
HABEAS CORPUS

VALÉRIA CRISTINA DE OLIVEIRA
Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo, Araçatuba/SP
Professora universitária e advogada

1 INTRODUÇÃO

O texto original da Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXVIII, prevê que “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”. Vale ressaltar que, dada a importância desta garantia individual, ela vem prevista no rol dos direitos fundamentais.

Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 36) ensina que direitos Fundamentais, é a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos de pessoas humanas expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional.

O *habeas corpus* é um remédio heróico de popularidade inquestionável, pois tem por objeto a proteção de qualquer pessoa contra a violência ou coação em seu direito de locomoção em decorrência da prática de ato ilegal ou de abuso de poder. Nem poderia ser diferente, pois a prática de atos ilegais e os abusos de poder são e, infelizmente, continuarão a ser, constantes e universais.

Borges da Rosa (1982, p. 766-767), reconhecendo a popularidade do *habeas corpus*, escreveu que

o mais obscuro cidadão, o mais humilde habitante do país, ainda das mais longíquas paragens, pode, por si ou por outrem, fazer subir até aí sua reclamação contra a prepotência, contra o atentado à liberdade praticado por quaisquer autoridade. É dado a nacionais e estrangeiros confiar

na ação, que por qualquer pode ser invocada, de um Tribunal colocado acima de todas as jurisdições, como guarda e baluarte da liberdade, e que aos perseguidores, aos que abusam do poder, aos que reduzem a vítima, os fracos, os desprotegidos, desconhecendo-lhes seus direitos, está na altura de dizer aquelas palavras da Bíblia: *si laeseris eos, vociferabuntur ad me ef ego audium clamorem eorum*.

Felizmente, com o aumento das garantias individuais e da valorização do ser humano tem se percebido que há uma tendência muito grande por parte dos Estados na busca da realização e efetivação individual dos direitos.

Como observou José Frederico Marques (1965, p. 383),

incluindo a Constituição ao direito de ir e vir, entre um dos direitos concernentes à liberdade, que deve ser tutelado e assegurado, violá-lo ou pô-lo em perigo, por ilegalidade ou abuso de poder, será atentar contra a própria Constituição. Daí, o *habeas corpus* como instrumento ou meio destinado a prevenir a irregularidade constitucional, ou a restaurar a situação que se apresenta como lesiva do *ius libertatis* constitucionalmente consagrado.

Dada importância do *habeas corpus*, o presente artigo tem por objetivo analisar as origens históricas, a evolução e a aplicabilidade deste remédio heróico que tutela o direito de liberdade do ser humano.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Ao longo da história da humanidade observa-se a luta incansável do homem na busca pelo respeito e pelo reconhecimento legal dos seus direitos individuais, pois nos primórdios da humanidade não se cogitava da existência de direitos individuais em face do Estado.

Como observou Pontes de Miranda (1962, p. 05),

a história humana somente há poucos séculos eliminou a desigualdade perante a lei e fez livre todos os homens. Em verdade, a extensão da liberdade de todos os homens implicou, nesse ponto, a igualdade perante a lei, mas a liberdade tornou-se de todos antes que se pusesse em toda a sua abrangência o princípio da igualdade perante a lei.

Há divergência entre os doutrinadores acerca das origens do *habeas corpus*. Alguns defendem que ele teve origem no Direito Romano, onde qualquer cidadão podia reclamar a exibição do homem por meio de uma ação denominada *interdictum de libero homine exhibendo* (PACHECO, 1983, p. 16).

A grande maioria dos autores, no entanto, defende que o *habeas corpus* teve origem na Magna Carta, capítulo XXIX, outorgada pelo Rei João Sem Terra, no dia 19 de junho de 1215, na Inglaterra.

Saturados pelo despotismo do Rei João, os barões ingleses decidiram que era preciso obter do Rei uma carta de Liberdades. Assim, foi imposta ao Rei João Sem Terra a Magna Charta Libertatum.

Como ensina Florêncio de Abreu (1945, p. 549), com base em Pontes de Miranda, o *habeas corpus*

decorre da *common Law*, em virtude dos preceitos da Magna Carta, capítulo XXIX, onde se determina que nenhum homem livre pode ser detido, nem preso (*nullus líber home capiatur vel imprisonetur*), sem que seja condenado por seus pares ou pelas leis do país (*nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*). Paladino da liberdade, o seu fim é evitar, ou remediar, quando impetrado, a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas.

No mesmo sentido escreveu José Frederico Marques que (1965, p. 373)

a Magna Charta, imposta pelos barões ingleses, em 15 de junho de 1215, ao rei João Sem Terra, foi ato solene para assegurar a liberdade individual, bem como para impedir a medida cautelar de prisão sem o prévio controle jurisdicional (retro nº 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 porque fora preso o paciente, viesse apresentá-lo em juízo, para fazer, consentir com submissão e receber – *ad faciendum, subjiciendum et recipiendum* – tudo aquilo que a respeito fosse decidido.

Hélio Thonarghi (1989, p. 383) ensina que

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 feito 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 o four liberties*).

Como podemos aferir a Magna Carta foi um marco na conquista do direito de liberdade para a história da humanidade. Nela, o sonho de respeito à liberdade física do homem tornou-se realidade, ao menos formalmente. A partir dela surgiram novas conquistas libertárias.

No Brasil, o primeiro resquício do *habeas corpus* foi o Decreto expedido por D. João VI no dia 23 de maio de 1821, que foi referendado pelo Conde dos Arcos. Este Decreto foi tão importante para o Brasil que Pontes de Miranda (1999, p. 163) afirmou que se tratava da nossa “Magna Charta”.

O Código de Processo Criminal de 1832 foi o primeiro a prever expressamente o *habeas corpus*.

O *habeas corpus* foi elevado à norma constitucional apenas na primeira Constituição da República de 1891 que no artigo 72, parágrafo 22, assegurava: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, por ilegalidade, ou abuso de poder” (DEMERCIAN; MALULY, 1995, p. 15).

A elevação do *habeas corpus* a dogma constitucional no Brasil significou uma grande conquista para a sociedade, pois com esta inserção o instituto ganhou força e segurança. Ora, indiscutivelmente é muito mais difícil promover uma reforma constitucional do que revogar

uma lei processual penal. Ademais, apesar de que, na época, mesmo a Constituição era desrespeitada, ao menos em tese, seu teor deveria ser respeitado.

Como se pode aferir, a redação do artigo 72, parágrafo 22, da Constituição de 1891, era bastante ampla, o que fez com ele esse remédio constitucional fosse aplicado para defesa de qualquer direito e não apenas o de locomoção, como acontece na atualidade.

Para Ruy Barbosa o *habeas corpus* não se destinava apenas para proteção do direito de liberdade de locomoção do indivíduo, mas sim para proteger e tutelar qualquer direito individual violado por abuso de poder ou por ilegalidade.

Ruy Barbosa (apud ESPÍNOLA, 1980, p. 23-24) pronunciou-se no Senado, no dia 22 de janeiro de 1915, defendendo sua posição:

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 como 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 o que 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 de processo, pelo artigo 340, que definiu o *habeas corpus* nestes termos: todo 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 nº 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*. Neste caso não haveria questão, estaria o *habeas corpus* definido pelas leis imperiais. Que fez, porém, o legislador constituinte nesse 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*.

Pedro Lessa, que à época era Ministro do Supremo Tribunal, adotando entendimento contrário ao de Ruy Barbosa, assim se manifestou ao proferir seu voto no julgamento do *habeas corpus* nº 3.567, no dia 1º de julho 1914:

é evidente que a liberdade de pensamento, a de 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 edifícios que tenham a forma de templo, apreendendo-se numa tipografia todos os exemplares de um livro, exigindo-se para 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 cem números de direitos. Dá-se *habeas corpus* para o paciente ir à praça 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, afim 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 um novo templo, para imprimir livros, para assentar novo material tipográfico; 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, vol. 2º, 1ª parte, 1914, p. 266-267). (ESPÍNOLA, 1980, p. 26)

O entendimento que predominou foi o adotado por Ruy Barbosa, o qual influenciou o entendimento pretoriano que se firmou no sentido de que o *habeas corpus* era idôneo a proteção de qualquer direito, ainda que não fosse de natureza penal. E nem poderia ter sido

diferente. A exegese do texto constitucional de 1891 deixa claro que o *habeas corpus* se destinava a defesa de qualquer direito individual que fosse violado ou ameaçado por abuso de poder ou por ilegalidade.

A reforma Constitucional de 1926 pôs fim às controvérsias acerca da amplitude dos direitos amparados pelo *habeas corpus*, dando a seguinte redação ao artigo 72, parágrafo 22: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção” (TOURINHO FILHO, 1989, p. 402).

Após sua primeira previsão constitucional, o *habeas corpus* permaneceu em todas as Constituições subseqüentes, inclusive na atual que, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, estabelece: “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”.

3 CONCEITO E FINALIDADE

Pontes de Miranda (1962. p. 681) ensina que

habeas corpus eram as palavras iniciais da fórmula no mandado que o Tribunal concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. A ordem era do teor seguinte: Toma literalmente: (*tome*, que no subjuntivo, *habeas*, de *habeo*, *habere*, ter, exhibir, tomar, trazer etc.) o corpo deste detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso. Por onde se vê que era preciso produzir e apresentar à Corte o homem e o negócio, para que pudesse a justiça, convenientemente instruída, estatuir, com justiça, sobre a questão, e velar pelo indivíduo.

O *habeas corpus* é uma ação constitucional que se destina a tutelar a liberdade de locomoção do indivíduo, ou seja, o direito de ir, vir e ficar.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, XV, a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Atualmente, o *habeas corpus* vem sendo utilizado para a defesa todos os direitos do acusado e do sentenciado que se relacionem com sua liberdade de locomoção. A jurisprudência tem admitido sua utilização para trancamento de ações penais, para anulação de processos, para progressão de regime prisional etc.

Pontes de Miranda (1946, p. 323), com o brilhantismo que lhe é inerente, já ressaltava no tocante à abrangência do *habeas corpus* que “a ilegalidade da prisão pode não consistir na prisão mesma, porém no processo do acusado, que corra, por exemplo, perante **juiz incompetente**”.

O *habeas corpus* não poderá ser utilizado contra atos que não violem o direito de locomoção do indivíduo, ainda que ilegais ou arbitrários. Logo, não cabe *habeas corpus* para questionar pena pecuniária [Súmula STF 693] e nem quando já estiver extinta a pena privativa de liberdade [Súmula STF 695].

A jurisprudência também não admite *habeas corpus* que tenha por objeto o reexame de matéria probatória, tampouco quando haja necessidade de dilação probatória. Neste sentido segue jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A via estreita do *habeas corpus* não é adequada à discussão relativa ao dolo do paciente, seja no tocante ao crime falimentar ou à gestão temerária, aferição esta adequada às instâncias inferiores, no momento oportuno e com apoio de todo o conjunto fático-probatório (BRASIL, 2009a).

O exame da alegação de nulidade da sentença condenatória, por estar baseada somente em prova emprestada, é inviável na estreita via do *habeas corpus*, que não admite revolvimento do contexto fático-probatório (BRASIL, 2009b)

Pesquisando a jurisprudência e a doutrina portuguesa percebe-se, claramente, o caráter excepcional dado ao *habeas corpus*.

Manuel Cavaleiro Ferreira (1981, p. 477) ensina que

O *habeas corpus* é uma providência extraordinária destinada, não a reparar os efeitos da ilegalidade da prisão, mas a por termo à situação ilícita que é a prisão ilegal. Diz-se providência extraordinária, porque os trâmites processuais o mecanismo normal do funcionamento da administração devem, por si, ser salvaguarda suficiente para evitar a contingência de prisões ilegais.

No mesmo sentido Germano Marques da Silva (2010, p. 299) afirma que “O *habeas corpus* é uma providência extraordinária para a proteção da liberdade e não um processo de reparação de direitos ofendidos”.

4 NATUREZA JURÍDICA

Apesar de o *habeas corpus* estar previsto no Código de Processo Penal como um capítulo do Título “Dos Recursos”, ele não é recurso. Mas sim verdadeira ação.

Embora já não existam mais discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica do *habeas corpus*, dentro do espírito de pesquisa necessário se faz discorrer sobre as controvérsias havidas no passado.

Galdino Siqueira (1930, p. 383-384) afirmou que o *habeas corpus* se tratava de

um recurso ordinário, e pelo seu processado, um recurso especial, pelo modo de sua interpretação e pela sua marcha processual; é assim que, em relação ao modo de sua interposição é ele facultado ao nacional ou estrangeiro, ao paciente ou a terceira pessoa, em seu favor; em relação à sua marcha processual, longe de seguir as formulas lentas e demoradas dos outros recursos, de seguir as regras gerais e comuns de competência, tem antes uma marcha célere e pronta, podendo ser renovado perante a mesma ou diversa autoridade.

Já para Eduardo Espínola (1980, p. 47) “contemplando essa complexa multiplicidade de contornos do instituto, sem vermos motivo para repelir, nem desprezar a consideração atual do mesmo, na nossa legislação, apontamos o *habeas corpus* como um recurso de caráter especial (misto) e objetivo específico”.

Hélio Tornaghi (1989, p. 382), por sua vez, escreveu

Na realidade o *habeas corpus* é remédio judiciário contra o mal da ilegalidade, do excesso ou abuso de poder de que resulta violência ou coação na liberdade de ir e vir. Da ilegalidade, não da injustiça, que não se discute no processo de *habeas corpus*. Por isso o juiz não examina a prova da injustiça; mas a prova da ilegalidade pode instruir a petição de *habeas corpus*.

Magalhães Noronha (1989, p. 404) defendia “A nós nos parece que se lhe não pode negar totalmente o caráter de recurso, pois pode ser impetrado contra decisões do juiz, para que o juízo superior as reveja”.

Pontes de Miranda (1962, p. 5-6), com a objetividade de sempre, afirma:

O pedido de *habeas corpus* é pedido de prestação jurisdicional em ação, cuja classificação mostraremos mais tarde. A ação é predominantemente mandamental. Nasceu assim o instituto. Os dados históricos no-lo provarão. Não se diga (a erronia seria imperdoável) que se trata de recurso. A pretensão não é recursal. Nem no foi, nem no é. É ação contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir. Talvez contra autoridade judiciária. Talvez contra Tribunal.

Mais modernamente Julio Fabbrini Mirabete (1993, p. 681) afirma: “trata-se de ação popular constitucional, embora por vezes possa servir de recurso”.

Vicente Greco Filho (1991. p. 391-392) afirma que

discute-se a respeito da natureza jurídica do *habeas corpus*, se recurso ou ação autônoma. Hoje, todavia, dominante é o entendimento de que a impetração é verdadeira ação, ainda que tenha por objeto impedir coação ilegal da própria autoridade judiciária. Recurso é o pedido de reexame de uma decisão, dentro de um processo; no caso do *habeas corpus*, o pedido é autônomo, e se desenvolve em procedimento independente. A pretensão do paciente é a correção da violência à liberdade, que pode ou não decorrer de um processo, mas não se submete aos seus trâmites procedimentais. Pontes de Miranda e José Frederico Marques decididamente o classificam como ação, de conteúdo mandamental ou constitucional.

Na doutrina argentina também se discute a natureza jurídica do *habeas corpus*. Mario Oderico (1978, p. 653) defende: “O denominado recurso de *habeas corpus* consiste em uma ação tendente a proteger a liberdade pessoal dos abusos dos funcionários públicos”.

Já Rubianes (1965. p. 464-465.) afirma que o *habeas corpus* possui função tripla: “como ação, quando tem ele relação com um processo penal determinado; como recurso, quando se impugna concretas decisões e como exceção para fazer valer as exceções de prévio e especial pronunciamento”.

5 ESPÉCIES DE *HABEAS CORPUS*

Da leitura do inciso LXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal, bem como do artigo 647 do Código de Processo Penal, extrai-se que o *habeas corpus* poderá ser liberatório ou preventivo, pois o legislador usa a expressão “sofrer” ou se “achar na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O *habeas corpus* será liberatório nos casos indicados pelo verbo “sofrer”, ou seja, quando a coação ou o abuso de poder já estiver consumado. Neste caso, o remédio heróico terá por finalidade por fim a uma situação que já se consumou.

Como ensina José Ernani de Carvalho Pacheco (1994, p. 23), o *habeas corpus* quando liberatório é “útil para as hipóteses em que já ocorreram atos violentos ou coativos, pois visa restaurar ao paciente o seu status quo ante”.

Será preventivo quando a violência ou a coação à liberdade de locomoção ainda não se consumou. O *habeas corpus*, neste caso, buscará prevenir ou não permitir que o constrangimento ilegal venha a ocorrer.

Ressalte-se que nessa hipótese a ameaça deverá ser, ao menos, plausível, não bastando, claro, apenas o receio.

Sobre essa modalidade Pontes de Miranda (ano, p. 380) afirma que “o *habeas corpus* pode ser para evitar que se dê o constrangimento. Então, impede a coação à liberdade de ir, ficar e vir, qualquer que seja a sua espécie (e não só a prisão). Diz-se, na linguagem jurídica, preventivo”.

6 CONDIÇÕES PARA A IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS*

Tendo o *habeas corpus* a natureza jurídica de ação, resta claro que está sujeito às condições de admissibilidade, ou seja, legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

6.1 Legitimidade ad causam

O artigo 654, caput, do Código de Processo Penal prevê que qualquer pessoa pode se utilizar do *habeas corpus* em seu favor ou de outrem, inclusive o Ministério Público.

Para se impetrar uma ordem de *habeas corpus* não se faz necessária a presença de advogado, ou seja, não se exige do impetrante capacidade a capacidade postulatória.

Qualquer pessoa pode manusear a ação de *habeas corpus*, ainda que seja analfabeto ou menor.

Oportuno salientar que, caso o impetrante seja um terceiro, ele não necessitará do instrumento de procuração para postular em favor do paciente.

O legislador atribuiu também legitimidade ao Ministério Público. Nada mais justo, pois este é o fiscal da lei e da sociedade.

O Juiz de Direito pode conceder de ofício ordem de *habeas corpus* [art. 654, parágrafo 2º, do CPP] nos processos de sua competência, sempre que verificar a existência de constrangimento ilegal.

O artigo 654 acima citado não legitima ativamente o Juiz de Direito para a ação penal de *habeas corpus*, exceto se ele for paciente. Portanto, o Juiz de Direito não poderá impetrar *habeas corpus* em favor de terceiro, na qualidade de magistrado, pois esta não é sua função.

Questão importante surge no que tange à possibilidade de a pessoa jurídica figurar como paciente na ação de *habeas corpus*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (2009) tem admitido a pessoa jurídica como paciente, apenas nos crimes ambientais, quando pessoas físicas também figuram como pacientes, no mesmo pedido, por estarem sofrendo coação ilegal à liberdade de locomoção.

No que tange a outros crimes, não se tem admitido que a pessoa jurídica figure como paciente no *habeas corpus*, pois este protege apenas a liberdade de locomoção da pessoa física.

6.2 Legitimação passiva

No pólo passivo da ação de *habeas corpus* figura a autoridade coatora, ou seja, aquela que causa ou ameaça causar ao paciente um constrangimento ilegal.

Comumente o *habeas corpus* é impetrado contra ato de pessoas que exercem função pública. Porém, o particular pode perfeitamente figurar no pólo passivo desta ação, como no clássico exemplo da clínica psiquiátrica que priva o paciente do seu direito de locomoção, a pedido de familiares.

Hélio Tornaghi (1987, p. 408) manifesta-se contrário à utilização de *habeas corpus* contra ato de particular, afirmando que

O *habeas corpus* só é cabível quando o coator exerce a função (*latu sensu*) pública. A coação exercida por um ato particular configurará crime de cárcere privado (CP, art. 148), ou de constrangimento ilegal (CP, art. 146), ou de ameaça (CP, art. 147), e as providencias contra o coator devem ser pedidas á Polícia.

A jurisprudência tem admitido a impetração de *habeas corpus* contra ato de particular:

Habeas corpus – Constrangimento Ilegal – Ato de particular – Cabimento. Não distinguindo o disposto no inciso LXVII do artigo 5º, da Constituição da República, coação exercida por autoridade pública daquela praticada por particular, não pode a jurisprudência estabelecer distinção restritiva de direito e garantia fundamental do cidadão (SÃO PAULO, 1999).

6.3 Possibilidade jurídica do pedido

O *habeas corpus* tem por finalidade a tutela da liberdade física do indivíduo. Portanto, não caberá a impetração do remédio heróico para proteger direito diverso do de locomoção.

Embora tenha restado claro no texto constitucional que o *habeas corpus* apenas é cabível quando houver violação ou ameaça a direito de locomoção do indivíduo, ainda hoje é comum a impetração deste remédio constitucional visando proteger outros direitos.

Seguem abaixo jurisprudências do Supremo Tribunal Federal sobre hipóteses em que foram impetrados *habeas corpus* visando tutelar direitos diversos que o da liberdade de locomoção:

Não cabe *habeas corpus* contra ato normativo em tese (BRASIL, 2009c).

Habeas corpus. Declaração de inconstitucionalidade de normas estaduais. Caráter principal da pretensão. Inadmissibilidade. Remédio que não se presta a controle abstrato de constitucionalidade. Pedido não conhecido. Ação de *habeas corpus* não se presta a controle abstrato de constitucionalidade de lei (BRASIL, 2009d).

Habeas corpus não é remédio processual adequado para tutela do direito de visita de menor cuja guarda se disputa judicialmente (BRASIL, 2009e).

Não cabe *habeas corpus* contra decisão que afasta das funções, em ação penal, magistrado que nela é acusado (BRASIL, 2009f).

Impossibilidade de, em *habeas corpus*, avaliar-se se as dependências do Batalhão Militar correspondem, ou não, a sala de Estado Maior (BRASIL, 2009g).

Também não cabe *habeas corpus* para por fim a coação ocorrida na vigência de estado de sítio, situação excepcional, durante a qual algumas garantias ficam suspensas, por previsão constitucional [artigos 138 e 139 da Constituição Federal].

Igualmente, a Constituição não admite a impetração de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares [artigo 142, CF].

O artigo 650, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal também não admite o *habeas corpus* em face de prisão administrativa, exceto se já houve quitação do débito ou se a prisão exceder o prazo legal.

O *habeas corpus* também não poderá ser utilizado contra atos que não violem o direito de locomoção do indivíduo, ainda que ilegais ou arbitrários. Logo, não cabe *habeas corpus* para questionar pena pecuniária [Súmula STF 693] e nem quando já estiver extinta a pena privativa de liberdade [Súmula STF 695].

A jurisprudência também não admite *habeas corpus* que tenha por objeto o reexame de matéria probatória, tampouco quando haja necessidade de dilação probatória. Neste sentido segue jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A via estreita do *habeas corpus* não é adequada à discussão relativa ao dolo do paciente, seja no tocante ao crime falimentar ou à gestão temerária, aferição esta adequada às instâncias inferiores, no momento oportuno e com apoio de todo o conjunto fático-probatório (BRASIL, 2009a). O exame da alegação de nulidade da sentença condenatória, por estar baseada somente em prova emprestada, é inviável na estreita via do *habeas corpus*, que não admite revolvimento do contexto fático-probatório (BRASIL, 2009b).

Quanto à prisão civil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a impetração de *habeas corpus* nos casos de prisão do devedor de obrigação alimentar [HC 75.180-MG, Rel. Min. Moreira Alves, 10.06.2007].

No que diz respeito à prisão civil por infidelidade depositária, como esta modalidade de prisão não mais é admitida pela jurisprudência da Suprema Corte Brasileira [HC 87.585SP; RE 349703/RS e RE 466.343/SP, v. informativo 531 do STF], não há sentido em analisar o cabimento ou não de *habeas corpus*.

6.4 Interesse de agir

O interesse de agir surge quando houver coação ou ameaça ao direito de locomoção do indivíduo em decorrência de ilegalidade ou abuso de poder.

7 HIPÓTESES LEGAIS DE IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS

O artigo 647 do Código de Processo Penal dispõe que “sempre que alguém sofrer ou se achar na imissão de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir” caberá o *habeas corpus*.

Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly (1995, p. 51) ensinam que “violência é um constrangimento físico a que é submetido o indivíduo, por exemplo, prisão; e a coação é o constrangimento físico ou moral para obrigar alguém a fazer ou não fazer alguma coisa”.

O artigo 648 do Código de Processo Penal, de forma pragmática e não exaustiva, elenca hipóteses nas quais o constrangimento é considerado ilegal.

7.1 Quando não houver justa causa (inciso I, art. 648, CPP)

Muito já se discutiu na doutrina brasileira o que deveria ser entendido por justa causa.

Bento de Faria (1960, p. 372), afirma faltar justa causa “se o ato de que se queixa o cidadão ou não tem a sanção da lei ou não satisfaz os seus requisitos”.

Para Hélio Tornaghi (1989, p. 414) “justa causa é a causa suficientemente baseada em lei”.

7.2 Preso por mais tempo do que a lei determina

A prisão pode ser provisória ou definitiva. Será definitiva quando houver uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Neste caso, o tempo de prisão não poderá exceder a pena fixada na sentença.

A prisão, por sua vez, será provisória quando resultante de prisão em flagrante, de prisão temporária, de prisão preventiva ou decorrente de pronúncia.

A demora na formação da culpa é inaceitável num Estado de Direito. Sensível a este problema bastante comum no Brasil, a Emenda Constitucional inseriu o inciso XXVIII, ao artigo 5º, da Constituição Federal, estabelecendo que o processo como um todo deve ter uma duração razoável.

Posteriormente, a reforma do Código de Processo Penal deu nova redação ao artigo 400, estabelecendo que a audiência de instrução e julgamento deverá ser realizada no prazo máximo de 60 dias. Findo este prazo a manutenção da prisão configura inequívoco constrangimento ilegal.

A jurisprudência tem reconhecido a existência de constrangimento ilegal e concedido liberdade provisória ao paciente nas hipóteses de *habeas corpus* impetrado em virtude de demora na formação da culpa, desde, é claro, a defesa não tenha praticado nenhum ato

protelatório [HC-114.052/PI, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 24.11.08; HC 58.691/MS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 10.9.07].

7.3 Incompetência para determinar a medida (artigo 648, inciso III, CPP)

Como ensinam Demercian e Maluly (ano, página) “o réu tem o direito de ser julgado pelo juiz competente, não sendo admitidos, outrossim, tribunais de exceção (art. 5º, incisos XXXVII e LXI, da Constituição Federal)”.

É óbvio que se a coação ou constrangimento é determinado por ordem de quem não tem autoridade, atribuição ou poder para tal, estaremos diante de constrangimento sanável pela via do *habeas corpus*.

7.4 Ilegalidade da coação por ter cessado o motivo que a autorizou

O texto do inciso IV, do artigo 648, do Código de Processo Penal é claro ao estabelecer quando a coação será ilegal quando houver cessação do motivo que a autorizou.

Portanto, com o fim da causa determinante da coação, caberá ao constrangido, caso não seja colocado em liberdade, impetrar *habeas corpus* para cessar a ilegalidade.

7.5 Ilegalidade da prisão pela não concessão da fiança nas hipóteses em que a lei autoriza

A não concessão de fiança nas hipóteses em que a lei a autoriza, torna a prisão ilegal. Neste caso, perfeitamente cabível o *habeas corpus* para sanar a ilegalidade.

A Constituição Federal assegura no inciso LXVI, artigo 5º, que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

7.6 Ilegalidade da coação em processo manifestamente nulo

Nesta hipótese legal a nulidade do processo deve ser evidente, cristalina.

Pontes de Miranda (ano, página) afirma 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, é o terreno da nulidade que ressalta. De *iure condendo*, é reprovável que se faça depender de tão vago limite a existência 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. (MIRANDA, op. cit. p. 429)

7.7 Ilegalidade da coação quando extinta a punibilidade

Extinta a punibilidade o Estado perde o direito de continuar ou iniciar o exercício da persecução penal ou de executar a pena aplicada.

O artigo 107 do Código Penal enumera algumas hipóteses de extinção da punibilidade. O rol apresentado por este artigo não é taxativo, pois a extinção da punibilidade pode se verificar em outras hipóteses, como, por exemplo, o ressarcimento do dano no peculato culposo [artigo 312, do CP].

8 COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

A competência para apreciar o pedido de *habeas corpus* será determinada de acordo com a autoridade coatora [art. 650, parágrafo 1º, do CPP].

A Constituição Federal no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente o *habeas corpus*, quando o paciente for o Presidente da República, o Vice-Presidente, membro do Congresso Nacional, os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas e os chefes de missão diplomática permanente. O inciso II, alínea “a” do mesmo artigo em análise estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, *habeas corpus* decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

O texto constitucional estabelece que caberá ao Superior Tribunal de Justiça julgar originariamente o *habeas corpus* quando o coator ou o paciente for Governador de Estado ou do Distrito Federal, Desembargador de Tribunal de Justiça, Membro do Tribunal de Contas do Estado ou do Distrito Federal, membro dos Tribunais Regionais Federais ou eleitorais ou do Trabalho, Membro de Conselho ou Tribunal de Contas de Município ou do Ministério Público da União, que officie perante Tribunais. Igualmente se o coator for Ministro de Estado [artigo 105, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal].

Caberá ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso ordinário, julgar o *habeas corpus* denegatório oriundo dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória [artigo 105, inciso II, alínea “a”, da CF].

Aos Tribunais Regionais Federais caberá o julgamento do *habeas corpus* quando a autoridade coatora for Juiz Federal [artigo 108, inciso I, alínea “d”]. Caberá, também, aos Tribunais Regionais Federais julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal [artigo 108, inciso II].

Aos juízes federais competirá o julgamento do *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos à outra jurisdição [artigo 109, inciso VII, da CF].

Os Tribunais de Justiça terão sua competência fixada pelas Constituições Estaduais. Eles julgarão o *habeas corpus*, por exemplo, quando a autoridade coatora for juiz de primeiro grau de jurisdição. Estes, por sua vez, terão competência nas demais hipóteses, como, por exemplo, quando o coator for Delegado de Polícia.

9 LIMINAR EM *HABEAS CORPUS*

Embora não exista previsão legal acerca da possibilidade da concessão de liminar no processo de *habeas corpus*, a doutrina e a jurisprudência a admitem, desde que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Seria um apego exagerado ao formalismo não se admitir a concessão de liminar em *habeas corpus* apenas porque não há previsão legal, tal qual ocorre com o mandado de segurança. Ademais esta ação tutela o direito de locomoção do homem e não seria justo postergar a análise deste direito até o julgamento do mérito.

Hoje o que se busca é a efetividade da tutela jurisdicional. E o tempo, muitas das vezes, aniquila a efetividade. Por isto, tanto a jurisprudência quanto a doutrina são unânimes no que tange à possibilidade de liminar no processo de *habeas corpus*.

Vicente Grecco Filho (1991, p. 395) ensina que

O processo dispensa formalidades rígidas, de molde a ser, realmente, eficiente e atender a correção da ilegalidade. Não há na lei, de forma expressa, concessão de liminar de *habeas corpus* como existe no mandado de segurança, mas é evidente que, se necessário e com fundamento, poderá ser expedida imediatamente para evitar a consumação da coação ou seu prosseguimento.

10 CONCLUSÃO

A título de considerações finais é oportuno ressaltar a importância do *habeas corpus* na consolidação do respeito ao direito de locomoção do ser humano e também como meio idôneo para fazer cessar as ilegalidades e arbitrariedades, as quais, infelizmente, ainda são bastante comuns em nosso país e no mundo.

Desde os primórdios das civilizações o ser humano luta pelo reconhecimento e pela consolidação de sua liberdade.

Mesmo antes do surgimento do *habeas corpus* a liberdade de locomoção já era protegida. Porém, tratava-se de uma proteção precária que raras vezes conseguia se sobrepor aos arbítrios e ilegalidades.

Kant, ao seu tempo, já via a liberdade do homem como um fundamento natural que determina que o homem deve ser livre para fazer escolhas decorrentes da vontade racional, de forma que ele possa alcançar a ética, pois a liberdade de um indivíduo não pode se sobrepor a de outro indivíduo.

O pensamento de Kant traduz o que o ser humano almeja e pode buscar através do remédio heróico: o respeito à sua liberdade sem que este direito se sobreponha ao direito de seu semelhante.

Felizmente, dispomos de um remédio constitucional para combater a ilegalidade e os abusos de poder no que tange ao cerceamento do direito de liberdade do homem. Porém, lamentavelmente, este direito ainda é muito usado, o que significa que mesmo em um país que se intitula Democrático e de Direito, as ilegalidades e os abusos de poder ao direito de locomoção do homem ainda são comuns e constantes.

REFERÊNCIAS

ABREU, Florêncio de. Comentários ao Código de Processo Penal. V. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 18 jan. 2009^a.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2^a Turma. Habeas corpus 81.489. Relator: Min. Cezar Peluzo, julgamento em 25-9-07, 2^a Turma, DJ de 23-11-07). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1981614>. Acessado em 27 de março de 2012d.

_____. Habeas corpus 90.363. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 31 out. 2009, Plenário, DJ de 30 nov. 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2475846>. Acesso em 15-11-2009c.

_____. 2ª Turma. Habeas corpus 93.917. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 02 jun. 2009, DJE de 1º jul. 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598053a>.

_____. 1ª Turma. Habeas corpus 95.186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26 mai. 2009, DJE de 12 jun. 2009. Disponível em www.stf.jus.br/http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200702786542&pv=000000000000. Acesso em 20-07-2009b

_____. 2ª Turma. Habeas corpus 95.496. Relator: Min. Cezar Peluzo. Julgamento em 10 mar. 2009, DJE de 17 abr. 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2630628>. Acesso em 10-05-2009f.

_____. 2ª Turma. Habeas Corpus 99.369 – AgR. Relator: Min. Cezar Peluzo. Julgamento em 18 ago. 2009, DJE de 16 out. 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2681982>. Acesso em 05-11-2009e.

_____. 2ª Turma. Habeas Corpus 99.439. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em 15 set. 2009, DJE de 6 nov. 2009). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2683647>. Acesso em 29 de novembro de 2009g.

_____. 6ª Turma. Recurso em Habeas corpus RHC 24.933/RJ. Relator: Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP). Julgamento em 03 mar 2009, DJe 16 mar. 2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/Detail.asp?numreg=200802580734&pv=000000000000>>. Acesso em 15 de agosto de 2009h.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Habeas corpus. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

ESPÍNOLA, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1980.

FARIA, Bento de. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Livraria Record, 1960.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Curso de Processo Penal. V. II. Reimpressão. Lisboa: Almedina. 1981.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. V. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Henrique Cahem, 1946.

MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

PACHECO, J.E. de Carvalho. Habeas corpus. Curitiba:Juruá,1983.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. v. I. Campinas: Bookseller, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 1989.

ODERICO, Mário A. Derecho procesal penal. V. I e II. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

PACHECO, José Ernani de Carvalho. Prática, Processo e Jurisprudência – Habeas Corpus. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 1994.

ROSA, Borges da. Comentários ao Código de Processo Penal. 3. ed. Atual. por Angelito A. Aiquel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

RUBIANES. Manual de derecho procesal penal. V. III 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1965.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso em Habeas corpus RHC nº 137.873/3. Relator: Desembargador Luiz Pantaleão. Julgamento em ago 2007, DJe 19 set 2007. Jurisprudência do Tribunal de Justiça. v. 142.

SILVA, Germano Marques da. Curso de processo Penal. V. II. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2010.

SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal. 2. ed. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930.

TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. V. II. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Vol. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1989.