec. 4.346, RDE), para aplicar a punição (não há o ato-ligado à função); (b) quando o fato que enseja a punição não esteja tipificado (anexo I, do RDE) como transgressão no regulamento (violação do inciso II da art. 5º); (c) quando o procedimento administrativo não atendeu ao devido processo legal e todos os seus corolários da ampla defesa e do contraditório (art. 35 § 2º Dec. 4.346) que a Constituição assegura a todos os acusados em geral ("ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", inciso LIV do art. 5º da CF/88); (d) a autoridade legítima para aplicar a punição não atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (art. 16 ao 20 do Dec. 4.346, RDE) que deve governar os atos das autoridades militares (prisão abusiva); (e) quando o militar estiver preso por tempo superior ao prescrito na decisão, principalmente.

Os comentários feitos aqui, parte especial, do Regulamento Disciplinar do Exército, não são pela subtração da autoridade militar, seu legítimo poder disciplinador, o que seria um absurdo. Mas, utilizar-se da prisão como restrição do direito de ir e vir, confinando o militar, a fim de assegurar a disciplina sem a garantia da ampla defesa e do contraditório ou de forma coatada não é, o caminho democrático de exercer a cidadania.

Isto significa dizer que se a infração disciplinar atingiu, dada magnitude, a ensejar pena de prisão de trinta dias, por exemplo, será que esse militar deve continuar compondo os quadros da Corporação ou ser excluído a bem da disciplina? Não seria uma ilusão acreditar que o cidadão irá se emendar após sua detenção?

Certamente que o Conselho de Disciplina ou de Justificação é a solução a ser aderida, desde que não haja a interferência de terceiros.

Não há o que se discutir o legislador jamais pretendeu abrir, com o art. 142 e seu parágrafo segundo, as portas para os abusos e as ilegalidades dentro dos Quartéis de qualquer das Instituições, sejam federais ou estaduais.

### **3.2 O entendimento do Superior Tribunal Militar**

Para Carvalho Júnior do Correio Brasiliense, em seu artigo de 11 de setembro de 2006, por meio do seu ensaio jurídico, explica que é: "Questão tormentosa em que se depara o Superior Tribunal Militar é o caso do cabimento de HC em relação à punição disciplinar militar. O Supremo Tribunal Federal já pacificou a matéria (*Habeas Corpus* 70.6487/RJ). Ao



interpretar o art. 142, § 2º da CF/88, entendeu que não caberia *Habeas Corpus* em relação ao mérito da punição, mas caberia apreciação quanto à legalidade do ato. Frisa-se que a hierarquia e a disciplina são os valores que alicerçam o meio militar”.

A questão do *Habeas Corpus* em punição disciplinar é tormentosa, pois, de um lado, não se pode afastar o controle judicial sobre a legalidade da medida, e, de outro, não se pode afrouxar na punição militar, eis que a tropa precisa de exemplo. Mas, ainda assim, o STM tem se revelado liberal ao rever tais punições quando desumanas e ilegais.

Neste sentido, não obstante o disposto no art. 142, § 2º, da Constituição Federal, admite-se *habeas corpus* contra punições disciplinares militares para análise da regularidade formal do procedimento administrativo ou de manifesta teratologia.

Esta tese já é consagrada no Supremo Tribunal Federal, a saber: “a legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*”.

Precedentes. Senão vejamos este trecho do voto:

“(…) Cumpre notar que a via processual eleita **para a discussão da legalidade da imposição de pena por suposta prática de infração disciplinar mostra-se correta, eis que está em causa a liberdade de locomoção do paciente**, E não se diga que tal é vedado pelo art. 142, § 2º, da Carta Magna, visto que o que nele se proíbe é o exame do mérito da punição disciplinar, sendo lícito ao Judiciário, como reconhece a jurisprudência desta Corte, examinar os aspectos extrínsecos do ato, isto é, os seus pressupostos de legalidade (RE 33440/RS, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 70648/RJ, Rel. Min. Moreira Alves; HC 73.257/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa). Não cabe, todavia, à Justiça Militar da União, como se viu, julgar o presente writ porque lhe falece competência para tanto. Tenho que se cuida de hipótese prevista no inciso VII do artigo 109 da Carta Magna, segundo o qual compete à Justiça Federal julgar “os *habeas-corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição.” **Com efeito, o ato de membro das Forças Armadas, quando diverso de crime militar, não está sujeito à jurisdição castrense, submetendo-se o julgamento dos habeas corpus para o exame da legalidade das punições impostas pela prática de infrações disciplinares, que possam redundar na constrição da liberdade, à Justiça Federal comum.** Todavia, a reprimenda já foi cumprida em sua integralidade, redundando em prejuízo ao presente HC. Ante o exposto, julgo o presente writ prejudicado.” (STF - Recurso Ordinário Em *Habeas Corpus* 88.543-8 - São Paulo – Relator: Min. Ricardo Lewandowski). **(Grifo nosso)**.

Na assertiva da concessão do *Habeas Corpus*, embora, para questionar a legalidade de autoridade militar coatora, caberá ao Juízo Comum Federal, se o paciente está sob a coação restritiva do direito de ir e vir, se o militar for das forças armadas. E da competência da Justiça Comum Estadual se o militar for das formas militares da segurança pública estadual.

Do que se peneirou dos entendimentos doutrinários e de julgados da Justiça Estadual e Federal, a suma é que a competência para expedir o ordem de *Habeas Corpus*, caberá ao juízo Comum, privilegiadamente, superior mais próximo de onde se encontra constricto o paciente.

Embora, portanto, não haja empecilho algum, que, a Justiça Castrense ou o auditor militar expeça o suplicado writ em favor do paciente.

### 3.3 Conflito aparente

O conflito aparente da norma quanto ao inciso LXVII, do art. 5º com o §2º do art. 142 do CF/88, não existe, posto que sejam direitos distintos somente no mérito – mas nos fatos e no direito, não.

Para melhor compreender-se sobre a temática deste item em estudo, reportar-se-á, apenas ao dispositivo legal do inciso LXVIII do art. 5º/CF-88 para melhor entendimento, assim:

CF-88. 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;

O STF preleciona na Súmula 431 que: “É nulo julgamento de recurso criminal na segunda instância sem prévia intimação ou publicação da pauta, salvo em *habeas corpus*.” E que não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública. (Súm. 694), de modo que, não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade. (Súm.. 695).

E como identificar o cabimento do HC e em que momento? Veja-se:

*Habeas corpus*: cabimento quanto à condenação à pena de prestação pecuniária, dado que esta, diversamente da pena de multa, se descumprida injustificadamente, converte-se em pena privativa de liberdade (C. Penal, art. 44, § 4º). (HC 86.619, Rel. Min Sepúlveda Pertence, DJ 14/10/05 ).

Ainda, neste sentido:

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Sindicância administrativa. Trancamento. Via processual imprópria. (...) Ampliar o raio de incidência do writ para trancar sindicância administrativa significa desbordar da destinação constitucional desse precioso instrumento de proteção do direito de ir e vir.(RHC 85.105-Agr, Rel. Min. Eros Grau, DJ 16/09/05)

Não é somente a coação ou ameaça direta à liberdade de locomoção que autoriza a impetração do *habeas corpus*. “Também a coação ou a ameaça indireta à liberdade individual justifica a impetração da garantia constitucional inscrita no art. 5º, LXVIII, da CF.” (HC 83.162, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26/09/03)

(...) Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça, que, todavia, na origem, foi considerado intempestivo. Daí a impetração de *Habeas Corpus*, perante o Superior Tribunal de Justiça, com o propósito de demonstrar a tempestividade do referido Recurso. Em princípio, se a tempestividade estiver demonstrada na impetração, então ficará caracterizado constrangimento ilegal, com a inadmissão do recurso especial. E a liberdade de locomoção do paciente estará em jogo, pois está condenado à reclusão e ainda quer recorrer à instância superior. A esta Corte, porém, não cabe, desde logo, considerar comprovada, ou não, a tempestividade do Recurso Especial. Cabe-lhe, isto sim, deferir, em parte, o presente *Habeas Corpus*, apenas para considerar cabível o *Habeas Corpus* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça e para que este o examine como de direito.” (HC 79.356, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 25/08/00).

“É possível discutir a tempestividade de recurso mediante *habeas Corpus* porque, de forma indireta, poderá ser atingida a liberdade de ir e vir do paciente.” (HC 79.356, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 04/04/00)

“*Habeas corpus*: não o prejudica que impugne decreto primitivo de prisão cautelar, se decorre a prisão do paciente da remissão, contida na sentença condenatória, aos fundamentos do decreto da prisão processual anterior.” (HC 84.778, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 04/03/05)

“Liberdade provisória. Excesso de prazo. Conhecimento de ofício da matéria. Constrangimento ilegal. Extensão de liberdade provisória. O Tribunal tem admitido conhecer da questão do excesso de prazo quando esta se mostra gritante, mesmo que o tribunal recorrido não a tenha examinado.” (RHC 83.177, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19/03/04)

“A via jurisdicional do *habeas corpus*, necessariamente estreita em função de seu caráter sumaríssimo, não se revela hábil para a análise das excludentes anímicas, *animus jocandi*, *animus defendendi*, *animus consulendi*, *animus corrigendi*, *animus narrandi*, (mente divertido, defendendo a mente, a mente de consultoria, corrigindo a mente, a mente por trás deles), cuja efetiva ocorrência descaracterizaria a intenção de injuriar.” (HC 68.242, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/03/91)

A ação de *habeas corpus* pode ser ajuizada por qualquer pessoa, independente de sua qualificação profissional (CF, art. 5º, LXVIII e LXXIII c/c CPP, art. 654). Não é exigível linguagem técnico-jurídica. Entretanto, o *habeas* não pode servir de instrumento para ataques às instituições. Nem para assaques de ofensas a seus membros. O emprego de expressões de baixo calão, num linguajar chulo e deselegante, não pode ser tolerado.” (HC 80.744, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 28/06/02).

“O pressuposto do *habeas corpus* é o risco ou a atualidade de uma coação sobre liberdade ambulatoria da pessoa, sobre sua liberdade física (artigo 5º LXVIII da CF). Não se conhece do pedido se não há sequer ameaça de ilegítimo cerceamento a tal liberdade.” (HC 71.464, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 07/12/00)

O cabimento do *habeas corpus* "contra ilegalidade e abuso de poder" está geograficamente situado no art. 5º da Constituição Federal, ou seja, entre as cláusulas pétreas.

As cláusulas pétreas são consideradas como dispositivos constitucionais norteadores do estado democrático de direito que não podem ser modificados, alterados ou extintos pelo Poder Constituinte derivado. Demonstrando, por oportuno, a grande importância que tem no texto constitucional e no ordenamento jurídico.

Estão, por exemplo, entre as cláusulas pétreas todos os princípios constitucionais processuais penais ao qual sua possível violação é causa de nulidade absoluta do processo. A restrição quanto ao cabimento do *habeas corpus* nas punições disciplinares encontra-se prevista no art. 142 da Constituição Federal limitando, deste modo, uma proteção de um direito fundamental (liberdade de locomoção).

A restrição quanto ao não cabimento de *habeas corpus* contra punições disciplinares está situado no art. 142 § 4º da Constituição, ou seja, no capítulo destinado às Forças Armadas. Sabe-se, portanto que os direitos e garantias fundamentais dispostos no art. 5º da Constituição Federal tem hierarquia diferenciada e garantia da eternidade em relação aos demais direitos que constam da Carta Constitucional. Os dispositivos do art. 5º da Constituição são hierarquicamente superiores a todos os demais artigos da Constituição.

Assim, não poderiam os demais artigos constitucionais impor restrições ao exercício dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição, por possuir, neste caso, caráter inamovível, ou seja, estado de pedra da cláusula, não podendo, de modo algum ser ignorado, desrespeitado ou mesmo ignorado à luz de qualquer interesse de personificação institucional.

Para Nucci e Gomes, (2008. Pág. 932), o art. 5º está hierarquicamente superior ao art. 142, no entanto, o art. 142 impõe restrições ao exercício do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal, incoerentemente.

Conclui-se, portanto, que, se o art. 5º, inc. LXVIII/CF-88 tivesse sido redigido com ressalva do cabimento de *Habeas Corpus* às punições disciplinares não haveria inconsistência e tampouco impropriedade legislativa. Contudo, se olvidar-se a prevalência do instituto do HC fundado no inciso constitucional em comento, seria uma espécie de sentimento obtuso às

cláusulas pétreas. Portanto, prevalece e precede em qualquer caso a doutrina santificado do *Habeas Corpus* por meio da receita lógica fundamentado do inciso LXVIII do art. 5º/CF-88 em homenagem aos catedráticos que até aqui tem defendido o único norte jurídico de uma sociedade, qual seja, sua Carta Constitucional.

### **3.4 O instituto do *Habeas Corpus* em casos de transgressões militares no Estado de Mato Grosso do Sul**

Ainda sobre a autotutela, merece destaque a consolidação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, elevado à categoria de direito fundamental do cidadão previsto no art. 5º XXXV, da CF/88, e contemplado pela Súmula 473 do STF, ao declarar expressamente que os atos da Administração Pública estão sujeitos ao controle judicial nos casos de anulação ou revogação, preservando, entretanto, o mérito administrativo.

CAAMAÑO, (2009, p. 62), apregoa que: “embora as Súmulas editadas pela Corte Suprema estabeleçam que a Administração possa anular seus próprios atos, na seara disciplinar, estes, quando eivados de ilegalidade, devem ser anulados pela Administração, ou seja, tem ela, o dever jurídico de anulá-los, uma vez que estão em desacordo com os interesses da sociedade; não é uma faculdade, mas sim um dever em atenção ao princípio e dos demais princípios que regem o ente estatal”.

Em Mato Grosso do Sul, o Decreto nº 1.260/81 (RDPM/MS), especifica e classifica as transgressões disciplinares, estabelecendo normas relativas à amplitude e a aplicação das punições disciplinares, a classificação do comportamento policial-militar das praças e a interposição de recursos contra as referidas punições. Embora, a redação normativa desse instrumento se refira expressamente aos policiais militares, frisa-se que sua aplicação também se estende aos bombeiros militares de Mato Grosso do Sul.

Nessa trilha, Caamaño (2009, p. 98, apud SOARES, 2014, p. 55), explica que em análise aos regulamentos das Forças Armadas, no tocante aos princípios do contraditório e da ampla defesa, verifica-se uma baixa normatividade, havendo muitas vezes, casos de lacuna omissões. Assim, a fim de que se atenda aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, deve ser aplicada subsidiariamente Lei nº 9.784 aos processos administrativos militares, até que o Congresso Nacional edite leis específicas, quanto ao regime disciplinar das forças militares.

Montoro (2009, pag. 419), critica positivamente, essa sistemática disciplinar militarmente que: “as leis são formuladas em termos gerais e abstratos, para que possam ser aplicados a todos os casos da mesma espécie. Fazer com que esses comandos gerais e abstratos passem ao caso concreto, é tarefa do aplicador do direito (juiz, tabelião, advogado, administrador, ou contratante), que para fazê-lo, utiliza-se da interpretação, hermenêutica ou exegese”.

E acrescente-se, há a necessidade do recurso singular do remédio constitucional do *Habeas Corpus*, impreterivelmente, independentemente de quem seja a autoridade coatora.

Desta forma, sinaliza Soares:

Malgrado à utilização dos vocábulos interpretação e hermenêutica serem comumente empregados como sinônimos, estes não se confundem. Adverte Carlos Maximiliano que “interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões do direito”, ao passo que a hermenêutica jurídica, consiste na ciência que “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito” (SANTOS, 2000. p. 14 e 1947, apud SOARES, 2014, p. 54-55).

#### 3.4.1 A hermenêutica Jurídica quanto à norma adjacente denominada Regulamento Disciplinar Militar do Estado do Mato Grosso do Sul

Na atividade de interpretação do operador do direito, os conceitos de “fixação de sentido” e “alcance da norma” são fundamentais, e isso tem sua razão de ser, como bem observa Torrè citado por Montoro (2009, P. 420, apud SOARES, 2014, p. 56), ao ensinar que toda norma jurídica, como todo objeto cultural, tem uma significação, um sentido ou uma finalidade.

Neste sentido, Gonçalves (2010, p. 79-80), diz que os métodos de interpretação podem ser classificados pelos seguintes critérios: a) quanto à origem ou fonte; b) quanto ao método utilizado pelo intérprete; c) quanto aos seus resultados ou efeitos.

E corrobora Montoro (2009, p. 422), que: “a interpretação quanto à origem ou fonte, divide-se em: a) judicial; b) legal ou autêntica; c) administrativa; d) doutrinária ou científica”.

Enfatiza-se que autêntica ou legal é a interpretação feita pelo próprio legislador, através de outra lei, chamada de “lei interpretativa”. As leis interpretativas, que são raras hoje em dia, trazem alguns problemas à doutrina no que se refere ao seu valor jurídico. Há

quem diga que consistem em simples conselhos aos juízes. Mas hoje, a posição predominante é que sendo incluídas nos códigos, acertadamente ou não, essa lei tem força obrigatória.

Conclui-se, portanto, que o Decreto 1.260/81, foi revogado pela Lei Complementar nº 053/90, que trouxe na redação de seu art. 44, da referida Lei Estadual de Mato Grosso do Sul, disposição expressa determinando que após a promulgação do novo diploma legal, deveria ser editado um regulamento disciplinar, a fim de dar fiel e exato cumprimento aos comandos legais. Além disso, resta devidamente demonstrado, que sendo revogada a lei que dá origem ao decreto, este também restará revogado. É que sendo norma secundária que retira sua validade de outra norma, isto é, que depende dela (da lei) para ter vigência e, sendo aquela revogada, igualmente o será o decreto, visto que não pode coexistir sozinho.

Em suma, verificando-se sob o ponto de vista do método teleológico ou sociológico, pode-se afirmar que o fim a que se propõe a norma objeto do presente estudo, é de manter a ordem, a continuidade do serviço público e a manutenção dos preceitos constitucionais da hierarquia e da disciplina. Embora seja necessário que se realize mudanças nos preceitos ali estabelecidos, pois não mais se adequam a realidade social dos dias atuais perante a Constituição Cidadão, a Doutrina fundante e defronte aos julgados de HC e precedentes.

### 3.4.2 Validade, vigência e eficácia do Regulamento Disciplinar das Corporações Militares Estaduais de Mato Grosso do Sul.

Miguel Reale (1998, p. 514), parte do ponto fundamental de que o termo validade é concebido como gênero, ao passo que vigência, eficácia e fundamento axiológico são espécies da acepção do vocábulo validade. Desse modo, vigência consiste em analisar se a norma respeitou o aspecto de validade formal ou técnico-jurídica; eficácia é concebida no sentido de saber se a norma possui validade fática; fundamento axiológico é tido sob o aspecto de validade ética. Logo, validade seria um complexo com aspectos de vigência, eficácia e fundamento. Esses três aspectos são essenciais para que qualquer norma jurídica seja legítima e obrigatória.

Desta forma:

Sob esse prisma, uma norma só será vigente (sentido amplo) ou válida, se durante sua elaboração forem respeitados alguns requisitos, tais como: a) elaboração por um órgão competente, que é legítimo por ter sido constituído para tal fim; b) competência *ratione material* do órgão, ou seja, a matéria objeto da norma deve estar contida na competência do órgão; c) observância dos processos ou

procedimentos estabelecidos em lei para sua produção (devido processo legal). (KELSEN, 1998, p.237).

Portanto, considera-se a concepção de validade em sentido estrito, sob a perspectiva da dogmática jurídica, e, que salvo melhor juízo, o Decreto 1.260/81 foi válido, porque, baseado aos critérios elencados pela doutrina, foi elaborado por um órgão competente (de acordo com as normas vigentes de sua época, ou seja, CF/69); e, a competência, naquela época para emissão desses decretos era do Chefe do Poder Executivo; e, além disso, foram observados os procedimentos legais para sua produção, já que sua validade se fundava em Lei Complementar.

E verificando-se o aspecto de validade sob o ponto de vista Constitucional, ou seja, se a norma está de acordo com os preceitos constitucionais se chegará a conclusão de que o Decreto 1.260/81, é inválido. Isso porque a CF/88, estabeleceu em seu art.5º, LXI que as transgressões disciplinares só poderão ser instituídas por meio de lei em sentido estrito.

Assim, não pode o Decreto 1.260/81, ser válido, pois contraria flagrantemente o que determina a Lei Maior, de modo que não pode ser recepcionado pela CF-88.

3.4.3 A eficácia da norma editada por Lei Complementar antes da vigência da CF-88 e a competência para expedir ordem de *habeas corpus* para militares sejam das forças estaduais ou federais.

O problema da eficácia das normas jurídicas consiste em saber se os seus destinatários cumprem ou não suas prescrições normativas, isto é, se os comandos jurídicos estabelecidos pelas normas são ou não obedecidos. Tradicionalmente, a doutrina jurídica liga a ideia de que a eficácia da norma à sua aplicação concreta, de tal modo, que se a norma não é cumprida nem aplicada, não é eficaz.

Existem casos, segundo Diniz (2004, p. 398), em que o órgão competente emite normas que por violarem a consciência coletiva, não são observadas nem aplicadas, e, por isso, são cumpridas apenas de modo compulsório, isso quando não caem em desuso (é o caso, muitas vezes dos regimentos militares estaduais). Nesses casos, diz-se, que essas normas têm vigência, mas não possuem eficácia espontânea, porquanto que a vigência não se confunde com eficácia, pois uma norma pode ser vigente, sem ser eficaz, e pode ser eficaz sem possuir vigência.



Desse modo, eficácia é, pois, a relação entre a ocorrência concreta do fato, no mundo do ser e o que está prescrito pela norma jurídica. Finalmente, Carvalho, (1999, pag. 82), explica que a eficácia jurídica e a eficácia técnica das regras do direito, muito interessam a dogmática jurídica, ao passo que a eficácia social, pertence aos domínios das indagações sociológicas, mais precisamente da Sociologia Jurídica.

A Justiça Federal é competente para o conhecimento de *habeas corpus* em que sejam pacientes os militares das Forças Armadas, neste sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. *HABEAS CORPUS* CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º. I - À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações (art. 124, § 2º, da CF). II - A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes. III - Não estando o ato sujeito a jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, CF). IV - Reprimenda, todavia, já cumprida na integralidade. V - HC prejudicado." (STF; RHC 88543 / SP - SÃO PAULO; Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 03/04/2007; Primeira Turma)

Para os militares da Polícia Militar e para os militares dos Bombeiros é competente para o conhecimento de tais ações a Justiça Estadual, que pode conhecer dos fatos e do direito e expedir o seu devido *writ* em favor do impetrante.

Portanto, finaliza-se a presente temática com as palavras de Silva (2008, Pag12), dizendo categoricamente que todos os regulamentos disciplinares das forças militares (Polícias Militares e Forças Armadas), expedidos antes da vigência da CF/88 por ato do Poder Executivo (decretos), não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois como visto não se trata de mera incompatibilidade formal, mas sim, de regra que viola a competência, uma vez que a recepção não transforma a natureza do ato, nem tampouco altera as regras de competência. "Recepcionar um decreto como lei, seria uma forma ilegítima de legislar". Pontua o ilustre professor da cátedra constitucional. (Silva, 2008).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

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. Certamente, o instrumento não tinha a mesma amplitude 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 e desde a civilização romana que se via essa situação.

Questão interessante 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 de criar outras garantias, dentre elas: o mandado de injunção e o mandado de segurança, embora o tema em estudo seja apenas o *Habeas Corpus*.

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. Embora tenha permanecido essa vicitudes nas entranhas das corporações militares estaduais de todo o Brasil.

De tudo quanto se expôs até aqui, pode-se verificar no presente Trabalho de Conclusão de Curso que as polícias militares do Brasil são instituições permanentes destinadas ao policiamento ostensivo e preservação da ordem pública. A origem dessa instituição se efetivou no ano de 1808 com a vinda de família real portuguesa para a colônia, mas, sua consolidação, ocorreu apenas no ano de 1831, por meio do então Ministro da Justiça Padre Antônio Diogo Feijó, que cria a Guarda Nacional, cuja estrutura e organização deu origem as polícias militares de hoje. Embora a história destas instituições militares seja bicentenária, verificou-se paradoxalmente, que elas passaram a atuar como agência policial,

isto é, policiando e dando segurança, somente após a Constituição Federal de 1988, antes disso, suas funções estavam ligadas à segurança interna e defesa da pátria.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma série de mudanças passaram a permear as instituições militares. Pela primeira vez, o texto constitucional trouxe um capítulo específico destinado ao tratamento das questões de segurança pública, conceituando e delimitando os órgãos e funções desse sistema. A Polícia Militar enquanto órgão integrante do sistema de segurança pública é organizada com base nos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina. Essas forças militares são constitucionalmente chamadas de Militares dos Estados, natureza jurídica levada a efeito pelas EC de nº. 03 e 18 de 1993 e 1998 respectivamente.

As mudanças operadas por força da Lei Maior não ocorreram de um dia para o outro, pelo contrário, aos poucos vão sendo incorporadas na estrutura, organização, e na legislação dos integrantes da vida castrense. Dentre as mudanças operadas pela Carta Constitucional, merece destaque a previsão constitucional do art. 5º, inciso LV, que garantiu aos litigantes em processo administrativo e judicial, os direitos à ampla defesa e ao contraditório. Desse modo, para que a Administração Castrense aplique qualquer medida punitiva em relação ao administrado, deve ela, obrigatoriamente, observar os princípios e garantias que regem o processo administrativo, quais sejam, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a proporcionalidade e a razoabilidade. Agindo desta forma, a Administração efetiva tanto os direitos fundamentais do militar, enquanto pessoa humana, como assegura a disciplina castrense, essencial para a sobrevivência da organização militar.

Outro dispositivo importante, é o que determina que a partir da promulgação do texto constitucional de 1988, as transgressões disciplinares só poderão ser instituídas por meio de lei em sentido formal, e não mais por ato do Poder Executivo.

Nesse sentido, tem-se várias decisões judiciais afastando a possibilidade da aplicação de sanções administrativas aos militares do Exército Brasileiro, que tenham por base o Decreto 4.346/02. Segundo esse entendimento, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma reserva legal em face dos regulamentos disciplinares e, dessa forma, o Presidente da República não poderia editar um novo Regulamento Disciplinar, pois no atual cenário jurídico, a competência para editar tal matéria é privativa do Congresso Nacional.

Verificou-se que uma má interpretação da norma constitucional faz surgir entendimentos equivocados sobre o tema, que muitas vezes, inclusive de forma oficial são disseminados dentro dos quartéis das corporações estaduais, razão pela qual, o presente trabalho buscou uma melhor análise e interpretação do artigo 142, §2º/CF-88, que veda a

concessão do HC face às punições disciplinares militares nos quartéis da polícia Militar e do Corpo de Bombeiro Militar do Estado de Mato Grosso do Sul. Embora se saiba em razão deste fato, que, muitos militares são punidos de forma abusiva e ilegal nas corporações militares, tudo, em decorrência da equivocada interpretação do primado Constitucional, e o conseqüente desconhecimento do emprego do HC nas transgressões disciplinares militares, Assim, podemos observar a evolução histórica comparada do *Habeas Copus*, seu conceito e natureza jurídica e competência jurisdicional para fazer cessar abusos e excessos face ao direito constitucional do militar estadual como cidadão brasileiro sob o crivo da Constituição Federal de 1988 e que a referida Carta Magna fortaleceu o Estado Democrático de Direito e conseqüentemente reforçou os Direitos e Garantias Fundamentais, dentre tais direitos fundamentais, o sagrado direito à liberdade: o de ir e vir, que são inerentes aos brasileiros sob a égide da Carta Constitucional de 1988, sob o prisma dos direitos e garantia fundamentas do homem. Para que essa garantia constitucional não seja violada de forma ilegal ou abusiva, a Constituição Federal brasileira prevê alguns remédios constitucionais, dos quais o *Habeas Corpus* previsto no artigo 5º, inciso LXVIII/CF-88. De modo que o artigo 142, §2º/CF-88, prevê o *Habeas Corpus* como o remédio constitucional contra a violação da liberdade de ir e vir dos cidadãos, veda a concessão de *habeas corpus* em relação as punições disciplinares militares, trazendo à tona um aparente conflito com o artigo 5º, LXVIII/CF-88, vez que o presente artigo não faz qualquer restrição para aplicação da referida garantia constitucional aos cidadãos.

Constatou-se que de fato, caberá ordem de *Habeas Corpus* diante de prisão disciplinar que não obedeceu aos requisitos de validade dos atos administrativos: quais sejam, legalidade, competência, previsão legal, observância das formalidades legais e aos prazos de fixação das medidas restritivas de liberdade, e impôs constrição a liberdade do militar, nestas hipóteses, caberá sim a impetração do *habeas corpus*.

Neste sentido se firma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTADO DE RONDÔNIA. POLICIAIS MILITARES. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LICENCIAMENTO EX OFFICIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. A jurisprudência da corte tem se firmado no sentido de que a ausência de processo administrativo ou a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa torna nulo o ato de demissão de servidor público, seja ele civil ou militar, estável ou não. Agravo regimental a que se nega provimento."(RE-AgR 196554/RO; Rel. Min. EROS GRAU; Julgamento em: 26/04/2005; Primeira Turma).

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: "MILITAR DA RESERVA. ATIVIDADE PRIVADA. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. - *HABEAS CORPUS*. CABIVEL O "WRIT", NO AMBITO DAS INDAGAÇÕES FORMAIS DOS PREDICADOS LEGAIS DO ATO DISCIPLINAR, RESTA DEFERI-LO, EM FACE DAS VERIFICADAS CARENCIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA HIERARQUIA SOBRE ATOS DA VIDA CIVIL DO MILITAR-EMPRESARIO." (STJ; HC 2015 / DF; Ministro JOSÉ DANTAS; TERCEIRA SEÇÃO; data do julgamento: 06/10/1994) - "CRIMINAL. RHC. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. LIBERDADE DE IR E VIR. INDÍCIOS DE CRIME MILITAR. INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. VIA ADEQUADA. RECURSO PROVIDO. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, em se tratando de punição disciplinar por transgressão militar, só se pode admitir a análise da legalidade do ato, via habeas corpus, quando se encontrar em jogo a liberdade de ir e vir do cidadão, que é a hipótese dos autos. Verificada a presença de indícios de infração penal, a instauração de sindicância configura ofensa ao devido processo legal e, em consequência, está eivada de vício, pois a via adequada para tal apuração é o inquérito policial militar. Sobressai ilegalidade flagrante no procedimento atacado, no tocante à deficiência da defesa do paciente por ofensa ao devido processo legal. Deve ser cassado o acórdão recorrido para restabelecer a decisão do Julgador de 1º grau concessiva de habeas corpus ao recorrente. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.(STJ; RHC 17422 / RN; Ministro GILSON DIPP; QUINTA TURMA; data do julgamento: 26/09/2006)

Nesta hipótese temos constrição a liberdade de ir e vir conjugada com a violação aos pressupostos de validade do ato jurídico. Lembrando-se, que não se discute a oportunidade e a conveniência da punição disciplinar, ou seja, o mérito da punição, mas tão somente a violação aos pressupostos de validade do ato jurídico. Hipóteses em que podem ser consideradas absurdas ou teratológicas (contrárias à lógica), uma vez que o ato administrativo é emanado, do servidor público (civil ou militar) preposto da administração pública e juridicamente vinculado aos ditames do art. 37 da Constituição da República que formalmente prescreve: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)".

Para tanto, em sentido lógico, o inciso LXVIII do art. 5º/CF-88 não se confunde e nem se equipara, de forma nenhuma, ao parágrafo 2º do art. 142/CF-88, porque a discussão em estudo, ora finalizada é que o artigo 5º, LXVIII/CF-88 é princípio basilar de cláusula pétrea e o §2º do art. 142 da mesma Carta Constitucional, não, posto que é mera garantia legal à administração pública regimentar militar federal, enquanto, este último encontra-se subordinado hierarquicamente ao dispositivo em comento do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil.

Finaliza-se, dizendo, portanto, pelo *fumus boni iuris* que há abundantes dispositivos, embora legais, assentados nos Regulamentos Disciplinares das Policiais Militares Estaduais, que negam ou que sequer faz menção ao remédio constitucional do *Habeas Corpus* em virtude de ordem de detenção ou de prisão de militares estaduais, em especial, do Estado do Mato grosso do Sul. Posto que não se reverte de idoneidade jurídica capaz de admoestar corporalmente seus membros, vez que violam princípios constitucionais da Carta Republicana de 1988, à luz da teorias iluministas e republicanas, assim, o *Habeas Corpus* computado no art. 5º, LXVIII/CF-88 está em pleno vigor posto que é do bojo concreto da cláusula pétrea, amparada, inclusive, pelo artigo 60, §4º/CF-88 que não se pode revogar e nem ser objeto de deliberação. Desta feita, pode sim, o militar estadual, em especial o Sul-mato-grossense valer-se do *Habeas Corpus* perante injusta constrição de sua liberdade, mesmo que regimental militarmente, com base no artigo dos direitos e garantias fundamentas acima explicitado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, 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.** Defesa de mestrado em Direito constitucional. Fortaleza: UNIFOR, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041665.pdf>> Acesso em 28/02/2017.

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. **Constituição da República Federativa Brasileira**, 05 de outubro de 1988.

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

\_\_\_\_\_. MATO GROSSO DO SUL. Decreto 1.260 de 02 de Outubro de 1981. Disponível em:  
<http://www.pm.ms.gov.br/legislação>. Acesso em: 27 Fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 10 Janeiro 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 01 Janeiro 2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal - **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 88.543-8** - São Paulo – Relator: Min. Ricardo Lewandowski). Disponível: < [http://emporiododireito.com.br/as-teses-prevalecentes-no-superior-tribunal-de-justica-sobre-o-nao-cabimento-do-habeas-corpus-por-romulo-andrade-moreira/#\\_ftnref13](http://emporiododireito.com.br/as-teses-prevalecentes-no-superior-tribunal-de-justica-sobre-o-nao-cabimento-do-habeas-corpus-por-romulo-andrade-moreira/#_ftnref13)> Acesso em 04 de Março 2017.

\_\_\_\_\_. 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: 19Jan2017.

CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares.** 1ed. Curitiba: Juruá, 2009. Disponível em.: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj056625.pdf>> Acesso em: 03 de Março 2017.

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.

CARVALHO JUNIOR, Astor Nina de. *Jornal Correio Braziliense*, 11/09/2006. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/as-teses-prevalentes-no-superior-tribunal-de-justica-sobre-o-nao-cabimento-do-habeas-corpus-por-romulo-andrade-moreira/#\\_ftn11](http://emporiododireito.com.br/as-teses-prevalentes-no-superior-tribunal-de-justica-sobre-o-nao-cabimento-do-habeas-corpus-por-romulo-andrade-moreira/#_ftn11)> Acesso: 04/03/2017.

CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de Direito Tributário.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA, Irineu Oziris. **Do cabimento de habeas corpus nas punições decorrentes de processo administrativo militar.** Disponível em: //http.: www.paranaonline.com.br, com acesso no dia 08 de abril de 2007). Acesso: 10/02/2017.

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

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito.** 16 ed. São Paulo: Saraiva 2004.

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.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral.**8ed. Saraiva, 2010.

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.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.

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

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

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Editora Revista dos Tribunais. 4ª edição revista, atualizada e ampliada, 2008. Pág. 932.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo, Martin Fontes, 1998, p.237.

REALE. Miguel. **Filosofia do Direito**. 18 ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

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

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso. Parecer emitido ao Greenpeace Brasil, em 12 de Março de 2008. Disponível em: <http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Documentos/parecer-do-professor-jose-afon/>. Acesso em: 16/02/2017

SOARES, Rafael Ribeiro. **REGULAMENTO DISCIPLINAR DA PM/MS E SUA (IN) APLICABILIDADE: ANÁLISE DO DECRETO ESTADUAL 1.260/81, SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA**. Curso de Direito. Campo Grande - MS: Universidade Católica Dom Bosco. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br> Acesso: dia 04/03/2017.

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: 22 de Fevereiro 2017.