



ALESSANDRO IGNÁSIO D'AMICO

**DAS NORMAS DE APLICAÇÃO DO HABEAS CORPUS NO ANTEPROJETO
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PLS 156/09).**

Porto Alegre

2013



ALESSANDRO IGNÁSIO D'AMICO

**DAS NORMAS DE APLICAÇÃO DO HABEAS CORPUS NO ANTEPROJETO
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PLS 156/09).
ANÁLISE DAS PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES PROPOSTAS.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelo curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2013

ALESSANDRO IGNÁSIO D'AMICO

**DAS NORMAS DE APLICAÇÃO DO HABEAS CORPUS NO ANTEPROJETO
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PLS 156/09).**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelo curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Aprovada em 18 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade
Orientador

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar, dedico este trabalho a Deus, que a este mundo me trouxe e tudo me proveu para chegar até aqui. Dedico a minha família, especialmente aos meus pais que, nos altos e baixos de nossas vidas, nunca me deixaram faltar o amor, o suporte e os recursos necessários, para que me fizesse um homem de bem e dedicado aos estudos e à construção de uma carreira profissional digna. Dedico também a uma criatura muito especial, um grande companheiro, que há mais de quinze anos ingressou no seio de nossa família, que sempre se fez fonte de amor e alegria: o nosso tão querido cão de estimação. Dedico esta conquista como forma de gratidão e como sinal de um futuro promissor e abençoado para a vida de todos nós.

AGRADECIMENTO

Agradeço por todo suporte do estimado professor Mauro Fonseca Andrade, não só na sua figura de orientador, mas também como um apaixonado educador e estudioso do Processo Penal, sem o qual não teria construído meu apreço pela referida disciplina e nem estaria tão atento em fazer esta pesquisa com grande zelo e respeito à qualidade científica e conceitual.

Agradeço aos demais professores da Faculdade de Direito por suas lições pessoais e por apontarem sempre valorosa doutrina nas suas respectivas áreas, auxiliando-me na construção de um conhecimento jurídico sólido. Mesmo que as disciplinas de Processo Civil e Processo Penal possuam relevantes diferenciações, igualmente possuem diversos pontos de encontro. Neste sentido, faço agradecimento aos qualificados professores da área processual com que tive a felicidade de estar em contato, em especial: prof. Dr. Sérgio Wetzel de Mattos e prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin. No que se refere à metodologia, faço menção honrosa aos valorosos ensinamentos dados pelo prof. Dr. Rodrigo Valin de Oliveira.

Agradeço aos servidores e demais funcionários de nossa faculdade que de alguma forma colaboraram para que esta minha jornada no curso de Direito se cumprisse da maneira mais adequada possível.

Agradeço a meus colegas pelo apoio e estímulo que compartilhamos. De forma especial à colega Giovana Dörr Castro, e no que diz respeito especificamente a esta fase de trabalho de conclusão do curso, minha menção vai para os colegas Luciano Mallmann Pereira e Karina Gonçalves Salerno.

RESUMO

Este trabalho tem a finalidade de realizar uma análise e reflexão sobre as novas normas que irão reger o instituto do *habeas corpus* no futuro Código de Processo Penal brasileiro que nascerá das discussões em torno do Projeto de Lei do Senado de nº 156/2009. A alteração mais polêmica feita diz respeito a uma restrição nas hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, após o advento da emenda nº 1 ao projeto, procurando delimitá-lo quase que exclusivamente aos casos de prisão, deixando de fora os casos em que tal remédio constitucional influenciaria na continuidade ou não de inquérito ou ação penal contaminada por vício ou nulidade. No entanto, antes de chegarmos ao PLS 156/09, aprofundaremos nossos conhecimentos sobre a aplicação do *habeas corpus* no Código de Processo Penal vigente, para posteriormente procedermos a uma comparação entre as duas regulamentações. Trata-se de uma pesquisa de caráter exploratório, teórico e doutrinário. Qualquer um que vier a ler a Exposição de Motivos do Anteprojeto no tocante aos recursos constatará que os membros da Comissão justificam tais mudanças no regime de aplicação do *habeas corpus*, focando na celeridade processual, sem se despreocupar com o contraditório e a ampla defesa. Ai está o questionamento-chave deste trabalho: perquirir se esta proposta de nova regulamentação do *habeas corpus* no âmbito processual penal foi eficiente ou não em equilibrar tais princípios. Nossa impressão é de que novamente os legisladores brasileiros não foram eficazes no cumprimento desta tarefa, especialmente em face da restrição de cabimento proposta para o *habeas corpus* que contraria fortemente os ditames da Constituição Federal brasileira.

Palavras-chave:

habeas corpus – processo penal – novo código – PLS 156/09

ABSTRACT

This work aims to conduct an analysis and reflection on the new rules that will command the legal institute of *habeas corpus* in the future Brazilian Code of Criminal Procedure, which shall arise from discussions on the Senate Bill of Law 156 from the year 2009. The most controversial change made says respect to a restriction in the cases of the appropriateness of *habeas corpus*, after the advent of the first amendment to the project, seeking to limit it almost exclusively to cases of imprisonment, leaving out the cases in which this constitutional remedy influence the continuity or not of an investigation or prosecution tainted by addiction or nullity. However, before we get to the Senate Bill of Law 156 from 2009, we will deepen our knowledge on the application of *habeas corpus* in the Criminal Procedure Code in force; later proceeding to a comparison between the two regulations. This is an exploratory research, theoretical and doctrinal. Anyone who comes to read the Explanatory Memorandum to the draft of Law in terms of recourses find that members of the Legislative Commission justify such changes in the regime of application of *habeas corpus*, focusing on speedy trial, but without forgetting the principles of an adversarial process and legal defense. Therein lies the key challenge of this work: to investigate if this proposed new regulation of *habeas corpus* under criminal procedure was effective or not in balancing these principles. Our impression is that again Brazilian legislators were not effective in fulfilling this task, especially considering the proposal of restriction in the appropriateness of the *habeas corpus* that strongly contradicts the dictates of the Brazilian Constitution.

Key-words:

habeas corpus – criminal procedure – new code – Senate Bill of Law 156/09

SUMÁRIO

1 NOÇÕES DE DIREITO CONSTITUCIONAL PERTINENTES AO ESTUDO DO HABEAS CORPUS	11
1.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	12
1.2 OS QUATRO STATUS DE JELLINEK	13
1.3 DIFERENCIAÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	13
1.4 AS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.5 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
1.6 DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
1.7 LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E SEUS LIMITES CONCEITUAIS.....	17
1.8 CONCEITUAÇÃO DE REMÉDIO CONSTITUCIONAL.....	19
2 O HABEAS CORPUS: SEU HISTÓRICO E DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS.....	21
2.1 ORIGENS HISTÓRICAS	21
2.2 A TRAJETÓRIA E CONSOLIDAÇÃO DO HABEAS CORPUS NO BRASIL.....	22
2.3 CONCEITO.....	24
2.4 NATUREZA JURÍDICA	24
2.5 ESPÉCIES.....	25
2.6 PARTES.....	26
2.7 LEGITIMIDADES: ATIVA E PASSIVA.....	26
2.8 DISTINÇÕES: LIBERDADE PROVISÓRIA, RELAXAMENTO DE PRISÃO E HABEAS CORPUS <i>EX OFFICIO</i>	27
3 A APLICAÇÃO E TRAMITAÇÃO DO HABEAS CORPUS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL.....	29
3.1 CASOS DE INADMISSIBILIDADE DO HABEAS CORPUS	29
3.2 CABIMENTO	30
3.3 COMPETÊNCIA	34
3.4 FORMA DE PROPOSIÇÃO DO HABEAS CORPUS.....	36
3.5 PROCESSAMENTO, JULGAMENTO E EFEITOS.	37

3.6 RECURSOS EM FACE DE HABEAS CORPUS	39
3.7 INTERRUÇÃO DE INQUÉRITO, PROCESSO OU TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA. .	39
4 PRINCÍPIOS APLICADOS AO PROCESSO PENAL	41
4.1 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL	42
4.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	45
4.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	47
4.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO OU BILATERALIDADE DA AÇÃO	48
5 O HABEAS CORPUS NO DIREITO COMPARADO	52
5.1 O HABEAS CORPUS E SUA HISTÓRIA NO DIREITO PORTUGUÊS	52
5.1.1 Precedentes do Habeas Corpus em Portugal: da Carta de Seguro e da Segurança Real.....	52
5.1.2 História do Habeas Corpus em Portugal e sua Configuração Contemporânea	55
5.2 O PROCESSO DO HABEAS CORPUS NO DIREITO COMPARADO	58
5.2.1 Noções Gerais e Históricas do Desenvolvimento do Habeas Corpus na América Latina.....	58
5.2.2 O Rito Processual do Habeas Corpus no âmbito do Direito Latino-Americano	61
6 PONTES DE MIRANDA: UMA VISÃO DIFERENCIADA SOBRE O HABEAS CORPUS.....	64
6.1 SOBRE A OBRA HISTÓRIA E PRÁTICA DO HABEAS CORPUS DE PONTES DE MIRANDA	65
6.2 PREFÁCIOS.....	66
6.3 DA LIBERDADE FÍSICA.....	68
6.4 O HABEAS CORPUS NA INGLATERRA DESDE 1215	68
6.5 O HABEAS CORPUS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DE 1773 A 1946.....	76
6.6 HABEAS CORPUS NO BRASIL-IMPÉRIO.....	79
6.7 HABEAS CORPUS NA REPÚBLICA DE 1889-1988	81
7 O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO BRASIL, PROJETO DE LEI N.156 DE 2009, SENADO FEDERAL.	83
7.1 BREVE HISTÓRICO DO PROJETO DE LEI DO SENADO N.156 DE 2009	83
7.2 VISÃO GERAL DO ANTEPROJETO	83

7.2.1	Análise Geral do Projeto	83
7.2.2	Da Organização dos Procedimentos no Projeto de Lei	87
7.2.3	A Regulamentação das Medidas Cautelares	88
7.2.4	As Alterações propostas para os Embargos Infringentes	92
7.2.5	Os Contornos dados a Teoria Geral da Prova pelo Projeto de Lei.....	93
7.2.6	A Identidade Física do Juiz no Novo Código de Processo Penal.....	95
7.2.7	A Implementação do Juiz das Garantias no Sistema Processual Penal	95
7.2.8	Análise sobre a configuração dos Recursos e do Tribunal do Júri no Anteprojeto.	97
7.3	OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS REITORES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	98
7.4	O HABEAS CORPUS NA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO ANTEPROJETO.....	101
8	CRÍTICAS E COMENTÁRIOS DA DOUTRINA FRENTE ÀS NOVAS NORMAS DO HABEAS CORPUS PREVISTAS NO ANTEPROJETO.....	103
8.1	QUADRO COMPARATIVO DO HABEAS CORPUS: CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ANTEPROJETO.....	105
8.2	ANÁLISE COMPARATIVA E O EQUACIONAMENTO DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.	115
8.2.1	Das Disposições Gerais	115
8.2.2	Do Cabimento.....	117
8.2.3	Da Competência	121
8.2.4	Do Procedimento.....	124
8.2.5	Disposições Finais	132
9	ANÁLISE FINAL: SOBRE O EQUILÍBRIO NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NAS NOVAS NORMAS DO HABEAS CORPUS	134

1 NOÇÕES DE DIREITO CONSTITUCIONAL PERTINENTES AO ESTUDO DO HABEAS CORPUS

Antes de adentrar ao *habeas corpus* no âmbito do processo penal, de grande pertinência é retomar algumas importantes noções e conceitos do direito constitucional ligados direta ou indiretamente à liberdade de locomoção e ao *habeas corpus*. Em sendo o foco deste trabalho o *habeas corpus* no processo penal, pontos como a apresentação conceitual desta garantia ou especificação mais precisa das suas hipóteses de cabimento ficarão para parte posterior do trabalho. Não se pode esquecer de que o *habeas corpus* é, em sua essência, assentado sobre os mandamentos da nossa Constituição Federal, não havendo dúvida de que exista espaço para uma pequena abordagem constitucional mais específica.

Prova do que se alega pode ser verificada também pelo que diz Gumesindo Garcia Morelos em artigo sobre o *habeas corpus* no direito comparado¹, aonde registra que, entre os diversos países latino-americanos, ora se opta pelo *habeas corpus* ser regido pelo direito processual penal, ora pelo chamado de direito processual constitucional². Mesmo que o Brasil

¹ MORELOS, Gumesindo Garcia. *El proceso de habeas corpus en el derecho comparado*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México.

² Renata Silva Ferro Soares, versando sobre o tema do Processo Constitucional Brasileiro, cita importantes doutrinadores constitucionalistas para trazer um conceito adequado para este ramo processual: 1) “Enquanto o Direito Constitucional se debruça sobre o estudo da Constituição e, conseqüentemente, sobre as funções e os limites do poder estatal, o processo constitucional garante a realização desse direito material por meio de regras constitutivas de uma cadeia procedimental adequada ao exame e controle das questões jurídico-constitucionais. (CANOTILHO: 1991, p. 1043)”; 2) “Para José Afonso da SILVA, o processo constitucional encontra-se mais próximo do controle de constitucionalidade, sendo instrumento jurisdicional de solução de conflitos derivados da aplicação das normas constitucionais e, portanto, um conjunto de atos destinados a ativar a função da jurisdição constitucional em defesa dos princípios constitucionais, especialmente daqueles que conferem direitos fundamentais contrariados pela autoridade pública. (2003, p. 753 e 759-760)”; 3) “O objeto do Direito Constitucional Processual não se restringe à averiguação da conformidade constitucional do procedimento, mas abrange também ‘as pretensões (...) que se deduzem perante o Tribunal Constitucional, solicitando um juízo de legitimidade constitucional relativamente a determinados actos normativos’. (CANOTILHO: 1991, p. 1044)”; 4) “De acordo com GONTIJO, o Direito Constitucional Processual tem sua origem vinculada às funções de poder, podendo caminhar para: (a) debates de um projeto de lei cuja aprovação, sanção presidencial e promulgação podem ser questionadas no âmbito jurisdicional; (b) a possibilidade de requisição de direito fundamental em um processo administrativo que pode ser levado ao Poder Judiciário ou, ainda, para (c) a requisição direta ao Poder Judiciário quando o direito fundamental, cujo conteúdo essencial se encontre em norma de eficácia plena ou

tenha feito a primeira opção, não há de se desmerecer a sua dimensão mais fundamental. É correto que o direito divide-se em ramos, para fins práticos e de estudos; no entanto, ao final, ele resulta uno e interconectado em suas diversas áreas, desenvolvendo-se num grande sistema.

1.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Se o *habeas corpus* é remédio constitucional que visa proteger um direito fundamental, como se faz o direito à liberdade de locomoção, assegurado sobretudo na Constituição Federal, nada mais adequado do que buscar a sua correta compreensão pelo direito constitucional brasileiro. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³ registram que a Constituição Federal de 1988 (CF88), em seu Título II, trata dos Direitos e Garantias Fundamentais em cinco capítulos, que abrangem do artigo (art.) 5º ao 17º. Ensinam que os direitos fundamentais agrupam-se em: Direitos Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Direitos de Nacionalidade, Direitos Políticos e direitos relativos à participação em partidos políticos e à existência e organização destes últimos. Relatam que os primeiros direitos fundamentais tiveram seu nascimento⁴ ligado à necessidade de impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado ou às autoridades por ele estabelecidas. Concluem que tais direitos surgiram como uma forma de proteção da liberdade do indivíduo diante da ingerência abusiva do poder estatal.

Por essa razão, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino destacam que tais direitos exigem uma abstenção, um não fazer do Estado, em respeito à liberdade individual – deste modo, sendo denominados na doutrina como direitos negativos, liberdades negativas ou direitos de defesa. Enfatizam que os direitos fundamentais surgiram como normas que objetivavam restringir a atuação do Estado, exigindo do mesmo um comportamento omissivo ou abstenção em favor da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio da autonomia individual frente aos atos estatais.

contida, possa ser concedido pela prestação jurisdicional mediante a interpretação de tais preceitos, de modo que o devido processo constitucional torna-se uma garantia contra decisões inconstitucionais mediante a previsão de determinados procedimentos constitucionais, os quais, a priori, cumprem uma exigência fundamental do princípio do Estado Constitucional de Direito. (2007, p. 4)". SOARES, Renata Silva Ferro. A construção do processo constitucional brasileiro: uma visão crítica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3617, 27 mai. 2013.

³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2010. p. 35.

⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. loc.cit.

1.2 OS QUATRO STATUS DE JELLINEK

Objetivando auxiliar o leitor na compreensão do conteúdo e alcance destes direitos fundamentais, considerando a função por eles desempenhada, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁵ apresentam doutrina desenvolvida pelo jurista alemão Georg Jellinek no final do século XIX, correspondendo cada um dos *status* a uma possível forma de posicionamento do indivíduo diante do Estado. Os quatro *status* denominam-se: o *status* passivo, o *status* negativo, o *status* positivo e o *status* ativo.

O passivo ocorre quando o indivíduo está em posição de subordinação ao poder público, sendo detentor de deveres perante o Estado, podendo o mesmo obrigá-lo mediante mandamentos e proibições. O *status* negativo é o que mais interessa para esta pesquisa, pois a ele corresponde a situação em que se encontra o paciente de um *habeas corpus* que quer ver protegido seu Direito Fundamental à liberdade de locomoção. Em tal modalidade de *status*, reconhece-se o indivíduo como portador de uma personalidade, tendo o direito de desfrutar de um espaço de liberdade com relação às ingerências estatais. Ou seja, surge a necessidade de que o Estado não interfira na autodeterminação do indivíduo, que tem direito a gozar de algum espaço de ação desvinculado da ingerência dos poderes públicos. Já o *status* positivo diz sobre as situações em que o cidadão tem o direito de exigir do Estado que atue em seu favor, realizando prestações, ofertando serviços ou bens. Por último, Jellinek aponta o *status* ativo, correspondente às hipóteses em que o indivíduo torna-se competente para influenciar na formação da vontade estatal, a exemplo do que ocorre quando no exercício dos seus direitos políticos, manifestados, de forma especial, através do voto.

1.3 DIFERENCIAÇÃO CONCEITUAL ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Esta é uma distinção importante e sublinhada por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino em tópico específico⁶. Conceitos que não raramente são confundidos em nossos trabalhos e colocações jurídicas. Para uma compreensão mais apurada do que significa o *habeas corpus* faz-se imprescindível registrar esta diferenciação. Pois bem, os autores ensinam que os direitos fundamentais são bens em si mesmo considerados como previstos na

⁵ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2010. p. 36.

⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. loc.cit.

Constituição Federal. Já as garantias fundamentais, igualmente previstas e asseguradas em nossa Carta *Magna*, seriam os instrumentos para a proteção dos direitos fundamentais. Consta-se, então, que o *habeas corpus* é um instrumento, uma garantia fundamental que visa assegurar um direito fundamental individual, o de liberdade de locomoção.

1.4 AS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se a liberdade de locomoção é um direito fundamental, como já enunciado diversas vezes, para avaliar se um determinado instrumento e sua regulamentação desempenham o papel de protegê-lo de forma adequada, deve-se conhecer primeiramente as características gerais⁷ de tal classe de direitos. Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino enumeram a característica da imprescritibilidade, a qual prenuncia de que os direitos fundamentais não desaparecerão pelo decurso do tempo. Posteriormente, anunciam a inalienabilidade, prescrevendo de que os direitos fundamentais de um indivíduo não podem ser transferidos a outro. Assemelhada a esta última característica, apresentam-nos a irrenunciabilidade, asseverando que, em regra, um direito fundamental não pode ser alvo de renúncia. Importante também é o fato de serem direitos dotados de inviolabilidade, determinando-se que não há possibilidade de disposições infraconstitucionais ou de atos de autoridades públicas recusarem a sua observância.

Na seqüência, apontam a característica da efetividade, impondo o mandamento de que a atuação do poder público deve ter como objetivo garantir a efetivação de tais direitos. Em penúltimo, encontra-se a característica da interdependência, observando que as várias previsões constitucionais, apesar de sua autonomia, possuem diversas interligações para atingirem suas finalidades, a título de exemplo: a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*. Por último, Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino falam da complementaridade, que recomenda a interpretação dos direitos, não de forma isolada, mas de forma conjunta. Todavia os juristas não encerram este tópico antes de frisar, que, em atendimento a tais características, as ações que visem a reparar a violação aos direitos humanos ou fundamentais também deverão ser imprescritíveis. Assim como, destacam que os direitos fundamentais seriam normas abertas, defendendo o princípio da não tipicidade dos

⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2010. p. 37.

direitos fundamentais, o que permite sempre a inserção de novos direitos, mesmo aqueles não previstos pelos legisladores a época da elaboração da Constituição da República.

1.5 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A liberdade de locomoção é direito fundamental de primeira geração que com o *habeas corpus* almeja-se proteger. Diante da opção feita pela doutrina constitucional brasileira de programar tal forma de fracionamento dos direitos fundamentais, pertinente conhecer quais os parâmetros utilizados, já que estes revelarão características importantes para compreensão e bom atendimento dos direitos fundamentais. Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino⁸ explicam que os direitos fundamentais são usualmente divididos em gerações ou dimensões, tomando-se em consideração o momento de seu surgimento e reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais.

Aqueles de primeira geração identificam-se com as liberdades negativas clássicas, que realçam o princípio da liberdade. Corresponderiam aos direitos civis e políticos. O advento de tais direitos fundamentais, ao final do século XVIII, representaria uma resposta do Estado Liberal ao Estado Absoluto, florescendo de forma predominante durante o transcorrer do século XIX, sendo que os direitos de segunda geração só começariam a surgir no século XX. Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino apontam como exemplos de direitos da primeira geração: o direito à vida, à propriedade, à participação política, entre outros. As liberdades de forma amplamente ditas, a exemplo da liberdade de expressão ou a de locomoção, são de destaque nesse grupo. Não se poderia encerrar a apresentação desta primeira geração sem ressaltar que o que ela demanda é uma postura de abstenção do Estado nos casos em que injusta, ilegal ou indevidamente acabe por prejudicar o indivíduo nestes seus direitos fundamentais. Percebe-se, então, que esta dimensão tem correspondência direta com o conceito de *status* negativo proposto por Jellinek, conforme visto em tópico anterior deste trabalho – como o indivíduo não pode (negativo) exigir do Estado, cabe a este encontrar formas de regular-se ou ser regulado para que não ultrapasse os limites permitidos para sua atuação. Bem delineada a primeira geração, se verificará o que os professores lecionam sobre a segunda e terceira gerações.

⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2010. p. 37-38.

Os direitos pertencentes à segunda geração têm identidade com as liberdades positivas, concretas ou reais, acentuando o princípio da igualdade entre os homens, especialmente no sentido da igualdade material. Aglutinam os direitos de participação, realizados através da implementação de políticas e serviços públicos, cobrando do Estado prestações sociais, como saúde, habitação, educação, previdência social, entre outras. Os autores sublinham que se trata de direitos positivos, direitos do bem-estar, liberdades positivas ou direitos dos desamparados. São frutos da mudança do modelo de Estado Liberal para o Democrático-Social, aonde se exige que o Estado atue cada vez mais frente às necessidades da população, especialmente para socorrer aquela parcela mais desfavorecida. De outra forma, configuram-se naquelas situações que Jellinek chama de *status* positivo do indivíduo, em que o mesmo está plenamente apto a cobrar prestações devidas pelos poderes públicos, visando ao seu bem-estar social ou individual.

Por último, e não menos importantes, aparecem os direitos fundamentais de terceira geração, consagradores dos princípios da solidariedade e da fraternidade. Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino os definem como aqueles genericamente atribuídos a todas as formações sociais, buscando a proteção dos interesses de titularidade coletiva ou difusa. Citam como exemplos: o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao progresso, entre outros – destaca-se aqui o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado também. Ressaltam que esta terceira geração visa a proteger todo o gênero humano, representando uma nova e relevante preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras. Com já afirmado anteriormente, expressam as idéias de fraternidade e solidariedade entre os diferentes povos, nações e Estados soberanos.

Nas diversas obras consultadas, não raramente seus autores deixam de registrar como esta classificação encontra-se imbuída da influência dos ideais da Revolução Francesa, que tem como destaque os princípios da Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Mesmo que nem sempre essas três últimas concepções tenham sentidos exatamente iguais aos que receberam no âmbito da Revolução Burguesa propriamente dita. Assim como os autores não nos deixam esquecer de que os Direitos Humanos ganham impulso neste mesmo período histórico, especialmente com a Declaração dos Direitos do Homem. E não há dúvida de que entre os direitos fundamentais estão os Direitos Humanos mais básicos, como o são o direito à vida ou à liberdade – e a liberdade de locomoção, sem dúvida, aparece igualmente neste rol.

1.6 DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Parece tarefa óbvia apontar quem são os destinatários dos direitos e garantias fundamentais, mas existe um número pequeno e não menos importante de situações em que dúvidas emergem. Assim considerado, sem o temor de repetição, lembrar que o *habeas corpus* é garantia fundamental, e delimitar a quem ele pode ser destinado, auxilia a compreender quais são suas hipóteses de cabimento e quem são seus verdadeiros protegidos. Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino⁹ relatam que os direitos fundamentais nasceram tendo como titulares as pessoas naturais, já que, originariamente, representam limitações impostas ao poder estatal a favor dos indivíduos.

Entretanto, ressaltam que, com o transcorrer dos tempos, os sistemas constitucionais passaram a reconhecer alguns direitos fundamentais também às pessoas jurídicas. Destacam ainda que, modernamente, as Constituições passaram a assegurar direitos fundamentais as próprias pessoas estatais, ou seja, o próprio Estado passou a titularizar direitos fundamentais. Importante registrar tudo isso, pois, quando se pensa nestes direitos, o foco imediato e permanente é usualmente nos indivíduos – o que não ocorre de modo diverso quando se trata do *habeas corpus* – esquecendo-se das outras figuras que agora também lhes são destinatárias. Os referidos professores vão mais além, lembrando de que os direitos fundamentais não atendem exclusivamente a estas figuras de forma isolada. Em diversos casos são direitos que devem ser usufruídos por todos ou às vezes só por determinadas classes ou grupos de indivíduos.

1.7 LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E SEUS LIMITES CONCEITUAIS

Falar em *habeas corpus*, é falar em liberdade de locomoção. Mas o que quer dizer exatamente a liberdade de locomoção que nossa Carta *Magna* deseja proteger com tal garantia? Indispensável definir os contornos deste direito de liberdade para que se tenha uma utilização adequada e efetiva deste instrumento que é o *habeas corpus*. Na busca por esclarecimentos, teve-se a felicidade de contar com o auxílio do respeitado constitucionalista José Afonso da Silva.

⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2010. p. 39.

Entre os Direitos Fundamentais, o jurista identifica a Liberdade da Pessoa Física¹⁰, que segundo o autor é indevidamente chamada de liberdade individual, já que toda a liberdade assim o é. Afirma que é a primeira forma de liberdade que o homem teve que conquistar para opor-se aos casos de escravidão ou de prisões abusivas. José Afonso da Silva vai definir a liberdade da pessoa física como a possibilidade jurídica reconhecida a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de se locomoverem sem embaraços dentro do território nacional. Perceba-se que no conceito está inclusive inserida uma delimitação espacial, fazendo-se menos ampla do que muitas vezes imaginamos que ela seja. Porém, o constitucionalista ressalva que tal liberdade abrange inclusive a possibilidade de entrar e sair do território nacional.

José Afonso da Silva ensina que os franceses indicam como conteúdos dessa liberdade, três prerrogativas: liberdade de ir e vir, segurança individual e liberdade de intimidade. A liberdade da pessoa física se revelaria apenas na liberdade de locomoção e na liberdade de circulação, não sendo esta nada mais que uma manifestação especializada da primeira. O autor não menospreza a questão da segurança, mas não a toma como forma de liberdade da pessoa física em si, mas como meio de que tais liberdades possam tornar-se efetivas. A liberdade de locomoção¹¹ é o primeiro componente da liberdade da pessoa física comentada por José Afonso da Silva. Afirma o jurista de que ela é o cerne do direito de liberdade da pessoa física. Registra que nossa Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso (inc.) XV, declara livre a locomoção em território nacional em tempo de paz, podendo qualquer um, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou sair com seus bens.

Entende que decorrem duas situações desse enunciado: a primeira é a liberdade de locomoção dentro do território nacional, e a segunda é a liberdade de a pessoa entrar no território pátrio, nele permanecer ou sair carregando ou não seus bens. Parece que o *habeas corpus*, em grande parte das suas hipóteses de cabimento, refere-se sobre tudo à primeira situação, a de liberdade de locomoção dentro do território nacional, não servindo tanto para atingir de forma mais direta a questão de entrada e saída do país. A liberdade de locomoção, prossegue José Afonso da Silva, constitui-se do direito de ir e vir (inclui aqui também o de viajar ou migrar) e o de ficar ou permanecer.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS, 2005. p. 236.

¹¹ *Ibidem*, p. 237-239.

A liberdade de circulação¹² é o segundo componente da liberdade da pessoa física enumerado pelo constitucionalista. Definindo-a como uma manifestação típica da liberdade de locomoção, traduzindo-se nos direitos de: ir e vir, ficar, parar e estacionar. O direito de circulação de forma mais exata, para o autor, consistiria na faculdade dada a uma pessoa de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público. Não há dúvidas de que o *habeas corpus* também busca assegurar tal liberdade a um indivíduo. Como já antes mencionado, José Afonso da Silva não desmerece outro componente indicado na doutrina francesa, a questão da segurança pessoal¹³. Embora compreenda nela uma posição secundária, defende que a liberdade da pessoa física, para ser efetiva, necessita de garantias contra a prisão, a detenção e a penalização arbitrárias, mediante mecanismos que em conjunto podem ser denominados de direito de segurança. Pode-se subentender que a ação de *habeas corpus* seria um desses mecanismos.

Apresentadas todas essas noções e conceitos, coloca-se a seguinte questão: o remédio constitucional tratado nesta pesquisa na verdade protege só a liberdade de locomoção em sentido estrito ou ele na verdade quer abarcar igualmente a liberdade de circulação, abrangendo a liberdade da pessoa física no seu todo? Numa análise mais cuidadosa, nossa tendência seria de dizer que talvez seu direcionamento seja dado à liberdade da pessoa física no seu sentido amplo – quem sabe, tenha sido essa a intenção do legislador constituinte.

1.8 CONCEITUAÇÃO DE REMÉDIO CONSTITUCIONAL

Remédio constitucional é expressão utilizada no tópico anterior e que se repetirá nas partes subseqüentes deste trabalho, como um dos sinônimos para a ação de *habeas corpus*. Pois bem, trata-se de uma expressão que até pouco carecia de uma definição mais precisa; outro problema que José Afonso da Silva ajudará a solucionar. Ensina o jurista que a Constituição Federal a coloca entre as garantia individuais: o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o direito de petição, o *habeas data* e a ação popular.

¹² *Ibidem*, p. 239-240.

¹³ *Ibidem*, p. 240.

José Afonso da Silva¹⁴ registra que, por força da doutrina e da jurisprudência, tais garantias adquiriram o nome de remédios dos direitos constitucionais ou remédios constitucionais. Seriam remédios, no sentido de consubstanciarem meios postos aos indivíduos ou cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, com o objetivo de sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder que ataquem direitos e interesses individuais. Observa o estudioso que diversos desses remédios revelam meios de provocar a atividade jurisdicional, daí porque também serão portadores de uma natureza de ação, de ações constitucionais.

Falando de sinônimos a serem utilizados para o *habeas corpus*, importante destacar que, como leciona Alexandre de Moraes¹⁵, a expressão *writ*, herdada do direito anglo-saxão, é na realidade mais amplo, significando em linguagem jurídica, mandado ou ordem a ser cumprida. Fazendo uma breve reflexão, percebe-se que o termo *writ* não é um sinônimo direto para uma ação ou garantia constitucional, mas sim para do que dela poderá resultar, como é uma ordem judicial para libertar uma pessoa ilegalmente presa, se acatado favoravelmente o pedido de *habeas corpus* em uma situação dessas.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS, 2005. p. 442.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. atual. com a EC. n.º 39/02. São Paulo: Atlas, 2003. p. 138.

2 O HABEAS CORPUS: SEU HISTÓRICO E DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS.

2.1 ORIGENS HISTÓRICAS

Ensina Fernando Capez¹⁶ que o *habeas corpus* teria sua origem mais remota no Direito Romano, onde qualquer cidadão poderia pedir que um homem ilegalmente detido fosse exibido através de uma ação denominada *interdictum de libero homine exhibendo*. Doutrinariamente aponta-se que de forma mais consensual sua origem efetiva estaria no Capítulo XXIX da Magna Carta de 1215, outorgada pelo Rei João Sem Terra. Prescrevia o artigo 48 da referida Carta que: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento por seus pares, de acordo com as leis do país”.

Entretanto com o advento do reinado de Carlos I, que desejava governar sem leis e sem nobreza, os ingleses tiveram de reiniciar suas lutas pela liberdade. Carlos I, repudiado por seu autoritarismo e arbitrariedade, impôs um imposto geral e sistemático, conhecido por *ship money*, o que teria desencadeado uma forte reação da nobreza, sendo repelida com violência e prisões ilegais. O autor explica que tal situação teria perdurado até que um movimento de oposição determinou o surgimento do *Petition of Rights*, ou Petição de Direitos.

Tal documento tratava-se de uma declaração formal escrita por Thomas Wentworth, onde se buscava reafirmar as liberdades públicas fundamentais e o respeito às leis do *habeas corpus*. Em consequência disso, Carlos I viu-se forçado a dar seu consentimento expresso à referida Petição, o que aconteceu concretamente no ano de 1628. Porém, ressalta o autor que, mesmo após a Petição de Direitos, as demandas de *habeas corpus* continuaram a ser sistematicamente denegadas ou desobedecidas. Logo, não se cessaram as reivindicações

¹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 825-826.

libertárias, sendo que em 1679, sob o governo de Carlos II, surge o *Habeas Corpus Act*, consagrando o *writ of habeas corpus*, como a ação mais eficaz para libertar uma pessoa ilegalmente presa ou detida. Por meio do *writ* criado, uma pessoa que estivesse sofrendo restrição a sua liberdade poderia solicitar a um julgador a expedição de uma ordem, com o objetivo de que o responsável pela coação ilegal se apresentasse e justificasse a legitimidade do encarceramento. Observa o professor que, entretanto, as hipóteses do cabimento do *writ* limitavam-se apenas a tutelar pessoa acusada de crime propriamente dito, não havendo sua aplicação para outros tipos de prisões ilegais.

Fernando Capez explica que a Constituição dos Estados Unidos da América de 1778 tivera como base as leis inglesas, desde a Magna Carta até o *Habeas Corpus Act*. Nessa Constituição de 1778 existiu referência expressa ao *habeas corpus* no artigo I da Seção 9, prevendo ressalvas a sua aplicação: somente poderia ser suspensa para garantir a segurança pública, em casos de rebelião interna ou invasão. Avançando no tempo, ter-se-á em 1789 a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que também dará amplo suporte às liberdades fundamentais do Homem. Por último, o autor nos falará que em 1816 ocorreria o advento de um novo *Habeas Corpus Act*, ampliando os efeitos de seu antecessor, pois passou alcançar qualquer ofensa à liberdade dos indivíduos, ainda que não acusados de qualquer crime. Encerra sua lição, então, destacando que o hoje o instituto está plenamente difundido por todo o mundo.

2.2 A TRAJETÓRIA E CONSOLIDAÇÃO DO HABEAS CORPUS NO BRASIL

Fernando Capez¹⁷ destaca que o remédio apareceu expressamente pela primeira vez em nossa legislação com o advento do Código de Processo Criminal de 1832. Dizia o art. 340 da mencionada Codificação: “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”. Observa que, segundo Pontes de Miranda, o *habeas corpus* já constaria implicitamente no direito brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824, cujo art. 179, §8º prescrevia: “Ninguém será preso, sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro do prazo de 24 horas, contados da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz, e, nos lugares remotos, dentro de

¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 826-828.

um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as”.

Como se pode perceber, a primeira forma conhecida foi a do *habeas corpus* liberatório, aquele que visa cessar um constrangimento à liberdade de locomoção. Explica o estudioso que somente com as alterações normativas advindas do Código de Processo Criminal de 1832, o *writ* pode ser estendido aos casos em que um indivíduo estava apenas ameaçado na sua liberdade de ir e vir, consagrando-se, assim, o que se conhece por *habeas corpus* na sua forma preventiva. Ainda em tempos anteriores da história brasileira, pode-se destacar o surgimento da Lei 2.033 de 1871, cujo art. 18, §8º preceituava: “Não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de *habeas corpus*, nos casos em que esta tem lugar”. Enfatiza o autor que o estrangeiro só tinha direito de impetrar a ação a seu favor, enquanto um brasileiro poderia fazê-lo para si ou para outrem. Continuando no século XIX, deve-se fazer menção ainda à Constituição Republicana de 1891, aonde Fernando Capez destaca que pela primeira vez aparecerá o remédio em um dispositivo constitucional, mais especificamente no art. 72, §22: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Será em torno desse dispositivo que surgirá a famosa polêmica entre Pedro Lessa e Ruy Barbosa. Lessa defendia que o instituto se restringia à defesa da liberdade de locomoção, enquanto Ruy Barbosa, pelo silêncio da Constituição em sentido não restritivo, sustentava que o *Habeas corpus* poderia ser utilizado para defesa de qualquer direito. O jurista aqui referendado vai ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, na época, acaba consagrando a interpretação ampliativa proposta por Ruy Barbosa.

A polêmica mencionada no parágrafo anterior terá seu fim após a Reforma Constitucional de 1926, que modificou a redação do art. 72, §22, restringindo seu uso: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção.” Fernando Capez comenta que na Constituição de 1934 a expressão locomoção é novamente suprimida, pois seu art. 113, inc. XXIII falava de violação ou coação em sua liberdade de forma genérica. Antes que novas discussões surgissem, a mesma Lei já previu no inc. XXXIII, do mesmo artigo citado anteriormente, o instituto do Mandado de Segurança, com finalidade residual. Já nossa

Constituição de 1946, no seu art. 141, inc. XXIII, manteve o *habeas corpus* restrito à defesa da liberdade de ir e vir.

Seguindo o histórico do *writ* em nossas Constituições, menciona o autor que a Carta Constitucional de 1967 também tratou o remédio no seu art. 150, §20; da mesma forma o fez a Emenda Constitucional de 1969, no seu art. 153, §20. Esclarece o professor que, nesses dois últimos casos, as hipóteses de cabimento eram restritas a defender a liberdade de locomoção. Finalmente, Fernando Capez chega à nossa Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, aonde o *habeas corpus* aparece estabelecido e consagrado, na sua variante restritiva de defesa do direito de liberdade de locomoção, conforme se pode visualizar na redação do inc. LXVIII, do art. 5º .

2.3 CONCEITO

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto¹⁸ vão dizer que se trata de um remédio constitucional para defender a liberdade de locomoção do indivíduo; protegendo, assim, o direito de ir, vir, ficar ou voltar. Fernando Capez define o *habeas corpus* como o remédio judicial que objetiva evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção proveniente de ilegalidade ou abuso de poder. Nestor Távora e Rosmar Antonni, por seu turno, tomam emprestada a definição de Dirley da Cunha Júnior que compreende o *writ* como uma ação constitucional de natureza penal que pretende especificamente proteger a liberdade de locomoção quando for esta ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso de poder.

2.4 NATUREZA JURÍDICA

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto observam que, a despeito do atual CPP prever em capítulo que trata dos Recursos em Geral, há consenso doutrinário de que o *habeas corpus* não possui natureza recursal, pois recurso pressupõe uma decisão recorrível. Além disso, comentam os juristas que um *habeas corpus* pode ser utilizado até em face de decisões que já transitaram em julgado. Reiteram que o recurso pressupõe uma decisão judicial, porém, o remédio constitucional em pauta é cabível inclusive contra ato de

¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal, Doutrina e Prática*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 258.

autoridade administrativa (ex: Delegado de Polícia) ou de um particular. Concluem, então, que o *habeas corpus* possuiria natureza de ação popular autônoma, de caráter constitucional. Explicam que é autônoma, pois começa uma nova relação processual; popular, pois qualquer pessoa pode impetrá-la; e constitucional, pois prevista na própria Constituição.

Já o professor Fernando Capez¹⁹ afirma ser uma ação penal popular com assento constitucional, dirigida à defesa da liberdade de locomoção, sempre que ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 648 do Código Processual Penal vigente. Para o estudioso, os incs. II, III, IV e V configurariam a função de uma verdadeira ação penal cautelar. Os incs. VI e VII, por outro lado, funcionariam como uma ação rescisória, de caráter constitutivo negativo, se tratar de decisão já transitada em julgado; ou como ação declaratória, caso o processo estiver em andamento. Por último, anota que no caso do inc. I poderá existir natureza de ação declaratória ou constitutiva, conforme as circunstâncias.

2.5 ESPÉCIES

Apropriando-se dos ensinamentos de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto²⁰, pode-se de antemão apontar as duas espécies amplamente reconhecidas pela Doutrina: o *habeas corpus* liberatório ou repressivo e o *habeas corpus* preventivo. É preventivo quando o constrangimento está prestes a acontecer, sendo expedido um salvo conduto, uma ordem determinando que o indivíduo possa se locomover livremente. Por outro lado, será liberatório, se o constrangimento já estiver consumado, sendo que a ordem judicial nesse caso consistirá em um alvará de soltura, como bem lembram Nestor Távora e Rosmar Antonni²¹.

Esses mesmos autores, na verdade, admitem três espécies²²: o preventivo, o repressivo ou liberatório, além de uma espécie diferenciada que nomeiam de suspensivo. O suspensivo enquadrar-se-ia naqueles casos em que já ocorreria o constrangimento ilegal, mas o indivíduo ainda não se encontra preso. Nessas situações, o que se expede é um contramandado de prisão. É dos dois estudiosos aqui referidos o destaque para o fato de se admitir a

¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 828.

²⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal, Doutrina e Prática*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 259.

²¹ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2009. p. 907.

²² *Ibidem*, p. 899.

fungibilidade entre o *habeas corpus* preventivo e repressivo, não sendo necessário desistir de um *habeas corpus* preventivo, caso a ameaça concretize-se, para que se consiga obter a medida em sentido repressivo.

2.6 PARTES

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto²³ fizeram bem em sua obra ao destacarem quais seriam as partes identificáveis no *habeas corpus*. Apontam primeiro para a figura do impetrante, aquele que ingressa com a ação. Em segundo, citam o impetrado, aquele que pratica a coação ou ameaça de constrangimento. E em terceiro e último lugar, indicam a figura do paciente, aquele que sofre ou está ameaçado de sofrer coação.

2.7 LEGITIMIDADES: ATIVA E PASSIVA

Fernando Capez²⁴ informa que qualquer pessoa poderá impetrar (legitimidade ativa) um *habeas corpus*, independente de habilitação legal ou de representação de advogado. Um analfabeto também poderá fazê-lo, com a condição de que alguém assine a seu rogo, conforme determina o art. 654, §1º, alínea c do Código de Processo Penal em vigor. O Promotor de Justiça poderá fazer da mesma forma, nos moldes previstos no art. 32, inc. I da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – a Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Pessoa Jurídica também está autorizada a fazê-lo, apenas em favor de uma pessoa física. Por último, comenta sobre o juiz de direito, que não poderá fazê-lo, considerando-se a inércia da jurisdição; situação que se repete quanto aos delegados de polícia – estes últimos, no entanto, poderão fazê-lo enquanto simples cidadãos.

Ainda no tocante à legitimidade ativa, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto²⁵ destacam bem que não existe a necessidade que o pedido seja subscrito por advogado, conforme prevê o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados, a Lei 8.906 de 1994. Reiteram que o pedido não se exige qualquer espécie de rigor formal, todavia, alertam que não será aceito *habeas corpus* sem assinatura de um impetrante.

²³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal, Doutrina e Prática*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 259.

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 828-829.

²⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal, Doutrina e Prática*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 260.

Tratando-se da legitimidade passiva, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto²⁶ ensinam que é o mesmo que definir contra quem pode ser impetrado, inclusive podendo ser um particular, como já está pacificado pela doutrina. O mais comum, entretanto, é de que seja uma autoridade pública, a exemplo de um delegado de polícia. Ressalvam os autores, que se o delegado cometer o ato ilícito em função de requisição de um juiz ou promotor de justiça, estas serão as verdadeiras autoridades coatoras. Fernando Capez²⁷, por sua vez, traz relevante informação sobre a matéria, ao recordar que existem duas correntes opostas sobre a possibilidade de pessoa jurídica figurar como impetrado: uma a favor e outra desfavorável.

Nestor Távora e Rosmar Antonni²⁸ contribuem com o tema, ressaltando que a legitimidade ativa é ampla, conforme se depreende da redação do próprio caput do art. 654 do Código de Processo Penal: “o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”. Os mesmos professores irão sublinhar que o *habeas corpus* pode ser concedido *ex officio*, ou seja, o tribunal ou juiz poderá fazê-lo, mesmo sem requisição prévia.

2.8 DISTINÇÕES: LIBERDADE PROVISÓRIA, RELAXAMENTO DE PRISÃO E HABEAS CORPUS *EX OFFICIO*.

Igualmente interessante a diferenciação conceitual encontrada na obra de Nestor Távora e Rosmar Antonni²⁹, tendo em vista a forte semelhança que há entre as três situações, especialmente no que se refere ao seu caráter liberatório. Um tribunal ou juiz, de acordo com o §2º do art. 654 do Código Processual Penal, poderá expedir de ofício um *habeas corpus*, sempre que verificar que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. Destacam, então, os autores, que se trata aí de uma medida de relaxamento de prisão, visto que é aplicável sempre que existir alguém preso ilegalmente.

As diferenças começam pelo fato de o *habeas corpus ex officio* ser mais abrangente, pois protege contra a coação consumada, quanto contra ameaça iminente. O relaxamento de prisão propriamente dito, a seu turno, pode se dar a pedido ou *ex officio*, visando combater uma

²⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *loc. cit.*.

²⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 829.

²⁸ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2009. p. 903.

²⁹ *Ibidem*, p. 909.

prisão ilegal ou a manutenção de uma prisão a partir do momento em que se tenha tornado incabível. Rosmar Antonni e Nestor Távora aproveitam o ensejo para trazer lição valorosa de Eugênio Pacelli de Oliveira, explicando que a expressão relaxamento significaria uma forma de controle de legalidade de uma prisão, independentemente de sua modalidade, não sendo exclusivamente aplicado aos casos de prisão em flagrante. Retornando aos dois professores, irão registrar que o relaxamento de prisão tem ampla admissibilidade, funcionando como instituto de controle para fazer cessar uma ilegalidade, manifestando-se inclusive na concessão de ofício de um *habeas corpus*.

Já, a liberdade provisória, ao contrário das duas situações anteriores, pressupõe prisão legal. Nela, o infrator é posto em liberdade para responder ao processo penal. Isso só será possível se existir previsão legal na sistemática de nosso Código de Processo Penal. O mesmo Código regula tal instituto no seu art. 310, parágrafo único, prescrevendo que o juiz concederá liberdade provisória ao réu, com ou sem fiança, desde que o infrator comprometa-se a comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação, quando não se configurar alguma das hipóteses de prisão preventiva.

3 A APLICAÇÃO E TRAMITAÇÃO DO HABEAS CORPUS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL.

3.1 CASOS DE INADMISSIBILIDADE DO HABEAS CORPUS

Fernando Capez³⁰ inicia sua lição apontando que é inadmissível a impetração de *habeas corpus* durante o estado de sítio, conforme ditames dos arts. 138, caput e 139, incisos I e II de nossa Constituição Federal. Todavia, esclarece que esta restrição temporária não se aplicará se a coação tiver emanado de autoridade incompetente, ou em desacordo com prescrições legais.

Destaca também que, nos casos de transgressão disciplinar, não se admitirá a impetração se for um caso de punição militar, em consonância com ditames do art. 142, §2º da Constituição brasileira.

Assim como, tão pouco caberá das decisões que imputarem a pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública, em sintonia com o enunciado pela Súmula 694 do Supremo Tribunal Federal (STF). Trazendo ainda outras situações de inadmissibilidade, o professor Fernando Capez anuncia a regra geral de que não será cabível o *writ*, se não houver atentado contra a liberdade de locomoção. Na seqüência apresenta o que dispõe a Súmula 395 do STF, vedando a possibilidade de utilização do remédio para eximir o paciente de pagamento de custas processuais. Destaca a Súmula 695, também da Corte Suprema brasileira, que anuncia o descabimento do *habeas corpus* nos casos em que já estiver extinta a pena privativa de liberdade. O mesmo ocorrerá, nas situações em que se queira atacar a dosimetria da pena de multa, já que, pela Lei n. 9.268 de 1996, não existe mais a possibilidade da multa ser convertida em prisão.

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 829-830.

Disposição semelhante à anterior está na Súmula 693 do STF, que diz ser incabível o remédio contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativa a processo em curso por infração penal cuja pena pecuniária seja a única aplicável. Por último, o autor enuncia o conteúdo da Súmula 692, também oriunda do Supremo Tribunal Federal, que diz ser irreconhecível o Habeas Corpus contra omissão de relator extradição, caso seja fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos e nem se provocou a respeito.

3.2 CABIMENTO

Eis uma das partes mais extensas deste texto dissertativo, versar sobre as hipóteses de cabimento do remédio constitucional na seara do Processo Penal. Iniciar-se-á desta vez pelo que sublinham Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto³¹, acrescentando posteriormente contribuições complementares dos demais autores aqui abordados. Para fins didáticos será seguida mais ou menos a mesma subdivisão proposta por estes dois autores. Registre-se que em nosso Código Processual as principais hipóteses de cabimento concentram-se no seu artigo 648 e incisos.

a) Inciso I: Ausência de Justa Causa

Observam os juristas que a definição exata de justa causa merece alguma divergência na doutrina. Porém, comunicam que existe um acordo de que justa causa é aquela prevista em lei. Ou seja, caberá o habeas corpus, se não ocorrer justa causa para a prisão, inquérito policial ou ação penal. Quanto à prisão, ensinam que esta só é admissível quando se tratar de flagrante ou decorrer de ordem judicial – exceção para os casos de crimes militares próprios.

Em qualquer outra situação, a prisão será ilegal, sendo ausente justa causa e cabendo a utilização do *writ* em debate. Quanto ao inquérito, explicam que, usualmente não enseja oportunidade para o *habeas corpus*. Para a instauração desta investigação, basta existir indícios, possuindo um caráter sumário e não causando, em regra, restrição à liberdade de locomoção do indiciado. Porém, ressaltam os estudiosos, que se ocorrer ilegalidade evidente, aí será cabível a concessão de *habeas corpus*. Exemplos disso manifestam-se quando o fato investigado é nitidamente atípico ou quando for instaurado sem requerimento ou

³¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal, Doutrina e Prática*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 262-264.

representação da vítima, nas situações em que a lei exigir tal requisito. O mesmo poderá suceder com a ação penal, se seu processo for marcado por vício ou nulidade, a exemplo de fazer uso de provas ilícitas ou de ter por objeto um fato atípico.

b) Inciso II: Prisão por tempo maior que previsão da lei.

Os autores enunciam que, estando o réu preso, o prazo para término do processo é de oitenta e um dias, contados da data em que se efetivou a prisão do acusado. Observam que este não é um prazo determinado em lei, mas uma criação jurisprudencial, de aceitação majoritária. Todavia, esclarecem que tal prazo não tem caráter absoluto, pois sempre dependerá da análise do caso concreto. A título de exemplo, apontam uma situação em que o réu está preso há mais de noventa dias, sendo que a demora na conclusão do feito não é atribuível ao órgão jurisdicional; neste caso, não se configurará constrangimento ilegal.

Algumas súmulas nesta matéria devem ser destacadas, definem Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto. A primeira delas é a Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), prescrevendo que, se encerrada a instrução criminal, não há de se falar em excesso de prazo. Em segundo, aparece a Súmula 64 da mesma Corte, orientando de que não existirá constrangimento ilegal quando o excesso de prazo for provocado pela defesa. Exemplificando, pode-se falar nas situações em que a defesa solicite instauração de insanidade mental do acusado ou oitiva de testemunhas por carta rogatória. Em terceiro e último lugar, apontam para a Súmula 21, também da Corte Especial, dispondo que desde a pronúncia do réu, ficará superada a alegação de excesso de prazo.

c) Inciso III: Incompetência do coator

Ressaltam os professores que a competência para determinar a ordem de prisão é privativa de juiz que seja competente para o caso. Sendo tal ordem for proferida por juiz incompetente, poderá ser corrigida através de *habeas corpus*.

d) Inciso IV: Cessão do motivo que autoriza a coação.

Novamente, os exemplos são os que melhor esclarecem as hipóteses. Poderá ser uma situação em que o réu permanece preso, embora já cumprida a pena ou absolvido; ou quando ocorrer relaxamento de prisão em flagrante, ou vencido o prazo de uma prisão temporária.

e) Inciso V: Impedimento ilegal de prestação de fiança

Explicando melhor: quando não for admitido a alguém prestar fiança nos casos em que a lei autorizar. Reiteram que não se trata a concessão de fiança uma mera faculdade que se confere ao juiz ou delegado de polícia, mas de uma verdadeira obrigação, configurando-se em direito subjetivo do preso – apontam os autores para o art. 5º, inc. LXVI da Constituição Federal. Sendo assim, se o caso concreto admitir a fiança e o juiz ou delegado se opuserem em concedê-la, deverá ser impetrado o *habeas corpus*.

f) Inciso VI: Processo manifestamente nulo

Aqui, não importará se o processo está em andamento ou encerrado, em qualquer hipótese caberá o *habeas corpus* para que se reconheça nulidade eventualmente existente. Porém, Ronaldo Batista Pinto e Rogério Sanches Cunha ressaltam que tal nulidade deverá ser manifesta. Do contrário, a defesa deverá socorrer-se do recurso de apelação nos casos de processo em andamento; ou da ação rescisória, nos casos em que o processo já se houver encerrado. Exemplos de nulidades que se poderia mencionar: inépcia da denúncia, falta de citação ou ilegitimidade da parte.

g) Inciso VII: Extinção de punibilidade

As causas de extinção de punibilidade estão previstas no art. 107 do Código Penal (CP), todavia, relembram os professores de que se trata de rol meramente exemplificativo. Se já efetivada a extinção de punibilidade e o réu tiver contra si inquérito policial instaurado, processo penal em andamento ou cumprindo pena, tais situações poderão ser reparadas pela impetração de um *habeas corpus*.

Saindo da listagem de hipóteses, veja-se a seguir o que os demais juristas consultados acrescentam quanto a este tópico de cabimento desta ação popular. Nestor Távora e Rosmar Antonni³², por exemplo, observam que toda ação tem uma causa de pedir, sendo que pela Teoria da Substanciação³³ poder-se-ia distinguir entre causa próxima e causa remota. Explicam que a causa de pedir delimita a resposta jurisdicional solicitada pela parte. No caso de uma *habeas corpus*, a causa remota é o ato que viola ou ameaça a liberdade de locomoção, que deverá ser claramente apresentado na petição inicial, enquanto a próxima é norma jurídica referenciada, apresentada por sua vez nos fundamentos jurídicos. Sintetizam os autores que a causa de pedir do *habeas corpus* é a violação da liberdade de locomoção de um indivíduo tutelada pelo ordenamento jurídico.

Fernando Capez³⁴, a seu turno, vai destacar que, dentre as situações do inciso I, a prisão administrativa do art. 650, §2º, do Código de Processo Penal, não é mais cabível perante a atual Constituição brasileira. Dentre as hipóteses do inciso III³⁵, assevera que a competência deve ser material e territorial, salvo nos casos de prisão em flagrante e acrescenta que a incompetência absoluta pode ser reconhecida em sede de *habeas corpus*. Nas circunstâncias do inciso V³⁶, lembra que as hipóteses de cabimento de fiança estão assentadas no art. 322 do CPP e reforça o mandamento do art. 5º, inc. LXVI, da Constituição, que determina que ninguém possa ser preso, quando a lei admitir prestação de fiança. Por derradeiro, vai sublinhar que, dentre as possibilidades constantes do inciso VII³⁷, pela lei 11.719 de 2008, nos procedimentos ordinário e sumário, o acusado, na defesa inicial regida pelos arts. 396 e 396-A, poderá alegar matérias visando a absolvição sumária do agente, entre elas, a causa extintiva de punibilidade.

³² TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2009. p. 897-898.

³³ Renata Pereira ensina que “Causa de pedir: significa a razão, o motivo de a parte ingressar com a demanda.” Explica que existem algumas teorias que buscam delimitar este conceito: 1) “Teoria da individualização ou individuação: diz que a causa de pedir é composta apenas pelo fundamento jurídico, sendo irrelevantes os fatos. Ressalta-se que fundamento jurídico não se confunde com fundamento legal.”; 2) “Teoria da substanciação ou substancialização: adotada pelo CPC (art. 282, III do CPC) preleciona que a causa de pedir é composta pelos fatos e fundamentos jurídicos. Cabe ao autor alegar os fatos constitutivos de seu direito.” Disponível em: <<http://www.espacojuridico.com/blog/as-teorias-da-cao-de-pedir/>> Acesso em: 20 set.2013.

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 830.

³⁵ *Ibidem*, p. 832.

³⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 832.

³⁷ CAPEZ, *loc. cit.*.

3.3 COMPETÊNCIA

Neste tópico, Fernando Capez³⁸ é quem parece realizar a melhor divisão didática. Por isso se seguirá basicamente a linha deste autor. Como de praxe, serão acrescentados posteriormente os destaques feitos pelos demais estudiosos.

a) Juiz de Direito de Primeira Instância:

Poderá ordenar trancamento de inquérito policial; entretanto, se o inquérito tiver sido instaurado por ordem de outra autoridade judiciária, caberá ao tribunal de segunda instância competente fazê-lo. A regra geral é de que o juiz não pode conceder ordem sobre ato de autoridade do mesmo grau.

b) Tribunal de Justiça:

Nos casos em que a autoridade coatora for representante do Ministério Público estadual, entendimento que está pacificado inclusive na própria Corte Suprema brasileira, como bem anota Fernando Capez. Comenta nosso Professor que, antes da Emenda Constitucional (EC) n. 45 de 2004, existia a dúvida sobre qual tribunal era o competente quando a autoridade coatora era juiz ou promotor de justiça. Relata que existiam dois posicionamentos. No primeiro, a competência seria do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Alçada Criminal, conforme a matéria; no segundo, era sempre do Tribunal de Justiça, independentemente da matéria. Como a mencionada Emenda extinguiu os Tribunais de Alçada, resta que a competência nesses casos fique sempre com o Tribunal de Justiça.

c) Tribunal Regional Federal:

Pelos ditames do artigo 108, inciso I, alínea d, da Constituição Federal, será o Tribunal Regional Federal o órgão competente quando a autoridade coatora for um Juiz Federal.

³⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 832-835.

d) Superior Tribunal de Justiça:

Nossa Corte Especial, dentre suas atribuições, terá competência quando o coator ou paciente for Governador do Estado ou do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas do Estado e do Distrito Federal, Desembargadores dos Tribunais de Justiça do Estado ou do Distrito Federal, membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios; membros do Ministério Público da União, que oficiem perante Tribunais, quando o coator for Tribunal sujeito a sua jurisdição, ou Ministro de Estado e Comandante das Forças Armadas, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

e) Supremo Tribunal Federal:

Já a Corte Suprema brasileira terá competência se o coator for Tribunal Superior, ou o coator ou paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam submetidos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime de mesma competência jurisdicional em uma única instância. Neste ponto, Fernando Capez chama atenção para a Súmula 691 da mesma Corte, que determina que esta não seja competente para conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indeferir a liminar.

Dirigindo-se agora às lições de Nestor Távora e Rosmar Antonni³⁹ sobre o tema, apontam assertivamente de que a regra geral da competência de julgamento de *habeas corpus* pauta-se pela qualidade da pessoa que seja responsável pelo ato coator ou da pessoa que esteja sofrendo a lesão ou ameaça de lesão a sua liberdade de locomoção. Também é de destaque dos dois autores a observação de que a Justiça Militar, a Justiça Eleitoral e a Justiça dos Estados tem competência para processar e julgar *habeas corpus*, de acordo com as respectivas legislações e regulamentações. Outra normativa geral enfatizada é de que a competência de um juiz cessa sempre que a violência ou coação provier de autoridade judicial de igual ou superior jurisdição.

³⁹ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2009. p. 901-902.

Sublinham igualmente que as competências do STF, do STJ e da Justiça Federal são de rol taxativo. Por fim, ressaltam que, quando o coator for Procurador da República, a competência é do Tribunal Regional Federal, e não do Tribunal de Justiça, como ocorre com os Promotores de Justiça. De Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto⁴⁰, destaca-se o registro que fazem de que um Juiz de Direito é competente para julgar *habeas corpus* contra ilegalidade cometida em sua comarca; assim se for abuso cometido por um delegado de polícia ou um particular em determinada cidade, a ação deverá ser impetrada perante juiz local.

3.4 FORMA DE PROPOSIÇÃO DO *HABEAS CORPUS*

Nestor Távora e Rosmar Antonni⁴¹ anunciam que a forma de propositura do *habeas corpus* é livre. Entretanto, isso não pedirá que o CPP vigente estabeleça alguns requisitos para a petição inicial, o que efetivamente exige no §1º do seu art. 654. O primeiro inciso determina que conste o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer a violência ou coação e o de quem exerce a violência, coação ou ameaça. O segundo inciso pede pela declaração do tipo de constrangimento sofrido ou, em caso de ameaça, as razões em que se funda seu temor. E por derradeiro, o terceiro inciso exige a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, se não souber ou não puder escrever, com a designação das respectivas residências.

Ressaltam ainda nossos juristas que a ação de *habeas corpus* é de rito abreviado e cognição sumária, do que decorre o entendimento de que a petição deve ser acompanhada de prova pré-constituída. Observam que o seu caráter sumário não dá ensejo a uma instrução probatória mais detalhada, ainda que alguns compreendam de que a petição venha instruída por rol de testemunhas. Os autores esclarecem que, entretanto, a doutrina e jurisprudência majoritária tem se posicionado pelo não cabimento de qualquer produção de prova testemunhal ou pericial.

O professor Fernando Capez⁴², discorrendo sobre a questão da impetração, põe em destaque que esta é admissível por telegrama, radiograma, telex e até via telefônica. Comenta

⁴⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal, Doutrina e Prática*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 262.

⁴¹ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2009. p. 904.

⁴² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 835.

também que será admissível medida liminar, caso os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, ainda que não exista autorização expressa em lei. Por último, pontua observação sobre a reiteração de pedido de *habeas corpus*, afirmando que só se conhecerá de novo pedido quando existam novos fundamentos de fato ou de direito não analisados no pedido anterior.

3.5 PROCESSAMENTO, JULGAMENTO E EFEITOS.

Fernando Capez⁴³ enuncia que, recebida a petição, e estando o réu preso, o juiz poderá determinar que seja de imediato apresentado no dia e hora em que determinar. Explica que o preso só não será apresentado em caso de grave doença ou de não estar sob guarda do coator apontado, conforme o que dispõe o art. 657, caput do Código Processual. O julgador poderá ir ao local onde o paciente estiver, caso o mesmo não possa se apresentar por motivo de doença. Na seqüência, o juiz poderá definir a realização de diligência que ache necessária e interrogar o paciente, tendo um prazo de vinte quatro horas para emitir decisão.

Diz o Professor que, na prática, o juiz pede as informações à autoridade coatora, no prazo em que fixar, e logo emite sua decisão. Contudo, lembra que a lei somente fala em informações quando a impetração ocorrer diante de tribunal, segundo os ditames do art. 662 do CPP. Ao final, destacará que o Ministério Público não se manifesta no procedimento de *habeas corpus*, se for impetrado diante de Juiz de Direito, somente nos casos impetrados perante Tribunal.

O referido autor ensina ainda sobre o julgamento e efeitos⁴⁴ do *habeas corpus*. Pelo art. 660, §1º, tratando-se de *habeas corpus* liberatório, deverá o paciente ser posto em liberdade, exceto se existir algum motivo para que deva ser mantido na prisão. Já, diante de um *habeas corpus* preventivo, ocorrerá a expedição de um salvo-conduto a favor do paciente. Fernando Capez anota que se for ordem concedida para anular um processo, este será anulado desde o momento em que se verificou o vício alegado, normativa que se pode depreender do art. 652, também do CPP. Nos casos em que se vise trancar inquérito policial ou ação penal, a ordem emitida impedirá o andamento normal dos procedimentos citados. Por último, ressalta

⁴³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 836.

⁴⁴ CAPEZ, *loc. cit.*.

que, por aplicação analógica do art. 580, a decisão do *habeas corpus* poderá ser estendida em favor de outros interessados que estejam em situação idêntica à do paciente beneficiado.

Nestor Távora e Rosmar Antonni⁴⁵, a seu turno, explicitam que, independentemente de a ação ter sido impetrada perante juiz ou tribunal, o rito a ser seguido será aquele estabelecido pelo Código de Processo Penal em vigor. Bem observam de que a Lei 8.038 de 1990, que disciplina a tramitação dos processos no âmbito do STF e do STJ, quando regula a cerca do *habeas corpus*, faz remissão ao mesmo Código Processual antes referido. Nestor Távora e Rosmar Antonni alertam que a aplicação de multa prevista está comprometida pela desatualização do seu valor – expresso ainda em na moeda de réis. Todavia, existe entendimento de que possa ser fixada multa de *astreinte*, mediante decisão fundamentada e seguindo as disposições do Código de Processo Civil (CPC).

Outra característica que exaltam é de que a concessão de liminar poderá ocorrer independente de oitiva prévia da autoridade coatora. Alertam para o fato de que a petição pode ser rejeitada liminarmente, se não forem atendidos os requisitos do art. 654 ou se configurar carência de ação; por outro lado, cabe ao julgador fixar prazo para que sejam preenchidas as formalidades legais e regularizado o pedido. Registram nossos juristas que quando o julgamento de *habeas corpus* ocorrer perante órgão colegiado, a decisão será por maioria de votos. Porém, havendo empate, e o presidente não houver tomado parte na votação, ele proferirá o voto de desempate; em caso contrário, prevalecerá sempre a decisão mais favorável ao paciente – orientação que se deduz do parágrafo único do art. 664 do CPP.

Registram ainda que, por força do art. 653, nos casos de *habeas corpus* liberatório, autoridade, que por má-fé ou abuso de poder, houver cometido a coação indevida será condenada em custas processuais. O mesmo dispositivo igualmente prescreve que, em casos como esse, seja feita remessa de cópias das peças necessárias ao Ministério Público, visando à devida responsabilização da autoridade infratora.

⁴⁵ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2009. p. 904-905.

3.6 RECURSOS EM FACE DE HABEAS CORPUS

Fernando Capez⁴⁶ leciona que, da decisão de sentença de juiz singular que conceder ou denegar ordem de *habeas corpus*, caberá recurso em sentido estrito. O art. 581, inciso X do Código Processual indica que o recurso poderá ser interposto pelas partes presentes no respectivo processo penal, pelo paciente ou pelo Ministério Público. Quanto aos casos de concessão do remédio constitucional, bem recordam os autores que, por ordem do art. 574, inc. I, deverá ocorrer reexame necessário da decisão proferida. Nas hipóteses em que consubstanciar-se decisão denegatória de *habeas corpus*, em decisão de única instância por um dos Tribunais Superiores, haverá lugar ao para recurso ordinário constitucional ao STF.

Por último, o autor indica que caberá recurso ordinário constitucional, só que ao STJ, quando a decisão denegatória for proferida por Tribunal Regional Federal ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, por sua vez, não deixam esquecer que poderá se configurar oportunidade para os pré-requisitos legalmente exigidos. A seu turno, Nestor Távora e Rosmar Antonni destacarão que embargos de declaração poderão ter lugar, caso ocorra omissão, obscuridade ou contradição na decisão – não cabendo, nem embargos infringentes, nem embargos de nulidade para tal fim.

3.7 INTERRUÇÃO DE INQUÉRITO, PROCESSO OU TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA.

Os professores Nestor Távora e Rosmar Antonni⁴⁷ dedicam uma seção específica a estas hipóteses de cabimento. Constatam que o pedido de *habeas corpus* pode dirigir-se a causa distinta do cerceamento de liberdade ou de violação iminente à liberdade de locomoção. Ressaltam que a regra é a ameaça iminente à liberdade de locomoção. Entretanto, registram que a falta de previsão de recurso específico para alguns atos ocorridos em procedimento criminal pode oportunizar o cabimento de *habeas corpus* como sucedâneo recursal.

Nesses casos, exige-se que o feito a ser combatido, no seu final, enseje oportunidade para aplicação de pena privativa de liberdade – ou seja, o delito em pauta deve ter previsão abstrata de pena de prisão. Assim, o *habeas corpus* poderá ser ajuizado para trancamento de

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 836-837.

⁴⁷ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2009. p. 908-909.

procedimento criminal: inquérito policial, processo penal, termo circunstanciado de ocorrência ou procedimento junto a juizado especial criminal. O importante, ressaltam os autores, é que a causa de pedir seja relativa a falta de justa causa.

Então, o *habeas corpus* terá a eficácia para encerrar um processo, um procedimento ou um inquérito. Por último, descrevem que o termo trancamento não tem menção expressa na legislação. Citando Paulo Rangel, esclarecem que não existe um trancamento propriamente dito de ação penal ou inquérito policial: ou arquiva-se o inquérito ou extingue-se o processo com ou sem resolução do mérito. Todavia, a linguagem forense consagrou o termo, ganhando também reconhecimento doutrinário.

4 PRINCÍPIOS APLICADOS AO PROCESSO PENAL

Asseveram Ronaldo Batista Pinto e Rogério Sanches Cunha⁴⁸ que os princípios constitucionais são orientações gerais, obviamente assentados na própria Constituição Federal, servindo de fundamento para estruturação e correta interpretação das leis processuais. Na sua vez, de forma assemelhada, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar afirmam que o processo penal deve estar pautado e ter por guia principal a Constituição Federal. Nesse sentido, alegam que o processo deve ser sinônimo de garantia dos acusados frente às arbitrariedades estatais, sem abrir mão de uma tutela jurisdicional efetiva.

Os dois professores⁴⁹ por último mencionados reiteram que muitos dos princípios que norteiam a disciplina de Processo Penal têm previsão expressa na Constituição. Ressalvam, todavia, que não se apresentam no sistema com um rol taxativo, podendo existir os princípios constitucionais expressos e os princípios decorrentes do Sistema Constitucional. Assim como dizem os autores, serão vistos alguns princípios, seja de caráter infraconstitucional ou constitucional.

Para fins deste trabalho dissertativo, interessa em realidade aprofundar conhecimentos em três destes princípios: o da celeridade, o do contraditório e o da ampla defesa – e complementarmente, o princípio do devido processo legal. São princípios todos de previsão expressa nos incisos do art. 5º da Constituição da República. Porém, importante ressaltar que os demais princípios não estão sendo aqui menosprezados, até porque, todas essas regras principiológicas devem conviver de forma sistemática e harmonizada.

⁴⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal, Doutrina e Prática*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 20.

⁴⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *loc. cit.*.

4.1 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Aqui está o princípio que a comissão de juristas parece mais se apoiar para restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* no Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal. Pois bem, trate-se de conhecê-lo de forma mais aprofundada para que futuramente possa-se, quem sabe, julgar se os legisladores o aplicaram corretamente neste projeto de nova codificação processual penal.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar não tratam deste princípio de forma destacada em sua obra, em verdade, o trabalham dentro do que se nomeia de princípio da duração razoável do processo⁵⁰. Os dois autores recordar-nos-ão de que foi pela EC. n. 45 de 2004 que foi inserido o inc. LXXVIII do art. 5º de nossa Constituição. Será tal inciso que portará expressamente o comando de que para todos, no âmbito judicial ou administrativo, sejam assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Destaque-se que o direito à celeridade interessa tanto à vítima como ao réu. Sua finalidade é evitar a duração indeterminada de um processo, especialmente de um processo penal, que trata de uma persecução estigmatizadora, muitas vezes configurando-se como uma verdadeira antecipação de pena.

Por outro lado, alertam os estudiosos de que um processo penal equilibrado demanda também reflexão; assim, o surgimento de institutos de cunho eminentemente pragmáticos, como é o caso das súmulas vinculantes, acabam colocando em segundo plano o acesso efetivo à justiça, como que apoiando a velha idéia de que os fins justificam os meios. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁵¹ lançam crítica direta ao STJ, afirmando que tal Corte tem sido prodigiosa em refratar o reconhecimento de excesso de prazo da prisão cautelar em algumas situações. Aliás, observam que, em várias súmulas (a exemplo: de números 21, 52 e 64), a Corte especial estabeleceu hipóteses não consensuais em que se pode afastar a configuração de constrangimento por excesso de prazo.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar prosseguem com seus ensinamentos, invocando agora parte das idéias de Aury Lopes Junior. Segundo eles, Aury Lopes Junior apregoa que o processo, sendo um instrumento para realização do direito penal, deve cumprir

⁵⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2013. p. 71-74.

⁵¹ *Ibidem*, p. 72.

dupla função. A primeira, aponta Aury Lopes Junior, é de tornar viável a aplicação da pena; a segunda, de servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais. Por essas razões, o processo penal deve configurar instrumento limitador da atividade estatal, compondo-se de modo a garantir a plena efetividade aos direitos individuais previstos em Constituição.

Nessa linha, dirão os autores que é o processo que deve adequar-se às exigências constitucionais e não o inverso. Alertam de que não existe a possibilidade de o processo oferecer resultados adequados, céleres, seguros, se não há estrutura para que se desenvolva a reflexão e maturação necessária para os fatos. São assertivos ao afirmarem que um processo feito às pressas descuida não só das prerrogativas constitucionais fundamentais, como muitas vezes também estará desprovido de carga probatória inidônea, o que lhe poderá retirar toda credibilidade.

Reiteram que nossa Carta Magna, ao estabelecer no inc. LXXVIII do art. 5º o princípio da duração razoável do processo, quis evitar dilações processuais indevidas. Porém, enfaticamente, vão registrar que o tempo do processo, qualquer que seja ele, deve ser visto como garantia e não como uma meta vinculada à cláusula do devido processo legal. Criticam a noção do senso comum de que a dilação processual interessa necessariamente à defesa; na verdade, defendem que o retardo aproveita a quem não tem razão, independentemente de qual seja o polo processual. Apoiando-se em ensinamentos de Francisco Rosito, reforçam a noção de que um processo deve demorar exatamente o tempo suficiente para atender a sua necessidade de resolver um litígio de forma justa.

Por outro lado, rememoram que o tempo do processo não pode ter por parâmetro o tempo social. O tempo da sociedade pauta-se sobretudo pelo imediato, pela rapidez, pela eficiência, o que, em diversas oportunidades, pode ser incompatível com o grau de reflexão exigido no processo penal, para que não se atropelem as garantias mínimas do acusado.

Ao inverso dos dois professores anteriores, Fernando Capez dedica um subitem específico de sua obra ao princípio da celeridade processual⁵², como parte de uma seção intitulada de Princípios Gerais Informadores do Processo. O autor destacará que o art. 8º do

⁵² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71-73.

Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), pacto ao qual o Brasil já aderiu de forma plena, apontará de que entre as garantias judiciais está a de que toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável. Observando que, desde o advento do Pacto de São José da Costa Rica, o direito brasileiro já adotara o referido princípio; embora, apenas com a EC. 45 de 2004, é que expressamente ele entrou em nossa Constituição da República, pela inserção do inc. LXXVIII no art. 5º, como já mencionado anteriormente.

A exemplo de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, o professor Fernando Capez também se apoia em lições de outros juristas. Desse modo, citará Pietro Jesus Lora Alarcón, autor que defende a ideia de que o princípio do devido processo legal não é desautorizado pelo princípio da celeridade, pelo contrário, este último complementa o primeiro. O autor indica que, além do princípio da celeridade, a reforma constitucional trouxe institutos com as mesmas finalidades deste, bem como de proporcionar maior acesso à justiça. Exemplo claro está no art. 93, inc. XIII, da Constituição Federal, que prescreve que o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população. O inciso XV do mesmo dispositivo também é bastante claro, determinando que a distribuição dos processos seja imediata em todos os graus de jurisdição. Destaque também merece o inciso XII, estabelecendo que a atividade jurisdicional seja ininterrupta, sendo vedada férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.

Registra ainda que as determinações provenientes do Pacto de São José da Costa Rica e do posterior inciso LXXVIII refletiram em reformas no CPP no ano de 2008, promovidas pelo surgimento das Leis 11.689 e 11.719. Nesse contexto, destacar-se-á o princípio da oralidade, do qual decorrem várias outras orientações: conforme o art. 440 do Código Processual, deve-se almejar a concentração dos atos processuais em uma única audiência; assim como, deverá valorizar-se a imediatidade e presar pela identidade física do juiz. Fernando Capez também prestigiará Pietro de Jesús Lora Alarcón, que, por sua vez, ensina que se de alguma forma a celeridade possa trazer algum efeito inibitório ao exercício da ampla defesa no campo penal, aquele princípio deverá ceder diante deste.

4.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto tratam conjuntamente dos princípios do contraditório e da ampla defesa⁵³ em subitem de uma seção definida de Princípios Constitucionais do Processo Penal. Explicam que, por contraditório, deve-se entender a possibilidade conferida ao acusado de conhecer, de forma exata, todo o processo e, em vista disso, contrariá-lo no que for cabível, sem nenhuma limitação de cunho meramente arbitrário. Decorre, então, de que o juiz deverá ouvir sempre ambas as partes (ciência bilateral das partes), antes de decidir. O que se buscaria com essas orientações é a irrestrita igualdade entre acusação e defesa (igualdade de armas), já que ambas estando num mesmo plano, não deverá ocorrer privilégio de uma ou outra, cabendo ao juiz preservar este equilíbrio.

Passando à ampla defesa, asseveram que esta representaria natural desdobramento do contraditório. Se pelo contraditório se reconhece igualdade máxima entre as partes, será pela ampla defesa que esta igualdade se tornará concreta e efetiva. Então, pontuarão nossos juristas de que a ampla defesa consiste na possibilidade do réu contraditar inteiramente a acusação. Com esse intuito, o acusado poderá valer-se de todos os meios, exceto de provas obtidas por meios ilegais – mesmo assim, relembram os autores de que em alguns casos específicos, provas obtidas por meios ilegais têm sido admitidas, quando favoráveis ao réu.

Fernando Capez⁵⁴, a seu turno, registra que a ampla defesa implica na obrigação do Estado de proporcionar a todo acusado, a mais completa defesa e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. O autor diz que uma defesa completa se consubstancia em duas esferas: a pessoal, ou autodefesa; e a técnica, aquela efetuada por um defensor. Ressalta que, deste mesmo princípio, decorre a necessidade de se observar uma ordem natural do processo, pela qual, a priori, a defesa deverá manifestar-se sempre em último lugar.

Em Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁵⁵, inicialmente poderá ser encontrada uma distinção mais aprofundada que faltou entre defesa técnica e autodefesa na obra de Fernando Capez. Pois bem, dirão os professores que a defesa técnica é sempre obrigatória,

⁵³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal, Doutrina e Prática*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 20-21.

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 65-66.

⁵⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2013. p. 59.

enquanto a autodefesa está submetida à conveniência do réu, que pode escolher ficar inerte, inclusive optando por permanecer em silêncio. Lecionam que a autodefesa pode também ser dividida em dois direitos: o de audiência e o de presença. O primeiro significa a oportunidade de influenciar na defesa através de interrogatório; o segundo, a possibilidade de o réu tomar posição, a qualquer momento, sobre material produzido, garantindo-lhe sempre a imediação com seu defensor, com o juiz e com as provas.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar bem apontam que a Constituição da República, no inc. LV, do seu art. 5º, assegura a ampla possibilidade de defesa, com os meios e recursos disponíveis e a ela inerentes. Assim como, de que no inciso LXXIV da mesma norma, constitui dever do Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita a quem comprovar insuficiência de recursos.

Nesta temática, os dois juristas ainda destacarão duas súmulas do STF: a de número 523 e a 708. A primeira enuncia que, em se tratando de defesa técnica, no processo penal, a falta de defesa configura nulidade absoluta, porém seu vício só anulará o processo se comprovado prejuízo para o réu; a segunda súmula determina que seja nulo o julgamento de apelação se, depois da manifestação nos autos de renúncia do único defensor, o réu não tiver sido previamente intimado para constituir um defensor substituto. Por último, os professores alertarão que não se pode confundir ampla defesa com plenitude de defesa. Esta última estabelecida e assegurada pela Constituição no art. 5º, inc. XXXVIII, como uma garantia perante o Tribunal do Júri.

Explicam que o exercício da ampla defesa está essencialmente vinculado aos argumentos jurídicos normativos invocáveis pela parte para rebater as imputações feitas; enquanto a plenitude de defesa permite não só a utilização de argumentos técnicos, mas também de natureza emotiva, social e de política criminal, com o objetivo de tentar convencer os jurados.

4.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A norma principiológica em pauta, o professor Fernando Capez⁵⁶ trabalha em seção diferente dos outros dois princípios até aqui estudados – a enquadra naquilo chama de Princípios Informadores do Processo Penal de forma específica. Expõe que tal norma assegura a uma pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que a lei estabelece; na ampla doutrina também conhecida por *due process of law*, com assentamento constitucional previsto no art. 5º, inc. LIV.

Recorda que tal princípio deve ser seguido nas mais diversas espécies de processo: judicial civil, judicial criminal e, inclusive, em procedimentos administrativos e militares – orientação fixada pela nossa própria Corte Suprema, ressalta Fernando Capez. O STJ também já emitiu enunciado em sentido semelhante; estamos falando da súmula 343, pela qual se considera obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Entretanto, Fernando Capez vai destacar aparente incoerência da Suprema Corte em relação a sua jurisprudência, ao estabelecer pela Súmula Vinculante n. 5, que impõe a regra de que a falta de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição – comenta o autor que tal súmula já foi alvo de proposta de cancelamento pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil perante o STF.

Passando a palavra para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁵⁷, esses sublinharão que devido processo legal é aquele estabelecido em lei, devendo ser traduzido como sinônimo de garantia, respeitando-se aos ditames constitucionais. Advertem para a necessidade de processos tipificados, sem a supressão ou desvirtuamento de atos essenciais; muito mais em se tratando de aplicação de sanção penal, cuja reprimenda deverá sempre ser submetida ao Poder Judiciário – aqui os autores invocam o conhecido brocardo latino *nulla poena sine iudicio*. Asseveram que a pretensão punitiva deve se seguir em um procedimento regular, perante autoridade competente, tendo por base provas lícitamente obtidas, respeitados o contraditório e a ampla defesa.

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81-82.

⁵⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2013. p. 68-69.

Os estudiosos anotam valorosa lição de José Herval Sampaio Junior, que defende que tal princípio no processo penal possui relevância ainda maior, delineando todo seu agir, impondo limites ao próprio legislador. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar prescrevem que o devido processo legal deve ser analisado a partir de duas perspectivas: a primeira, processual, que garante a tutela dos bens jurídicos através do devido procedimento (*procedural due process*); a segunda, a material, que pede no campo de aplicação e elaboração de normas, uma atuação substancialmente adequada, correta e razoável (*substantive due process of law*). Logo, os juristas reclamam que não bastará só uma boa preleção de normas, mas também adequado instrumento para sua aplicação, ou seja, o processo jurisdicional (*judicial process*) – repare-se que os autores fazem questão de destacar a expressão em inglês que remete à parte da doutrina que originou vários desses conceitos e ideias.

Finalizam sua lição, sublinhando novamente de que o processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do Estado, servindo como uma ferramenta de implementação da Constituição Federal, como uma garantia suprema do direito de liberdade, ou *jus libertatis*, como originalmente preferiram invocar.

4.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO OU BILATERALIDADE DA AÇÃO

Ainda que todos os princípios processuais mereçam igual atenção, até porque intrinsecamente conectados, na prática, não existindo um sem o outro, na maior parte das situações, o princípio do contraditório é de relevância peculiar. Norma principiológica sobre a qual tanto trabalho de reflexão faz o professor de processo penal, Mauro Fonseca Andrade⁵⁸, nas aulas da Faculdade de Direito. Sua especial importância é de que a todas as partes envolvidas em processo cabe o direito de manifestar-se e ser ouvida, sob pena de cometimento de grandes injustiças.

Seja no âmbito judicial, seja em nossa vida cotidiana, escutar e ser escutado é algo indispensável para se consubstanciar a justiça e conviver em harmonia. Por isso será ele um

⁵⁸ Anotações referentes às Disciplinas de Processo Penal I e II, ministradas pelo professor Mauro Fonseca Andrade, Promotor de Justiça e Doutor em Processo Penal, no primeiro e segundo semestre do ano 2013, respectivamente, no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais noturno da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

dos protagonistas na análise comparativa entre as duas sistemáticas processuais do *habeas corpus* abordadas nesta pesquisa.

Feitas essas considerações, passa-se ao que ensina a doutrina sobre suas delimitações conceituais e práticas. Fernando Capez⁵⁹ anota que a bilateralidade do processo é gerada pela bilateralidade da ação, sendo que as partes, relativamente ao julgador, não são antagônicas, mas devem necessariamente atuar de forma colaborativa. O juiz, frente à função que lhe encarregou o Estado, deve manter-se (o máximo possível) neutro, equidistante das partes. Quando um juiz escutar uma parte, deve, o mais seguido, dar oportunidade para que a outra parte manifeste-se. Aqui se denota bem o binômio ciência e participação que a doutrina amplamente atribui ao princípio do contraditório.

Fernando Capez lembra o conhecido brocardo romano, *audiatur et altera pars*. Às partes litigantes deve sempre ser dada a possibilidade de praticar todos os atos passíveis de influenciar a decisão do órgão jurisdicional. Nesse sentido, nas fases de produção probatória e da valoração das provas, a observação de tal recomendação ganha relevo especial. Fernando Capez sublinha de que as partes detêm o poder não só de produzir provas e de sustentar suas razões, como também de vê-las serem devidamente apreciadas e valoradas no andamento do processo.

O princípio em pauta ainda nos adverte sobre o direito que cabe aos litigantes de serem cientificados sobre qualquer fato processual ocorrido e sobre quais oportunidades existem para manifestar-se sobre o mesmo, antes que se emita qualquer decisão judicial – em conformidade com a disposição do art. 5º, inc. LV da CF88, como bem aponta Fernando Capez⁶⁰. O autor destaca que em nossa sistemática processual existem três formas básicas de promover esta ciência: a citação, a intimação e a notificação.

A citação, explica, é aquela que informa da instauração de um processo, chamando o citado para integrar a relação processual. A intimação, por sua vez, seria a comunicação de atos do processo, podendo ter como objeto, uma ordem de fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Neste ponto, Fernando Capez ressalta de que, apesar do sistema processual brasileiro não fazer diferenciação expressa entre intimação e notificação, a doutrina o faz. Assim, a

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 65.

intimação é relativa aos atos ou despachos já proferidos no processo, enquanto a notificação, por assim dizer, um tipo de comunicação extraprocessual, para que se faça ou deixe de fazer alguma coisa. A notificação, então, adverte-se, não deveria ser utilizado como forma de comunicação processual, como na prática acontece em diversos momentos do cotidiano judiciário. Fernando Capez sublinha distinção terminológica importante de atentar-se no âmbito prático: intima-se “de” e notifica-se “para” um ato processual.

Evidentemente que nenhum princípio deva ser tratado de forma absoluta, sem qualquer forma de relativização ou flexibilização. Existem situações, como nos casos de urgência, aonde o perigo de perecimento do objeto frente à demora na prestação jurisdicional, justificará a concessão de medidas judiciais sem prévia consulta a parte contrária, como marca outro brocardo em latim, *inaudita altera parte*. O autor frisa de que isso, por si só, não possui o condão de neutralizar o contraditório, já que habitualmente ocorre antes da decisão final do caso. Ainda que não tenha existido uma consulta à parte oposta antes da efetivação do ato, isso não exime de que à referida parte seja oportunizada imediata manifestação posterior, sob pena de nulidade do ato decisório.

O que comentou Fernando Capez é o que usualmente a doutrina brasileira chama de contraditório diferido. Observamos que só poderemos entender como diferido, se adotarmos que o contraditório tem como objeto principal a decisão final do processo; agora, se formos partidários de que o contraditório tem finalidade principal em qualquer ato processual, custoso admitir essa noção de diferido, de postergado. Por fim, o jurista informa que a importância do contraditório ganhou destaque com recente reforma do Código de Processo Penal, já que esta trouxe limites ao livre convencimento do juiz na apreciação das provas, pois veda fundamentação de decisão com base exclusivamente em elementos informativos decorrentes de fase de investigação, exigindo-se prova produzida em contraditório, salvo os casos de provas cautelares, não passíveis de repetição e antecipadas⁶¹. Ou seja, deu-se concretude ao entendimento jurisprudencial já aplicado de que a prova oriunda de inquérito, por si só, não poderá fundamentar uma condenação, devendo ser ratificada por outras provas obtidas em contraditório judicial.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 65.

Encerrados os ensinamentos de Fernando Capez, ainda deve ser trazida observação de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto⁶², sugerindo que, através de tal princípio, pode-se estabelecer irrestrita igualdade entre acusação e defesa, num sistema de igualdade de armas, colocando as partes no mesmo plano, sem privilégio ou favor de qualquer uma delas, cabendo ao juiz prezar sempre por este equilíbrio. Como não incomum de ocorrer nesta pesquisa, não se deixará de fazer referência às sempre interessantes lições de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar. Destacam que, diferentemente do que ocorre no sistema processual civil, no processo penal é insuficiente assegurar o direito à informação e à reação apenas no plano formal do processo⁶³. Assim, no âmbito processual penal, impõe-se a obrigatoriedade da assistência técnica de um defensor, visando também ao princípio do contraditório em sentido material.

Advertem ainda de que não é exigível o direito ao contraditório na fase de inquérito policial, já que é procedimento administrativo de caráter informativo – e não processo, estritamente entendido -, embora, deva sempre ser assegurado o direito à publicidade nesse âmbito, com “acesso amplo aos elementos de prova” (destaque dos autores) obtidos na investigação, conforme recomendação da Súmula Vinculante n. 14⁶⁴. Sem dúvida, importantes observações dos dois juristas quanto a peculiaridades do princípio em pauta e sua conformação na seara processual penal.

⁶² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal, Doutrina e Prática*. Salvador: PODIVM, 2009. p. 20.

⁶³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2013. p. 58.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 59.

5 O HABEAS CORPUS NO DIREITO COMPARADO

De nossa parte despertou o interesse de compreender como a garantia do *habeas corpus* é tratada pelo direito em outros Estados ou outras partes do mundo. A utilidade de se trazer tal enfoque comparativo é de romper com pré-concepções sobre o tratamento dado ao remédio constitucional no âmbito global, assim como verificar em que ele é de melhor ou de pior maneira regulado, para não só fazer uma análise crítica mais qualificada de como ele é aplicado no direito brasileiro ou de como será aplicado, conforme as novas normas propostas no Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal.

Nesse sentido, dedicar-se-á tópico comparando-o com o direito português, já que este influenciou historicamente não só a formação do Brasil como um país em si, mas também proporcionou delimitação para o sistema jurídico desenvolvido em solo nacional. Por outro lado, pensando mais na questão das influências mais atuais e diretas ao direito brasileiro, definimos outro tópico trazendo conhecimentos acerca da regulação do *habeas corpus*, com especial foco em panorama do mesmo no âmbito das nações latino-americanas.

5.1 O HABEAS CORPUS E SUA HISTÓRIA NO DIREITO PORTUGUÊS

5.1.1 Precedentes do Habeas Corpus em Portugal: da Carta de Seguro e da Segurança Real

Quem poderá contar um pouco sobre o *habeas corpus* no direito lusitano e de sua história nesse país é Guilherme Camargo Massau⁶⁵. Explica que, por causa da conjuntura política-jurídica em que foi acolhido o *writ* em solo português, acabou cumprindo uma função apenas secundária em seu sistema jurídico, visto que voltado quase que predominantemente

⁶⁵ MASSAU, Guilherme Camargo. *A história do habeas corpus no direito brasileiro e português*. Revista Ágora, Vitória, n.7, 2008. p. 17-20.

para o controle de atos judiciais e governamentais. Guilherme Camargo Massau⁶⁶ afirma que o regime político autoritário no qual foi incorporado foi um dos principais responsáveis pelo seu posicionamento secundário, afastando-o das suas extraordinárias virtudes garantidoras de direitos fundamentais. Desde aqui já se começa a registrar diferença marcante com o *habeas corpus* no direito brasileiro, pois aqui ele tem papel primário e de grande poder para assegurar os direitos ligados a liberdade de locomoção.

Anota o estudioso que a segurança real e a carta de seguro⁶⁷ a serem apresentados num primeiro momento, não são propriamente antecedentes formativos do *habeas corpus*, mas precedentes portugueses relativos à liberdade e a sua proteção. Relata que a organização política centralizada no rei absorvia toda a vida da comunidade sob seu manto, intervindo na esfera pública e privada dos súditos. Logo, o absolutismo vigente na época em Portugal exigia a direta intervenção do rei no controle dos seus súditos. Se a manutenção da ordem interna favorecia a vigência do seu reinado, qualquer movimento de desequilíbrio social poria a autoridade do seu poder em risco.

Guilherme Camargo Massau ensina que a segurança real e a carta de seguro são figuras oriundas do foral. O foral consistia essencialmente em uma concessão do rei, senhorio ou de um eclesiástico com a finalidade de regular as relações dos membros do povoado entre si e com o outorgante. Eram documentos rudimentares que inicialmente serviram ao povoamento de determinadas localidades, a exemplo do que foram os contratos agrários coletivos ou as cartas de povoação. O autor conclui que os monarcas portugueses precisavam interferir diretamente nos conflitos públicos e privados, ocupando-se de brigas de vizinhos de um mesmo povoado e de guerras propriamente entendidas. Visando a manutenção do seu poder hierárquico, aliado ao interesse de manter a ordem e a paz em seu reino, o monarca concedia cartas de privilégio ou forais, cujas principais modalidades eram justamente a carta de seguro e a segurança real.

O autor aqui referenciado registra que na sociedade medieval portuguesa era comum e tradicional a prática de vinganças privadas, que vinham ocorrendo num crescente, já que de uma criava-se fundamentos para outra, num processo que poderia tornar-se interminável.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁶⁷ MASSAU, Guilherme Camargo. *A história do habeas corpus no direito brasileiro e português*. Revista Ágora, Vitória, n.7, 2008. p. 18-20.

Diante disso, buscando assegurar a ordem social e a estabilidade do poder estatal, tratou-se de regulamentar esta prática, colocando-a inclusive sob o controle das rédeas governamentais. Até então, as regras consuetudinárias juntamente com os privilégios locais era as principais fontes do direito. Foi com Dom Afonso III que se iniciou uma nova configuração do sistema jurídico lusitano, pois de seu período começa a prevalecer as normas gerais escritas com espírito legislativo do direito imperial romano e canônico.

Na tentativa de estabelecer a ordem e a paz desejadas, nas Posturas de Afonso II (datadas de 1211), ficou proibida a vingança privada na casa do inimigo. Somado a isso, a concessão de carta de segurança real, pelo rei ou seus juízes, auxiliava a neutralizar a vontade de vingança entre as famílias. Guilherme Camargo Massau indica que já é conhecimento dado de que a carta de segurança já havia sido utilizada no século XII, durante o reinado de Dom Afonso Henriques, quando em 1170 foi concedida uma carta de fidelidade e segurança que favorecia os mulçumanos contra a perseguição por parte dos cristãos, na conservação da liberdade. A manutenção da carta de segurança perdurou por anos e recebeu modificações que ampliaram suas hipóteses de alcance.

Guilherme Camargo Massau conta do registro histórico de uma carta de segurança concedida por Dom Afonso IV ao mercador Albertim Montasselli, protegendo-lhe o direito de deambular livremente com suas mercadorias em território nacional português, sem que ele próprio ou seus bens pudessem ser fisicamente importunados – em outros termos, teve-se neste momento do sistema jurídico lusitano, um dos primeiros instrumentos judiciais que entre outras coisas tutelava a liberdade de locomoção em território nacional, a exemplo do que faz o *habeas corpus* no âmbito do direito brasileiro.

Anota o nosso estudioso de que a carta de seguro divide a mesma origem da carta de segurança, passando do costume para figurar-se nas Ordenações Portuguesas, sendo inclusive de aplicação em território brasileiro na época do domínio lusitano. Igualmente a carta de seguro visava à segurança da integridade física do segurado. A principal distinção com a carta de segurança é de que a carta de seguro tinha espectro de atuação mais amplo. Dentre as características a registrar sobre a carta de seguro é de que ela, inclusive, poderia servir para assegurar de que seu requerente pudesse responder a um processo criminal em liberdade, a semelhança do que ocorre hoje com a liberdade provisória.

Na medida em que evoluía o direito português, apaziguando o regime da autotutela, o mesmo instituto referido foi também evoluindo. Em determinado estágio passou a auxiliar até contra quem pendesse um processo, surgindo assim duas variantes suas: a carta confessativa e a carta negativa. A primeira referia-se a confissão do crime, só que acompanhada de justificativas excludentes de culpa, que ao final da ação deveriam ser provadas. Já, a negativa servia para que se negasse a autoria do crime, preservando sua eficácia até a decisão final do processo.

Guilherme Camargo Massau, no entanto, não finaliza esta temática, sem antes destacar que o instituto não objetivava o controle da legalidade dos atos de autoridades e tão pouco colocava a liberdade como seu fundamento principal. Adverte de que se tratava sobretudo de um favor real, de uma atitude que externava a bondade do soberano e sua preocupação com os súditos. Ou seja, em sua essência, em quase nada corresponde com os atuais contornos do *habeas corpus*, especialmente os do direito brasileiro; apesar de, por vezes, terem produzido alguns efeitos semelhantes que o remédio constitucional produz contemporaneamente.

5.1.2 História do Habeas Corpus em Portugal e sua Configuração Contemporânea

Guilherme Camargo Massau⁶⁸ revela que a história do *habeas corpus* no direito português é bastante reduzida. As condições históricas políticas pouco permitiram ou facilitaram sua adoção em seu potencial máximo, como sucedeu em outros países, a exemplo do Brasil. Mesmo modernamente, a referida garantia fundamental permanece com feições extremamente restritas diante das que poderia assumir. A República em Portugal nasceu apenas nos idos de 5 de outubro de 1910 e com ela os preparativos para a formulação de uma Carta Constitucional.

Conta o autor⁶⁹ que a Carta Constitucional lusitana de 1911 recepciona o instituto do *habeas corpus* por inspiração da Constituição Imperial brasileira de 1891. A Lei Maior portuguesa em seu art. 3º, item de número 31, prescrevia de que o *habeas corpus* seria dado, sempre que uma pessoa sofresse ou se encontrasse em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.

⁶⁸ MASSAU, Guilherme Camargo. *A história do habeas corpus no direito brasileiro e português*. Revista *Ágora*, Vitória, n.7, 2008. p. 20.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 21.

O autor faz questão de registrar a visão de outro jurista, Anthero em 1919, que advogava da desnecessidade do ordenamento constitucional português adotar tal remédio. Para isso, alegava que a legislação vigente era suficiente para proteger contra a ilegalidade ou abuso de poder, que a criação de mais um instituto elevaria ainda mais o número de processos nos tribunais, de que sua adoção estimularia a atuação dos criminosos e prejudicaria a prevenção dos crimes, que as condições portuguesas no que se refere aos costumes e práticas de crimes eram muito distintas das condições inglesas; e, por último, de que Portugal estaria passando por uma época de igualdade, não necessitando de mais um meio para que o indivíduo defenda-se contra agentes ou autoridades públicas - bom referencial para ser utilizado por aqueles que queiram defender de uma forma mais radical, por assim dizer, as propostas de reforma estabelecidas no Anteprojeto em debate neste trabalho.

O *habeas corpus* na Carta de 1911 dependia de regulamentação infraconstitucional, só que pouco interesse existiu em concretizá-la, a exceção de um projeto de regulamento básico apresentado em 1911, pelo deputado Adriano Mendes de Vasconcellos. Todavia, Guilherme Camargo Massau reforça de que o desinteresse era tão acentuado, que a regulamentação do *habeas corpus* só efetivou-se por um decreto-lei datado de 1945, já sob a vigência da Constituição portuguesa de 1933. Ressalta que, de fato, a posição dominante parecia, no fundo, ser contrária à regulamentação do instituto. A Carta Magna de 1933, assim como o fez a de 1911, também deu acolhida ao *habeas corpus*, só que do mesmo modo, deixou a previsão para seu regramento a cargo de legislação infraconstitucional. Acrescentasse a isso, o fato de que o momento político pelo qual passava o país não era dos mais estáveis ou confortáveis, ainda que esta última Constituição tenha surgido através de votação direta.

Diz o estudioso referenciado que o clima de Estado-Constitucional era latente em terras portuguesas e o governo, ainda que sem qualquer alteração nominal, logo começava a organizar o aparelho do Estado para uma esperada nova realidade, entre elas, a reabertura da Assembléia Nacional. Todavia, os primeiros atos legislativos do governo executivo constitucionalizado não tenham correspondido exatamente a tais expectativas. A título de exemplo, a liberdade e a igualdade de expressão do pensamento, em qualquer publicação gráfica, viu-se submetida a restrições pela Lei n. 22469/33. A tônica era ainda mais grave, pois o Decreto-Lei n. 24.124 ainda mandou extinguir a Imprensa da Universidade de Coimbra.

Algo não muito diferente sucedeu com os Decretos-Lei de n. 22.468 e n. 22.469, ainda do ano de 1933, submetendo a liberdade de reunião a certas exigências prévias, exigindo uma autorização anterior das autoridades públicas – se não nos falha a interpretação do artigo. Como bem anota Guilherme Camargo Massau, a liberdade, naquele momento, não era valorizada, pelo contrário, era bastante controlada.

Guilherme Camargo Massau⁷⁰ descreve que o controle autoritário sobre a liberdade só fez crescer no transcorrer dos anos que se seguiram. No regime de Salazar, as rédeas foram mais apertadas ainda. A Segunda Guerra Mundial e o gradual e progressivo controle dos Aliados sobre o exército alemão forçaram ao governo de Salazar a reconhecer sua condição de fragilidade. Em adição, crises decorrentes de fontes internas e externas, ocorridas entre os anos de 1943 e 1944, obrigaram ao regime autoritário português a tomar outras medidas de prevenção frente à iminência da vitória dos Aliados na Segunda Grande Guerra.

Pois bem, Guilherme Camargo Massau aponta que foi justamente nesse quadro político que surgiu o Decreto-Lei n. 35.043 de 20 de outubro de 1945, regulamentando o *habeas corpus* e dando a funcionalidade esperada ao texto constitucional de 1933. Conclui o autor de que longo foi o período para que tal remédio constitucional fosse posto em prática em Portugal.

Todavia, a situação política já relatada não deixou de ter forte reflexo sobre a regulamentação trazida pelo Decreto-Lei, que não deixou de priorizar o equilíbrio entre ordem e liberdade. O art. 7º do Decreto-Lei n. 35.043/45 colocava expressamente o *habeas corpus* como uma medida de caráter extraordinário e somente possível de se pleitear para os casos de alguma das situações previstas nas alíneas do parágrafo único do mesmo art. 7º do referido Decreto-Lei. Guilherme Camargo Massau anuncia de que o atual Código de Processo Penal português manteve o regramento do *habeas corpus* em diversos aspectos de forma semelhante com que o fez o Decreto-Lei de 1945. No entanto, permanece sendo considerado uma medida extraordinária, pois só esgotadas as vias judiciais para cessar a detenção ou a prisão, poderá se recorrer a esta garantia. Sem dúvida, o viés dado a este instrumento em terras lusitanas e bastante distanciado do que lhe é atribuído no Brasil.

⁷⁰ MASSAU, Guilherme Camargo. *A história do habeas corpus no direito brasileiro e português*. Revista Ágora, Vitória, n.7, 2008. p. 23.

No Brasil não se exige o esgotamento prévio de instâncias jurisdicionais, até porque o remédio é cabível até em fase investigatória. A reforma do Anteprojeto, a título de favorecer a celeridade do trabalho judiciário em benefício das partes, sem querer, adota alguns regramentos assemelhados, como certa exigência de se esgotar recursos judiciais prévios, quando determina, por exemplo, que não caberá *habeas corpus* no transcorrer do processo, se ainda for previsto recurso com efeito suspensivo. Não fazemos aqui propriamente uma crítica, apenas apontamos um possível traço de similaridade, pois contextualmente, as situações políticas e a doutrina por trás de sua elaboração provavelmente carregam enormes distinções conceituais e principiológicas em comparação ao caso português.

5.2 O PROCESSO DO HABEAS CORPUS NO DIREITO COMPARADO

5.2.1 Noções Gerais e Históricas do Desenvolvimento do Habeas Corpus na América Latina

Gumesindo Garcia Morelos escreve artigo⁷¹ versando sobre o processo do *habeas corpus*, e outras de suas características, dando especial atenção a realidade latino-americana, no entanto não deixa de abordar a realidade de diversos países europeus, a exemplo de Inglaterra e Espanha, que tiveram influência direta na incorporação e regulamentação desta garantia constitucional na história da América Latina. Na época, o referido autor era professor do curso de Mestrado em Direito Processual Constitucional da Universidade Panamericana. O artigo aqui abordado teve como um de seus objetivos, comemorar os 160 anos da primeira sentença concedida diante de um recurso de Amparo, que faz as vezes do instituto do *habeas corpus*, a exemplo do que ocorre no México.

Gumesindo Garcia Morelos⁷² ensina que a garantia de liberdade foi um aporte do direito inglês e espanhol ao universo processual, sendo que prevalece e sobressai-se até hoje o aporte anglo-saxão. Observa que a própria Constituição espanhola de 1978 reprova o aporte inglês, mas, ao final, acaba seguindo a tradição anglo-saxã, distanciando-se de glorioso passado processual aragonês. Explica que a incorporação do instrumento em solo latino-americano foi influenciada pelas Treze Colônias britânicas que trouxeram consigo tal instituto, sendo acolhido pelas nações locais, logo que se fizeram independentes de Espanha e

⁷¹ MORELOS, Gumesindo Garcia. *El proceso de habeas corpus en el derecho comparado*. Biblioteca Jurídica Virtual del Insituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Autónoma de Mexico.

⁷² *Ibidem*, p.509.

Portugal. Afirma que o processualismo constitucional latino-americano fez importantes incorporações ao *habeas corpus*, ampliando seu raio de tutela para assegurar outras prerrogativas ligadas à liberdade pessoal, entre elas: a vida, a integridade física ou qualquer outra medida que prejudique ilegitimamente a privação de liberdade.

O autor considera que o direito latino-americano superou seu rol clássico, fazendo com que o *habeas corpus* tenha ganhado certo grau de superioridade frente ao modelo inglês. Nesse sentido, traz, por exemplo, o sistema jurídico do Peru, que em seu Código de Processo Constitucional, datado de 2004, regula todos os processos constitucionais, incluindo o do *habeas corpus*. Já Costa Rica e El Salvador regularam a garantia em debate através de leis especiais, a Lei da Jurisdição Constitucional e Lei de Procedimentos Constitucionais, respectivamente, no entanto Gumesindo Garcia Morelos faz questão de frisar que na sistematização peruana está o passo definitivo nesta evolução, especialmente falando no seu viés científico. Relata que, porém, a legislação mais recente foi a Lei n. 23.098 da República Argentina, tendo sido promulgada no ano de 1984, regulando de forma especial o instituto, que como consequência do regime militar (período de 1976 a 1983) e das adversidades que enfrentou o *habeas corpus* em sua eficácia e raio de proteção, exigindo que seu funcionamento fosse de procedência tradicional, contra desaparecimentos forçados, o que em princípio os tribunais consideraram improcedente, determinando que o caminho para averiguar tais situações era de jurisdição penal.

Essa questão provocou, ainda que tardiamente, a reação da Suprema Corte argentina, assumindo uma tese positiva a respeito de seu âmbito de salvaguarda, com o que a jurisprudência constitucional argentina fixou os precedentes necessários para sua evolução, que foram posteriormente adotadas nas leis e jurisprudência constitucionais latino-americanas. Assim, o procedimento de exibição de pessoa da Guatemala, originário de 1986, estabeleceu delineamentos importantes para seu controle judicial; por sua vez, o *habeas corpus* na Colômbia e no Peru, teve de maneira expressa contemplada sua procedência nos ordenamentos constitucionais e suas leis regulamentárias.

Gumesindo Garcia Morelos⁷³ leciona que outro campo de revisão processual corresponde aos estados de sitio, onde sabidamente cometiam-se graves violações às

⁷³ MORELOS, Gumesindo Garcia. *El proceso de habeas corpus en el derecho comparado*. Biblioteca Juridica Virtual del Insituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Autónoma de Mexico. p.511.

liberdades constitucionais, fazendo-se urgente uma acomodação de suas pretensões protetoras. A transição para a doutrina do direito processual constitucional resultou em importantes modificações legislativas para atender adequadamente a natureza da garantia da liberdade, visto que em alguns ordenamentos o *habeas corpus* foi legislado nos Códigos de Processo Penal, o que não foi aceito pelas correntes mais modernas. A Argentina, anteriormente a 1984, a regulava no Código de Processo Penal (de ordem Federal), e, em algumas províncias se mantém na atualidade neste campo, como ocorre na Província de Buenos Aires, embora se lhe atribua uma visão própria dos processos constitucionais. No Chile, onde este remédio constitucional é denominado de recurso de amparo, ainda que se trate verdadeiramente de um *habeas corpus*, encontra-se desenvolvido no ordenamento processual penal, ainda que também esteja sujeito a uma leitura própria do direito processual constitucional.

O autor dará destaque à Colômbia como um bom exemplo desta evolução, já que sua Constituição de 1991 determinou em seu dispositivo de número 31, a garantia do *habeas corpus* de forma genérica, exigindo que venha a ser regrado por uma lei especial conhecida como lei estatutária, todavia, essa disposição fundamental não foi cumprida, já que o desenvolvimento processual do remédio foi inserido na sistemática do processo penal. O resultado acabou sendo a demanda de uma ação de inconstitucionalidade perante a Corte Constitucional colombiana, alegando-se a infração da Lei Fundamental. Anota Gumesindo Garcia Morelos que tal decisão merece atenção, pois tratou de delimitar a natureza jurídica do *habeas corpus*. Ressalta de que, quanto a questão da natureza jurídica deste remédio constitucional, existe uma diversidade de opiniões: trata-se ele ora como uma ação ora como um recurso, quando na verdade trata-se de um processo – afirma o autor.

Gumesindo Garcia Morelos⁷⁴ sublinha que o *habeas corpus* é portador de uma dualidade em sua natureza, como se poderá verificar, já que seria um processo, por um lado, e um recurso, por outro. Destaca que esta mistura o converte em uma verdadeira garantia, evitando posicionamentos que busquem restringir sua função de assegurador de direitos. Na sua faceta processual, o estudioso registra a importância de ser este um processo de caráter sumário, e agora com caráter de máxima urgência, as respostas devem ser imediatas, sob pena de se descaracterizar a sua função. Já, pela sua face recursal, tende a combater decisões

⁷⁴ MORELOS, Gumesindo Garcia. *El proceso de habeas corpus en el derecho comparado*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Autónoma de México. p.512.

manifestamente arbitrárias dos tribunais, sejam eles, militares ou civis. Gumesindo Garcia Morelos, então, diz que a construção conceitual do *habeas corpus*, desde uma visão interamericana, fica devidamente apresentada, podendo-se resumi-la na proteção sumária da vida, da liberdade e da desapareição forçada de pessoas. O autor também destaca a importância de sua função para salvaguardar as condições dos internos nas prisões.

5.2.2 O Rito Processual do Habeas Corpus no âmbito do Direito Latino-Americano

Após ter discutido a questão da natureza jurídica do *habeas corpus*, Gumesindo Garcia Morelos⁷⁵ passa a analisar questões do seu regime processual. Afirma que, entre os povos latino-americanos, o instituto do habeas não tem uma evolução idêntica, mas possuem mais similaridades do que assimetrias, diferentemente do que ocorre entre os países anglo-americanos. Reitera de que, em nosso constitucionalismo, o remédio já se encontra regulado, seja com a denominação tradicional ou de exibição de pessoa, o que soa ocorrer na Argentina, Bolívia, Brasil, Chile (Recurso de Amparo, nesse país), Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Porto Rico, Republica Dominicana, Uruguai e Venezuela. Ressalva de que o México não consagra tal garantia com o nome de *habeas corpus*, mas a submete dentro do processo de amparo, que, por sua vez, abriga diversos outros institutos processuais.

A maioria dos ordenamentos que regula o processo de *habeas corpus* fez opção por leis especiais, a exemplo do Código Processual Constitucional no Peru ou da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional na Bolívia. De outra via, alguns ordenamentos acolheram o processamento do instrumento no âmbito da lei processual penal, como acontece no Chile e no Brasil. Comenta, porém, de que na República Argentina, a Lei n. 23.098 (já referenciada anteriormente), em nível Federal, regulamenta de maneira autônoma a garantia jurisdicional do *habeas corpus*, assim como também o faz a Lei do *Habeas corpus* da Colômbia. Quanto ao caso argentino, registra de que internamente existe certa variação entre uma província e outra: a província de Buenos Aires regulamenta a ação pelo Código de Processo Penal, enquanto a Província de Tucuman, pelo Código de Processo Constitucional. Se não bastasse toda a riqueza de informações já apresentadas pelo autor, ele ainda nos exporá o caso especial do Uruguai, onde o *habeas corpus* não se aplica por meio de uma lei infraconstitucional, mas diretamente da sua Constituição.

⁷⁵ *Ibidem*, p.514.

Diz Gumesindo Garcia Morelos que se podem identificar pressupostos processuais comuns⁷⁶ entre as diferentes realidades jurídicas tratadas: contra prisões arbitrárias (caso de *habeas corpus* do tipo reparador) ou contra ameaças a liberdade da pessoa (caso de *habeas corpus* preventivo), agravamento indevido nas condições de cumprimento de prisão (que o autor denomina de *habeas corpus* corretivo), contra desaparecimentos forçados ou prisões durante os estados de sítio. Anota de que a legitimação costuma ser de carácter público (a exemplo da Argentina, México ou Peru), onde qualquer pessoa está apta a solicitar tal remédio, não se exigindo qualquer formalismo para postular perante os juízes, estes que podem admitir tais ações em qualquer momento, sem importar o dia ou a hora, habilitando-se a isso, inclusive juízes de execução (como soa acontecer na Guatemala e na Nicarágua) ou órgão jurisdicionais auxiliares (como sucede no México), tendo em vista que é importante a concentração dos atos processuais para executar de modo imediato as medidas cautelares urgentes. Gumesindo Garcia Morelos observa que o princípio dispositivo se combina com o princípio da oficiosidade em diversas regulamentações, a exemplo do que acontece na Argentina e na Guatemala – e no Brasil, como já é de amplo conhecimento – já que os órgãos jurisdicionais estão autorizados poderão iniciar por seu próprio impulso o processo, sempre que tenham conhecimento da ocorrência de alguns dos pressupostos suficientes para instauração de tal ação.

O professor ainda destaca que o momento principal deste processo é aquele em que teremos a ordem para a exibição da pessoa detida, para que seja apresentada de maneira imediata perante o órgão julgador, visando determinar a legalidade ou não da coação. Observa Gumesindo Garcia Morelos de que em alguns países o juiz pode solicitar a manifestação do coagido no próprio local onde está detido, como soa ocorrer na Argentina ou no Paraguai, como alguns dos exemplos. Nestas últimas situações, destaque-se não haver exigência de nenhum requisito prévio para que o julgador faça tal opção, podendo fazer a audiência no próprio local e desde já podendo decidir o mérito da ação. Ensina ainda de que os juízes costumam ter amplos poderes de direção do processo. Na Argentina, no Peru e no México, exemplificando, pode-se até decretar medidas cautelares de ofício.

⁷⁶ MORELOS, Gunesindo Garcia. *El proceso de habeas corpus en el derecho comparado*. Biblioteca Juridica Virtual del Insituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Autónoma de Mexico. p.515.

Ainda algumas legislações permitem que os juízes recolham ou busquem provas que julgarem oportunas, se estas não puderem ser trazidas em momento imediato. Destaca ainda a regra de que tal tipo de processo não costuma permitir sobrestamento por inatividade processual, devendo ser contínuo até o momento em que se possa alcançar a resolução do mérito.

Por fim, igualmente sublinha que a vigência da garantia do *habeas corpus*⁷⁷ nos casos de estado de sítio não poderá ser suspensa, assim como não o poderão ser os direitos que esta mesma garantia quer proteger. Esta última recomendação, destaca de forma brilhante Gumesindo Garcia Morelos, encontra bases inclusive na Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente em suas opiniões consultivas, 8/87 (30 de janeiro de 1987) e 9/87 (6 de outubro de 1987) e em algumas decisões por ela emitidas, a exemplo de : Velazquez Rodriguez (1988), Godinez Cruz (1989) e Victor Neira Alegria & outros (1995). Ressalta que tal doutrina proveniente da Corte Interamericana passou a ser acolhida de maneira expressa nas leis fundamentais de países como Argentina (pela sua reforma constitucional de 1994), Colômbia, Bolívia, Paraguai, Peru, entre outros.

⁷⁷ MORELOS, Gunesindo Garcia. *El proceso de habeas corpus en el derecho comparado*. Biblioteca Juridica Virtual del Insituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Autónoma de Mexico. p.516-517..

6 PONTES DE MIRANDA: UMA VISÃO DIFERENCIADA SOBRE O HABEAS CORPUS

Pontes de Miranda é autor de referência clássica para qualquer um que deseje aprofundar seus conhecimentos sobre o direito brasileiro. Material que teria passado em branco, não fosse o alerta feito pelo professor Mauro Fonseca Andrade, o orientador desta pesquisa. Ainda que o autor na esteja mais entre nós e sua doutrina fale de normas ou codificações já fora de vigência muitas vezes, é quase inquestionável a capacidade do estudioso em destrinchar as principais características dos institutos jurídicos, seja qual ele for.

O autor, mais conhecido pelos tratados de direito civil, para nossa felicidade, também acabou produzindo obra sobre o instituto do *habeas corpus*: *História e Prática do Habeas corpus, Direito Constitucional e Processual Comparado*⁷⁸. Mais especificamente, neste trabalho, foi utilizada edição revisada em 1999 por Vilson Rodrigues Alves⁷⁹, o que garante a inclusão da análise das normas vigentes pela Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal de 1941 nas suas alterações mais recentes da época, ainda que não feita originariamente por Pontes de Miranda.

⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. 2v.

⁷⁹ As distintas editoras e livrarias aonde o referido autor tem suas obras publicadas ou comercializadas informam o seguinte currículo: Doutor em Direito Internacional, PhD pela American World University, de Yowa-USA. Mestre em Direito Civil pela PUCSP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo. Juiz Instrutor e Formador da Escola Paulista da Magistratura. Professor de pós-graduação em Direito Civil e em Direito Processual Civil, Professor Titular de Direito Processual Civil, Professor Adjunto de Direito Penal e Professor Adjunto de Linguagem Jurídica, em várias universidades. Autor de várias obras jurídicas no âmbito do Direito Civil-Constitucional, do Direito Civil, do Direito Processual Civil, do Direito Comercial e atualizador da obra do jurista Pontes de Miranda, com diversos livros publicados sob sua autoria e atualização.

6.1 SOBRE A OBRA HISTÓRIA E PRÁTICA DO HABEAS CORPUS DE PONTES DE MIRANDA

A obra comporta dois tomos, totalizando algo em torno de oitocentas páginas, aonde Pontes de Miranda e Vilson Rodrigues Alves esmiúçam todos os detalhes deste remédio processual constitucional. Só em notas e referências bibliográficas encontraremos ao redor de cinquenta páginas, auxiliando a demonstrar especialmente a magnitude de pesquisa jurisprudencial que dá sustentação aos estudos efetuados por Pontes de Miranda. Na jurisprudência recolhida, serão encontradas inúmeras menções aos julgados da Suprema Corte brasileira do período imperial até as décadas de 1960, 1970 aproximadamente. Os antigos tribunais estaduais, hoje, na sua maioria, os Tribunais de Justiça, também foram devassados no que diz respeito a suas decisões referentes aos casos de *habeas corpus*, especialmente no que foi emitido pelas Câmaras Criminais no decorrer de inúmeras décadas. Em verdade, a obra inicia analisando o nascimento e desenvolvimento do instituto na Inglaterra, passando aos Estados Unidos da América e chegando até o Brasil.

No Brasil, Pontes de Miranda discorre sobre a Constituição do Império, ao mesmo tempo em que dá notícias sobre os precedentes do *habeas corpus* em Portugal. O autor não chega a analisar o *habeas corpus* separadamente em cada uma das fases da história nacional, mas faz uma análise diretamente comparativa passando por todas as Constituições brasileiras, desde o Império, passando pela Constituição de 1934, 1946, de 1967, pela Emenda n. 1 realizada em 1969, até chegar em 1988, cremos nós, já pelas mãos de Vilson Rodrigues Alves. Especial atenção também recebem o Código de Processo Criminal de 1832 e o atual Código de Processo Penal de 1941. Nesse ponto de análise, que domina a maior parte da obra, analisando a jurisprudência comparativamente sob estes distintos conjuntos normativos, Pontes de Miranda e Vilson Rodrigues Alves vão esmiuçando questões como legitimidade, partes, o conceito de liberdade física, a natureza das decisões que concedem o *habeas corpus*; buscando, assim, delimitar da melhor forma possível o mais correto conceito e formas de aplicação e processamento do remédio constitucional.

Sem dúvida, um livro de grande envergadura física e teórico-conceitual. Obviamente que para fins desta pesquisa não poderá ser sintetizado tudo o que foi dito pelo proeminente jurista. Serão destacadas, sim, algumas ideias-chave, diretas ou indiretas, que tenham maior utilidade à pesquisa. Acreditamos que, sem nenhum exagero, abordar toda essa grandiosa obra seria em si mesmo um tema para um trabalho de conclusão de curso inteiro. Fizemos um

esforço de abordar os tópicos ou pontos mais relevantes para o nosso tema, sem, no entanto, ofuscar a excelência desta nobre fonte bibliográfica. Na realidade, devido a fatores de prazo para desenvolvimento deste projeto e de extensão física do mesmo, pertinente acredita-se é colacionar neste trabalho essencialmente a sua parte histórica, em alguns aspectos.

Isso porque seus contornos originários vão formando-se desde a Inglaterra, passando pelos Estados Unidos, até chegarmos ao Brasil Império e o começo de nossa República. O restante da obra será apreciado num momento posterior, na parte analítica final provavelmente, de onde se extrairão informações ou argumentos postos por Pontes de Miranda que possam a vir a sustentar ou não nossas conclusões finais.

6.2 PREFÁCIOS

Nesta edição atualizada de *História e Prática do Habeas Corpus*, de Pontes de Miranda, Vilson Rodrigues Alves reúne os prefácios anteriores e originais das diversas edições escritas pelo próprio Pontes de Miranda. A importância de resgatar tais elementos está no fato de que, desde aí, encontrar-se-á importantes notícias sobre a análise e fundamentos teóricos do renomado jurista. Inicie-se pelo prefácio da primeira edição⁸⁰, datada do longínquo março de 1916. Assevera o nobre jurista que preferiu a exatidão dos fatos, a feição prática e a atualidade, a muitas coisas que para ele pareciam excessivamente profundas.

Afirmou que as pesquisas em leis congêneres tenham provavelmente salvado as páginas de sua obra de uma monotonia; assim com também o fez, o vaguear por outras nações, seguindo a evolução natural do instituto. Pontes de Miranda aproveita para fazer um alerta de que todo o direito público brasileiro era deficitariamente estimado à época, sendo por poucos cultivado e menosprezado por muitos. Diz o jurista: “A própria substância constitucional continua a ser, para os mais de nós, ‘terra incógnita’”. Foi mais além, ressaltando que todos os demais ramos da ciência jurídica tiveram no Brasil cultores sérios; já no que se refere ao direito constitucional, talvez tenhamos tido três ou quatro momentos em que foi apanhado por mãos de mestres.

⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 19-20.

Passando ao Prefácio da edição de 1951⁸¹, Pontes de Miranda anota que, aos vinte e três anos de idade, quando escreveu esta obra, já trazia consigo a formação liberal e democrática que recebera. Observa que livro de doutrina que vence é aquele que perde originalidade para virar fato da vida. Alega dois méritos para sua obra: ter sido a primeira, no mundo, de direito comparado sobre o *habeas corpus* e não ter tido nenhum outro igual até aquele período. Indica que, quanto ao seu objeto, o seu pensamento não proporcione que se extrapole o conceito de liberdade física, porém não permitindo tampouco que a confundissem com outras liberdades. O jurista adverte que, para defender um direito, é preciso que se saiba onde ele começa e onde ele termina, alegando que o vago abre portas às indecisões e às controvérsias, portanto, às injustiças – conclui o autor.

Na seqüência, encontra-se o Prefácio da edição de 1972, obra já na sua sétima edição. Pontes de Miranda afirma categoricamente que o *habeas corpus* foi um dos passos mais seguros e uma das armas mais eficientes para a salvação da civilização ocidental. Adverte que, mesmo os povos que avançam ou avançaram, com revoluções, para a maior igualdade, devem com o tempo, atentar para o fato de que o homem só possui três caminhos que o elevam no futuro: a democracia, a liberdade e a maior igualdade. Por último, trazemos a nota do atualizador⁸², Vilson Rodrigues Alves.

Nela, o atualizador elogia a exatidão dos fatos e o rigor histórico de mais de oitocentos anos de evolução do instituto, dos quais em nenhum momento descuidou-se Pontes de Miranda, especialmente no que diz respeito a sua feição prática e caráter científico. Afirma que a referida obra apresenta um profundo estudo de direito comparado, notadamente a partir do remédio constitucional na Inglaterra, e assenta-se na formação liberal e democrática do insuperável Pontes de Miranda, que durante décadas, dedicando-se à exposição do instituto, apontou os três caminhos para que o homem possui para elevar-se: a democracia, a igualdade e a liberdade – como não se poderia deixar de prever. O último Prefácio registrado na obra consultada é o da oitava edição do livro de Pontes de Miranda, datado de fevereiro de 1979. Ou seja, tem-se a disposição o que pensou e pesquisou Pontes de Miranda sobre o *habeas corpus* em quase um século de história.

⁸¹ *Ibidem*, p. 17.

⁸² MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 13.

6.3 DA LIBERDADE FÍSICA

Pontes de Miranda assevera de que não se pode afastar a invocação do texto constitucional em qualquer caso de ofensa ou ameaça de liberdade física, incluindo aqui também as ameaças por meios meramente psíquicos. Alerta de que, ao se falar de liberdade física, de nenhuma maneira pode-se cindir liberdade física e psíquica. Alega que, quando o direito distinguiu a liberdade física, ou a liberdade de ir, ficar ou vir, de maneira nenhuma quis considerar como antecipadamente excluída a coação psíquica. Diz que somente não é liberdade física a liberdade de crença. No entanto, destaca que a coação ou ameaça pode ser física para que se viole outro tipo de liberdade⁸³.

Para o jurista, o que primeiro editou-se foi a regra de direito material, a regra jurídica da liberdade de ir, ficar e vir. Em segundo, cogitou-se da pretensão pré-processual, da qual nasce uma promessa do Estado de prestar, judicialmente, aquilo que restaure a liberdade de ir, ficar e vir, se foi violada, ou que evite a violação com que alguém ameaça; ou seja, escolheu-se um meio processual. A história do *habeas corpus*, para Pontes de Miranda, é a história de um desses meios⁸⁴.

Diz que o pedido de *habeas corpus* é pedido de prestação jurisdicional em ação, cuja classificação é preponderantemente mandamental. Reitera de que sua pretensão não é recursal. É ação contra aquele que viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir. Seja contra uma autoridade policial, contra um juiz, contra um tribunal e até contra uma autoridade do Poder Legislativo.⁸⁵ Pontes de Miranda conclui tratar-se de direito subjetivo, com a pretensão e a ação, criado no âmbito do direito público, a que corresponde a ação no sentido de direito processual⁸⁶.

6.4 O HABEAS CORPUS NA INGLATERRA DESDE 1215

Pontes de Miranda informa que a Petição de Direitos e a Lei de Carlos II foram aonde, pela primeira vez, o *habeas corpus* tornou-se direito público subjetivo processual, ação.⁸⁷

⁸³ *Ibidem*, p. 36.

⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 38.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 40.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 54.

Relata que o valor da Carta Magna é restrito à sua obtenção própria que é o interesse dos barões contra o despotismo do rei, sendo tal a razão de ser do ato de 1215. Não há de se encontrar nela a concepção de homem como titular de direitos.⁸⁸ Esclarece o nosso ilustre jurista de que sua finalidade era evitar, ou remediar a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas. Observa que, também nesse tempo, nos casos de prisão preventiva, o acusado não poderia ser tratado como indivíduo já condenado, refutando-se a prisão com caráter de pena. Por esse mesmo motivo, o paciente deveria comparecer perante a justiça com os pés e as mãos livres.

Discorrendo um pouco sobre o que era a liberdade pessoal nos povos antigos e na Idade Média, Pontes de Miranda explica que o direito de ir, ficar e vir era noção vaga, sem garantias ou seguranças necessárias que o efetivassem. As violações restavam impunes. Em todos os lados, indivíduos eram coagidos ilegalmente. Anota de que os próprios julgadores obrigavam homens livres a prestar-lhes serviços domésticos⁸⁹.

O autor destaca que, no entanto, outras formas de liberdade eram mais bem protegidas naqueles períodos. Lembra de que a liberdade pessoal, por exemplo, era protegida pela antiga Constituição Judiciária Saxônica. Mas não se registra na Carta Magna qualquer remédio que por suas qualidades pudesse ser definido como antecedente para o *habeas corpus*. Anota que desde sua instauração, tal Carta constitucional advertia de que nenhum homem livre podia ser detido, exceto se fosse acusado ou já condenado criminalmente ou por dívida civil.

Na primeira situação, poderia sempre o paciente pedir à Corte do Banco do Rei um *writ of habeas corpus ad subiiciendum*.⁹⁰ Observa que, do ponto de vista científico do direito, o remédio jurídico processual, como um direito constitucional, surgiu só posteriormente. Em outras palavras, a “coisa” existia desde o século XIII; e, portanto, intrinsecamente, o nome, que dela derivou. Pontes de Miranda aponta de que o tribunal competente para conhecer o *habeas corpus* era a Casa do Banco do Rei, que assim se chamava, porque lhe competia julgar os casos criminais e de suprema justiça ainda reservados pessoalmente ao rei.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 55.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 56.

⁹⁰ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 57.

Passados alguns anos, esta Corte primitiva dividiu-se em três: *court of exchequer*, a *court of common pleas* (processos civis e ordinários entre particulares) e a Corte do Banco do Rei propriamente dita.⁹¹ Não obstante, Pontes de Miranda relata que já existiriam remédios jurídicos processuais do tipo do *habeas corpus*, mesmo antes da Magna Carta. Foi com a prevalência dos julgados pelas cortes de *common law* que o *habeas corpus* se desapegou do *writ of certiorari* e do *writ of privilege*. Posteriormente, com Henrique VIII, a partir de 1485, o *habeas corpus* passou a atuar como remédio jurídico processual constitucional, mesmo quando impetrado contra a Coroa⁹².

Pontes de Miranda registra que, para os ingleses, os direitos das pessoas eram classificados em duas espécies: absolutos e relativos. Os absolutos consistiam na liberdade pessoal, na segurança pessoal e na propriedade pessoal, sendo estes os tais clássicos direitos e liberdades inglesas, que muito se fala, mas pouco se compreende – adverte nosso nobre jurista. São absolutos porque dirigidos a todos, sendo próprios ao homem-indivíduo, exigíveis diante de quem quer que seja. Já os direitos relativos, eram aqueles pertencentes ao homem, não por si, mas por serem membros da sociedade, ou como seres ligados por laços e relações que lhes emprestam tais direitos⁹³.

Quanto a tutela dada pelo *habeas corpus* na Inglaterra, Pontes critica aqueles que pretendem ver a proteção à liberdade pessoal almejada no *habeas corpus* inglês como algo a mais que a liberdade física. Afirma que a liberdade pessoal foi e sempre será a liberdade de locomoção, a liberdade física. Pontes de Miranda novamente ressalta que o objetivo principal da lei inglesa é proteger e assegurar a liberdade pessoal dos indivíduos, consistindo tal liberdade no poder de mudar de lugar e de situação, ou de se transportar para qualquer lugar que se deseje, sem impedimentos ou prisões, exceto se a lei o ordenar em contrário⁹⁴.

O nosso autor ainda registra que, nos Estados Unidos da América, onde, aliás, o conceito de liberdade foi oriundo dos ideais franceses de 1789, não seria menos verdade que a liberdade pessoal exprimiria apenas o direito de ir, ficar e vir. Segundo Pontes de Miranda, mesmo neste país, o *habeas corpus* continuou sendo definido como remédio legal contra as

⁹¹ *Ibidem*, p. 58.

⁹² *Ibidem*, p. 59.

⁹³ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 59.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 63.

coações ilícitas a tal direito. Observa que, na Inglaterra, a palavra liberdade, em direito, sempre vem acompanhada de um adjetivo ou atributo: liberdade pessoal, liberdade de imprensa, entre outros exemplos.⁹⁵ Destaca que, porém, nos Estados Unidos da América, embora muito aproveitassem do direito inglês, sua concepção de liberdade era contemporânea da liberdade abstrata, indefinível e ampla dos pensadores franceses. Seria este o motivo de, tantas vezes, encontrar-se lá o vocábulo *liberty*.

Pontes de Miranda reitera que a liberdade inglesa não é essa, distinguindo-se muito de forma qualitativa. A dos franceses é aquela integral, dogmática e abstrata; a dos ingleses é concreta, dividindo-se em espécies: de imprensa, de consciência, física, etc. E a liberdade física, afirma, define-se em termos verbais invariáveis e salientes: ir, ficar e vir. Nosso jurista insere o seguinte comentário: “Dir-se-á que a outra, a de Paris, é mais bela, mais sedutora. Não há dúvida. Porém mais mentirosa”⁹⁶.

A Magna Carta, como já anteriormente apontado, prescrevia que nenhum homem livre podia ser preso, nem simplesmente detido, sem que fosse condenado por seus pares ou pelas leis do país. Pontes de Miranda informa que a época existiria três meios de se livrar o cidadão inglês de uma prisão injusta: o *writ* de mão tomada, o *writ* de *odio et atia* e o *writ* de *homine replegiando*.⁹⁷ Todavia, ressalta de que nenhum desses meios era tão eficiente e pronto quanto o *writ of habeas corpus*. Sendo a detenção injusta de homem livre tão odiosa, o direito inglês sempre buscou conceder contra tal ilegalidade, meios de direito, dos quais o mais prático, como o mais expedito foi o *writ of habeas corpus*, tornando-se tal medida a mais preferida. Justamente por esta sua forte praticidade, tornou-se o remédio mais desejável na proteção da liberdade física.⁹⁸ Intercalando comentários com o histórico do *writ* nos Estados Unidos como vinha fazendo, Pontes de Miranda traz notícias sobre a Emenda 14 à Constituição dos Estados Unidos da América. Tal emenda, proposta em 1866 e promulgada 1868 quis assegurar, sob o vocábulo *liberty*, todas as liberdades filosóficas e políticas atribuíveis ao homem. Bem observa nosso eminente jurista de que não era a primeira vez que a lei constitucional americana reverenciava Montesquieu⁹⁹.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 64.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 67.

⁹⁸ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 68.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 71.

De forma meio que repentina, Pontes de Miranda dá um salto ao Brasil, para comentar-nos um pouco acerca da definição brasileira. Destaca que, em certa oportunidade, o conselheiro Lafaiete Rodrigues Pereira, em sessão do Conselho de Estado, no ano de 1883, teria frisado que a liberdade pessoal é a liberdade física e de que a sua extensão coincide com a aplicabilidade do *habeas corpus*, um remédio extraordinário, instituído para fazer cessar, de pronto e imediatamente, a prisão ou constrangimento ilegal. Logo, conclui Pontes de Miranda de que não houve modificação na equivalência. Seja na Inglaterra, nos Estados Unidos da América ou no Brasil, o conceito continua o mesmo no seu entendimento, tampouco se alterando o caráter do *habeas corpus*. Esse continua adstrito à liberdade física, ao direito de locomoção, que seria o mesmo que a faculdade de ir, ficar e vir em sua mais perfeita efetividade, até onde não lhe proíba a lei¹⁰⁰.

Pontes de Miranda traz ainda lição do professor de direito público, Paulo Autran, que ensina que a liberdade pessoal consistiria em poder o homem mover-se de um para outro local e transportar sua pessoa para onde lhe aprouver; e no direito que o indivíduo tem de buscar as condições mais favoráveis à sua prosperidade, decorrendo daí necessariamente o direito de permanecer num local ou dele sair, se lhe convier. A isso se opõem: a prisão injusta, as dificuldades artificiais ao trânsito livre do cidadão por todo o território do Estado e a proibição de emigrar ou temporariamente sair do país. Proibir a imigração, salvo quando o Estado precise que o cidadão lhe preste serviço, é violar direito natural que cabe a todo homem para transportar-se para onde lhe convier.

Liberdade física é direito socialmente básico e imprescindível para a vida prática do homem, e o reconhecimento de tal liberdade foi uma dessas conquistas históricas fundadas em sacrifícios e lutas sucessivas, destaca Pontes de Miranda¹⁰¹. Existem diversos meios de restringir a liberdade pessoal, alguns, inclusive podem originar-se de lei legítima; porém, Pontes de Miranda ressalva que, mesmo assim, não deverá ficar menos íntegra a liberdade pessoal. No entanto, se provierem de autoridades incompetentes, do arbítrio de outros (autoridade ou particular), surgirá, então, a figura jurídica da violação, punível pelas leis e imediatamente remediável pelo *habeas corpus*.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 72.

¹⁰¹ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 72-73.

Nosso jurista observa que nem todos os países tem, de fato, a liberdade pessoal, nem sequer, de direito, o remédio que é o *habeas corpus*, ou outro que seja de igual prontidão ou índole. Pontes de Miranda registra que os escritores políticos brasileiros do primeiro e segundo Império sempre entenderam tal liberdade numa concepção de liberdade abstrata; confundiram, mesmo tendo sido educados no bom direito inglês, a liberdade pessoal com a liberdade geral¹⁰².

Na sequência, Pontes de Miranda comenta sobre o reinado de Carlos I e a *Petition of Rights*. Relata que Carlos I era monarca mal aconselhado, pretendendo governar sem leis e sem nobreza. Com isso, a velha ambição de liberdade incendiou novamente o ânimo do povo inglês e as novas opressões acentuaram ainda mais a gravidade do momento histórico. Chegou a dissolver o parlamento por quatro vezes sucessivas. Para alguns estudiosos a execução de Carlos I era muito censurável, no entanto, se assim não fosse, teria o mesmo acontecido com as liberdades dos ingleses.

Quando do lançamento, sem autorização parlamentar, certo imposto geral e sistemático, conhecido por *ship money*, a reação nacional desencadeou-se em definitivo. O fato era de que, os homens do povo, quando se recusavam a contribuir eram conduzidos à força para o serviço da marinha. Nobres eram constrangidos a comparecer perante o Conselho, de onde às vezes eram remetidos para as prisões. Entre os que assim foram tratados, encontra-se o caso dos cinco fidalgos, que em face de tal coação indevida, pediram à Corte o *writ of habeas corpus*. Tal petição não tinha inovações, tratava-se apenas de uma nova confirmação para as velhas liberdades inglesas. O pedido fundava-se especialmente no § 29 da Magna Carta que prescrevia que nenhum homem livre será preso, nem detido, sem julgamento legal de seus iguais ou em conformidade com as leis¹⁰³.

Pontes de Miranda anota que é dessa época que data a Petição de Direitos, que incluía entre as suas principais demandas o reestabelecimento irrecusável do remédio de *habeas corpus*¹⁰⁴. Não poderia passar em branco na obra de Pontes de Miranda, as repercussões do *Habeas Corpus Act* de 1679. Informa o jurista de que a liberdade física, direito absoluto, oriundo da natureza humana, já tinha, desde 1215, na Inglaterra, a sua consagração dada pelo

¹⁰² *Ibidem*, p. 74-75.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 79-83.

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 87.

§ 29 da Magna Carta. Todavia, mesmo após a Petição de Direitos, as ordens de *habeas corpus* eram denegadas sistematicamente. O povo inglês nunca perdeu a consciência de seus direitos e sempre os reivindicou. É ao caso Jenkes, ocorrido neste período, a que se atribui ser a causa da famosa lei de *habeas corpus*, vindo a fornecer os meios para ser posto em execução, com eficiência e rigor, este *writ* já de muitos séculos consagrado pela prática. Na Inglaterra, com o advento do *Habeas Corpus Act* de 27 de maio de 1679, deu-se o grande passo para a liberdade. Por esse motivo, alguns o terem chamado de “a outra Magna Carta”. Por esta lei, perante a violação da liberdade, ficou definitivamente estabelecido o direito ao mandado ou *right to the writ*¹⁰⁵.

Continuando a exposição histórica do remédio constitucional, o qualificado jurista destaca elementos interessantes no que diz respeito ao Ato de 1812 e aos Atos Suspensivos, dando especial ênfase à questão da psicologia do povo inglês. Diz o autor que foi visto como se cristalizaram, ao tempo da fusão de raças, que existiam, entre os séculos X e XIII, na Inglaterra, os princípios essenciais do direito inglês de liberdade pessoal. Pontes de Miranda observa que, entre os ingleses, tal apego ao passado é absorvente e que a própria Revolução Inglesa reivindicou nada mais que apenas as velhas liberdades¹⁰⁶.

Pontes de Miranda destaca novamente que, relativamente ao *habeas corpus*, o direito formal veio somente após o direito material. Registra que a legislação inglesa relativa à liberdade do indivíduo tem, portanto, uma base de direito material, mais especificamente, a carta outorgada por João-sem-terra aos barões¹⁰⁷. Leciona sobre importante fato ocorrido no ano de 1766, quando foram decisivamente condenados pela Casa do Banco do Rei os chamados mandados gerais de prisão ou *general warrants*¹⁰⁸. Tais instrumentos tratavam-se basicamente de mandados de prisão “em branco”, o que por si só já evidencia sua ilegalidade e inadequação, pois não se dirigiam a um ou mais sujeitos específicos com a devida fundamentação para a prisão de cada um.

O autor relata ainda um curioso caso de *habeas corpus*, em que se tentou evitar que Napoleão Bonaparte fosse efetivamente exilado, objetivando o seu requerente a fazer com que Napoleão lhe servisse como testemunha em processo já instaurado. O magistrado competente

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 91-93.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 100.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 100.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 106.

para o caso teve de deferir o pedido, mas na prática, tratou-se de colocar Napoleão o mais distante possível do território inglês para que não se pudesse forçar o cumprimento da ordem¹⁰⁹.

Outro evento importante da história inglesa registrada por nosso jurista é o advento do *Habeas Corpus Act* de 1816. Pontes de Miranda afirma de que o *Habeas Corpus Act* imediatamente anterior foi imperfeito, pois só se referia às pessoas privadas de liberdade por serem acusadas de crime, excluindo da possibilidade do pedido aqueles detidos por outras acusações ou por meros pretextos. Alega, então, que o ato de 1816 veio trazer socorro nesse sentido. Desde esse momento, estando uma pessoa presa ou detida por outros motivos diversos de acusação criminal, começou-se a utilizar o *habeas corpus* para apressar as decisões¹¹⁰.

Após isso, não houve mais oportunidade para se desconhecer na Inglaterra as garantias que cercavam o direito de ir, ficar e vir; devendo-se destacar a repressão eficaz que existia na pena pecuniária, que ao olhar de Pontes de Miranda exercia relevante função corretiva. Seja qual fosse a violação à liberdade física, cabia o remédio do *habeas corpus*. Assim, provando-se a ilegalidade da prisão, seja qual for a imputação, a Casa expedia o *writ*¹¹¹. Convém passarmos agora ao que disse Pontes de Miranda a respeito dos *Habeas Corpus Suspension Acts*. Alega o jurista que, ao contrário do que em geral se pensa, tais leis, ditas extremas, não suspendiam as violações da liberdade. Logo, não eram legais nesses tempos de crise política ou social, os aprisionamentos sem razões suficientes e, tão pouco, o *Act* podia tirar às pessoas detidas, por outros motivos diversos da acusação criminal, o direito ou privilégio de impetrar a ordem de *habeas corpus*.

Revela que o principal efeito da suspensão era facultar ao ministério o retardamento dos processos e julgamentos dos indivíduos detidos por traição. Ou seja, não correspondia, portanto, à suspensão das garantias constitucionais ou ao estado de sítio francês, cuja origem histórica e natureza diferenciam-se muito das simples medidas preventivas que foram os *Suspension Acts*¹¹². Pontes de Miranda igualmente adverte de que os *Suspension Acts*

¹⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 107.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 107.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 108.

¹¹² *Ibidem*, p. 115.

divergiram bastante dos chamados *Coercion Acts*, como foi o de 1881, por exemplo, conferindo ao Poder Executivo da Irlanda o poder absoluto de detenção arbitrária e preventiva¹¹³. Bem anota Pontes de Miranda que os primeiros apenas suspendiam o uso do remédio especial, enquanto os segundos eximiam o governo da culpa dos atos violentos praticados durante a vigência de uma lei de exceção. Em outras palavras, os *Suspension Acts* não tiravam de nenhum funcionário a responsabilidade civil ou criminal das violações a lei que durante o regime de exceção que teriam praticado¹¹⁴.

6.5 O HABEAS CORPUS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DE 1773 A 1946

Pontes de Miranda, através das palavras ditas por Blackstone, afirma que para definir esse remédio liberal no âmbito do direito norte-americano, basta tirar a palavra “rei” e colocar a palavra “povo”, tendo-se aí toda a filosofia do processo de *habeas corpus* na América do Norte¹¹⁵. Os norte-americanos desejavam os mesmos direitos e liberdades dos cidadãos ingleses, especialmente em face das opressões praticadas pela metrópole. E foi também pela luta pelos direitos que logicamente decorreu a luta pela independência. Pontes de Miranda fala que em nenhuma outra região do mundo amou-se mais o direito público no transcorrer dos séculos passados.

Registra que muitos autores, seguindo lição de Georg Jellinek, creditaram à liberdade de religião, que nasceu nas colônias anglo-americanas, como sendo a verdadeira razão para a declaração dos direitos do homem¹¹⁶. O manifesto de independência lançado pelas colônias em julho de 1776, que fazia um rompimento com o vínculo político à Inglaterra, ao mesmo tempo afirmava a conquista de seus direitos, isentando as colônias de qualquer obediência à coroa inglesa¹¹⁷. Da Independência naturalmente decorreu o desejo de dar vida a uma primeira constituição. Era preferível estar atrelado à lei e a uma Constituição, que são coisas fixas e estáveis e que expressam sentimentos coletivos e longamente amadurecidos, do que sujeitar-se a opiniões individuais, que por sua vez são incertas e facilmente modificáveis. Nosso jurista reitera de que era natural que assim pensassem os colonos, que já no final do século XVII haviam exigido a aplicação do *writ of habeas corpus*.

¹¹³ *Ibidem*, p. 116.

¹¹⁴¹¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 117.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 123.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 126-127.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 134.

No entanto, a primeira constituição norte-americana só se referiu ao privilégio do *habeas corpus*, no art. 1º, seção 9ª, quando tratou das situações emergenciais em que poderia ser suspenso – a saber: nos casos de rebelião ou invasão em que a segurança pública possa requerer tal medida¹¹⁸. Posteriormente uma das primeiras adições feitas, ainda que não introduzisse expressamente o *habeas corpus*, determinou que nenhuma pessoa poderia ser privada de sua vida, propriedade ou liberdade (*liberty*) sem o devido processo de lei. A questão apontada aqui por Pontes de Miranda é a de que a liberdade aqui é tomada no seu sentido largo, conforme doutrina francesa, abrangendo todas as liberdades asseguradas pelas diversas leis e remédios jurídicos processuais ingleses.

Não obstante, apesar de ser um conceito global, não deixava de abranger uma de suas espécies que era a liberdade pessoal. Interessante também foi o que determinou a emenda de n. 4, excluindo por completo a possibilidade de utilização de *general warrants*¹¹⁹. Pontes de Miranda observa que não se pode negar a paixão pela liberdade física que sempre existiu entre o povo norte-americano. Ainda em tempos coloniais conquistaram a extensão do privilégio do *habeas corpus* pela metrópole ao seu território, ao nos apontar o ato histórico do governador Spotswood em 1710, tornando aplicável na Virgínia o celebre remédio inglês.

Sobre a questão da omissão da Constituição norte-americana quanto ao *habeas corpus*, Pontes de Miranda diz que os autores se dividem: uns a repudiavam, outros a defendiam. Woodrow Wilson era um daqueles que defendiam a omissão, pois, para este político, a Constituição não era um sistema completo, nem poderia sê-lo, sendo sua função a de dar os primeiros passos, bastando que contenha os direitos mais fundamentais. Lembra-se, nesse ponto, que o povo inglês tendo esses direitos dentro de si, não precisou da rigidez da Constituição. Todavia, para Pontes de Miranda, essa alegação não tinha procedência no que diz respeito ao *habeas corpus*¹²⁰.

Pontes de Miranda registra que na Inglaterra, a Magna Carta e o *Bill of Rights* poderiam ser ab-rogados pelo Parlamento, ao passo que nos Estados Unidos, a Constituição sendo obra de uma autoridade superior ao Parlamento, cabe somente a esse a missão de expô-

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 135-137.

¹¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 137.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 138-139.

la, e, não como no caso dos povos britânicos, alterar princípios, cláusulas ou sentido¹²¹. Assim, deixar de instituí-lo constitucionalmente equivaleria a deixá-lo a mercê de maiores perigos¹²².

Pontes de Miranda ainda discorre sobre a aplicação do *habeas corpus* em solo norte-americano. Diz o autor que continuou sendo o que ele sempre foi na Inglaterra: um remédio sumário em face a violações à liberdade física. Em outras palavras sempre se ateu ao objetivo de livrar da prisão ou de quaisquer constrangimentos ao direito de locomoção (ir, ficar e vir) aqueles que alegarem e provarem a insuficiência de razões para isso. Como alguns casos de prisão e constrangimento poderiam ser fundados em leis e sendo as mesmas ilegítimas, a jurisprudência das cortes americanas entendiam que era possível apurar questão de constitucionalidade de lei local ou nacional nos julgamentos de *habeas corpus*¹²³. Como quer a comissão do Anteprojeto, também existia o entendimento de que no processo de *habeas corpus* não se poderia por em lide a regularidade ou validade do processo ao qual o paciente estava respondendo.

Outro dado curioso a respeito da realidade jurídica da época nos Estados Unidos é de que nenhum juiz ou tribunal de Estado, após saber que a pessoa está sob autoridade da União, poderia intervir no processo e sequer requerer que o paciente lhe fosse apresentado¹²⁴. Igualmente relevante destacar de que o direito inglês continuou sendo fonte subsidiária nos casos de processos de *habeas corpus*¹²⁵. Assim como fez sobre a história inglesa do remédio constitucional, Pontes de Miranda também levanta elementos sobre os casos e hipóteses de suspensão no direito norte-americano.

Registra que a Constituição daquele país prescrevia que o privilégio do *habeas corpus* não poderia ser suspenso, salvo nos casos de rebelião ou invasão, quando a segurança pública o exigisse. Porém observa que a lei norte-americana deu limites muito mais estreitos para que se viabilizasse a ocorrência da suspensão deste remédio¹²⁶. Afora isso, nosso jurista adverte que declarar tal suspensão de garantia não era competência atribuída ao Poder Executivo, mas

¹²¹ *Ibidem*, p. 139.

¹²² *Ibidem*, p. 140.

¹²³ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 143.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 146.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 148.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 150.

era exclusiva do Poder Legislativo. Da mesma maneira que ocorria na antiga metrópole, nos Estados Unidos a suspensão da aplicação do remédio de *habeas corpus* não autorizava o exercício de coações ilegais, nem mesmo pelo chefe do Poder Executivo.

Pontes de Miranda sublinha que na época da Constituinte este tema foi alvo de grande debate, ressaltando que Jefferson foi um dos grandes partidários da sua insusceptibilidade¹²⁷. Convém o esclarecimento de que o que ficava suspenso era o privilégio do *writ*, e não o *writ*. A justiça não se recusava a conhecer do pedido de *habeas corpus* de imediato, o que fazia era negar a concessão da ordem diante da sua suspensão. Não era o direito de liberdade física que ficava suspenso, pois este era direito individual constitucionalmente assegurado, e suspendê-lo seria quase como suspender a Carta Constitucional – como bem alertou Pontes de Miranda¹²⁸.

6.6 HABEAS CORPUS NO BRASIL-IMPÉRIO

Pontes de Miranda começa informando sobre o Decreto de 23 de maio de 1821, que estabelecia que daquela data em diante nenhum indivíduo livre no Brasil poderia em qualquer hipótese ser preso sem ordem escrita de um juiz ou magistrado criminal do território, salvo no caso de flagrante delito, caso em que qualquer do povo deveria deter o delinquente¹²⁹. Fato historicamente posterior e de grande relevância foi o advento da Constituição do Império que, no seu art. 179, inc. VIII, apesar de não mencionar expressamente o *habeas corpus*, possuía uma carga liberalista que perfeitamente poderia comportá-lo. Pontes de Miranda sublinha que nas suas palavras, muitas destas normas eram mais liberais que a própria Constituição Francesa de 1791.

Nosso estimado jurista conta-nos do discurso feito no Parlamento, em 1870, pelo deputado José de Alencar, aonde este chamava a atenção de seus colegas de que se enganavam aqueles que pensavam que o *habeas corpus* no Brasil teria surgido apenas no Código de Processo Criminal de 1832. José de Alencar dizia que sua opinião era contrária a tal ideia, ainda que reconhecesse que os autores do Código de Processo Criminal tiveram a glória de ter compreendido e tratado de desconvolar o pensamento constitucional. Para o

¹²⁷ *Ibidem*, p. 152-153.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 153-155.

¹²⁹ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 161-162.

referido deputado, tal remédio processual já estava implícito desde o nascimento da própria Constituição do Império. Pontes registra que antes do Código Processual Criminal de 1832 e após o Decreto de maio de 1821, existia ação de desconstrangimento, sem o nome de *habeas corpus*, porém classificável como tal. Desde então, juízes e tribunais atendiam pedidos de liberdade em face de prisões ilegais¹³⁰.

Chegando finalmente ao Código de Processo Criminal de 1832, o autor ensina que foi pelos seus artigos 341 a 355 que pela primeira vez se regulou o *habeas corpus*, contendo diversas regras jurídicas que se fizeram em vigor na Constituição republicana de 1891, assim como no próprio e atual Código de Processo Penal de 1941; e outras que foram se ampliando e liberalizando após o Império e no transcorrer dos tempos de República. Diferença marcante estava no fato de que o Código de 1832 determinava que o tempo máximo para que o juiz mandasse e fizesse passar o paciente era de duas horas, excetuando-se os casos em que legalmente vedado. Dessa mesma época também já existia a possibilidade do juízo conceder *ex officio* a ordem de *habeas corpus*¹³¹.

Da análise das normas estabelecidas no mencionado Código Processual, nosso autor conclui de que as suas principais fontes de inspiração foram os próprios *Habeas Corpus Acts* ingleses de 1679 e de 1816¹³². Pontes de Miranda anota que pela sistemática inicial do Código de Processo Criminal de 1832 a decisão dada era definitiva e irrecorrível e de que havia apenas uma instância na parte referente a recursos, advertindo de que não haverá outros recursos ou meios de defesa, além daqueles declarados no próprio Código.

Todavia, entre 1832 e 1871, ocorreram algumas modificações. Entre estas, está a promovida pela Lei de 3 dezembro de 1841 que passou a determinar que ocorreria recurso de ofício sempre que houver concessão de soltura decorrente de *habeas corpus*¹³³. Pontes de Miranda informa que nesse período não ampliaram significativamente a aplicabilidade do *habeas corpus*- embora reconheça que existiu uma tendência neste sentido. Destaca o Aviso de 30 de agosto de 1863, que equiparava à prisão todos e quaisquer constrangimentos ilegais à

¹³⁰ *Ibidem*, p. 169-170.

¹³¹ *Ibidem*, p. 173-174.

¹³² MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 176.

¹³³ *Ibidem*, p. 176-177.

liberdade física, sejam eles provenientes de autoridades administrativas ou de autoridades judiciais¹³⁴.

A Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871 foi outro marco legislativo na história do *habeas corpus* em território nacional. Primeiro, porque admitia expressamente que um estrangeiro não residente no país impetrasse o remédio ao seu próprio favor, um ponto este ampliativo e elogiável. O ponto que sofreu mais críticas esta lei, especialmente pelo Partido Liberal, foi a imposição de limites ao seu cabimento quando já declarada a pronúncia ou condenação do indivíduo acusado e submetido a coação – tal limitação deu-se através de emenda proposta do Ministro da Justiça, Saião Lobato, que mais tarde veio a ser conhecido como Visconde de Niterói¹³⁵.

6.7 HABEAS CORPUS NA REPÚBLICA DE 1889-1988

Como já explicado de alguma forma no início deste capítulo, não haverá espaço suficiente aqui para destrinchar toda a análise conceitual e jurisprudencial que brilhantemente fez Pontes de Miranda sobre o *habeas corpus* no período republicano com o qual conviveu. Por essa razão serão registradas apenas algumas das mais importantes variações ocorridas na redação dos dispositivos das Constituições brasileiras, desde 1891, passando pela de 1934, de 1937, 1967 e sua Emenda n. 1 de 1969 até chegar à Constituição Federal de 1988. Ainda que estas variações não sejam o único ponto central para se compreender a aplicação e funcionamento do remédio constitucional, o certo é que as diferenças apresentadas nos dispositivos evocam a confusão quanto aos limites de aplicação e de conceito do *writ*, seja pelos legisladores, seja pela jurisprudência ou pela doutrina.

A Constituição de 1891, em seu art. 72, § 22 dizia que se daria o *habeas corpus* “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violação por ilegalidade ou abuso de poder”. Após a revisão feita a esta Constituição nos anos de 1925-1926, trocou-se o termo “indivíduo” por “alguém” e após o “sofrer violência”. Substituiu-se por “por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”¹³⁶. Percebe-se que o anterior “por ilegalidade ou abuso de poder” era muito mais abrangente no

¹³⁴ *Ibidem*, p. 178.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 180.

¹³⁶ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo II, p. 150.

que diz aos direitos que poderiam ser protegidos, como bem quis defender outro nobre jurista brasileiro, Ruy Barbosa, até porque, naquele tempo não existia o mandado de segurança. A reforma de 1925-1926 veio trazer um desfecho final e definitivo para a controvérsia aberta pela redação da norma do art. 72, §22 da Constituição de 1891 – especialmente à já mencionada e famosa controvérsia entre Ruy Barbosa e Pedro Lessa. Ou seja, passou-se a tutelar claramente apenas o direito de liberdade de locomoção das pessoas.

Na seqüência da história brasileira, a Constituição de 1934, no seu art. 113, n.23, parece ter dado um passo atrás em termos de delimitação de aplicabilidade, pois retirou as expressões “prisão” e “liberdade de locomoção”, referindo-se nova e genericamente a “a ilegalidade ou abuso de poder”. Regra inovadora está ao final do dispositivo, determinando que “nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*”¹³⁷. A Constituição de 1937, no art. 122, n.16, traz nova alteração, referindo-se a “sofrer coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir”, e manteve a regra introduzida pela Constituição de 1934, porém com a redação “salvo nos casos de punição disciplinar”¹³⁸. Passando a nossa Lei Maior de 1946, art. 141, §23, sai a “liberdade de ir e vir” de 1937 e entra novamente o termo “liberdade de locomoção”¹³⁹. A Constituição de 1967, após sua Emenda n.1, pelo art. 53, §20, manteve a expressão “liberdade de locomoção”, do mesmo modo que o faz a atual Carta Magna brasileira, de 1988, no inc. LXVIII, do seu art. 5º¹⁴⁰.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 150.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 150-151.

¹³⁹ MIRANDA, *loc. cit.*.

¹⁴⁰ MIRANDA, *loc. cit.*.

7 O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO BRASIL, PROJETO DE LEI N.156 DE 2009, SENADO FEDERAL.

7.1 BREVE HISTÓRICO DO PROJETO DE LEI DO SENADO N.156 DE 2009

O Projeto de Lei do Senado n. 156 de 2009, de autoria do Senador José Sarney, objetiva a criação de um novo Código de Processo Penal no Brasil. O Projeto, após sua aprovação no Senado, teve seu encaminhamento à Câmara dos Deputados através do ofício n. 2.427, de 21 de dezembro de 2010, com fins a ser submetido à revisão, em conformidade com as prescrições dadas pelo art. 65 da Constituição Federal. Chegando à Câmara dos Deputados, o Projeto ganhou nova numeração, Projeto de Lei n. 8.045/2010, onde passará por novo período de avaliação. Destaque-se que o referido trabalho aqui apresentado não aborda o Projeto de Lei na sua redação mais originária, mas o analisa a partir das alterações feitas pelo Substitutivo feito com base no trabalho da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Ou seja, a análise feita será pertinente exclusivamente a tal etapa de processamento para a aprovação de um novo Código de Processo Penal.

7.2 VISÃO GERAL DO ANTEPROJETO

7.2.1 Análise Geral do Projeto

Um bom exemplo de visão geral sobre o anteprojeto pode ser encontrada no Editorial do Boletim do Instituto de Ciências Criminais, em edição especial sobre o Anteprojeto¹⁴¹, publicado em agosto de 2010. Excetuando-se algum posicionamento ideológico no seu conjunto, demonstra-se bastante adequado ao propósito. Iniciamos, então, registrando o que destacou o Editorial do referido Boletim.

¹⁴¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial. Agosto de 2010

O Editorial relata que a Exposição de Motivos do Anteprojeto começa com a constatação da necessidade primordial da existência de convergência absoluta entre o Código de Processo Penal e a Constituição Federal de 1988. Não se esqueça de que o CPP vigente data da década de 1940, logo, anterior ao advento da atual Carta Magna brasileira, ficando evidente a necessidade de sua atualização. Entre os resquícios de tempos anteriores, o atual Código de Processo Penal ainda guarda menção a multas estipuladas em milhares de réis e aos já extintos Tribunais de Apelação. Mas estes são apenas detalhes, pois a tarefa a cumprir-se neste novo projeto de Novo Código de Processo Penal seria principalmente a de harmonizar os dois conjuntos normativos em seus princípios e diretrizes.

Observa bem o Editorial que nossos legisladores preocuparam-se em que lições fundamentais fossem resgatadas, especialmente num país que se quer um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, anota que a Exposição de Motivos adverte que a eficácia de uma intervenção penal não pode estar vinculada à diminuição de garantias individuais, até porque tais garantias não são favores estatais; muito pelo contrário, a sua observância é obrigação da qual o Estado não pode declinar. Esta-se acordo quando o Editorial registra que a Comissão foi cuidadosa no tratamento inédito ao princípio acusatório, seja pela idealização do Juiz das Garantias, seja por tratar detalhadamente do papel de cada um dos atores da cena processual, remodelando significativamente as funções de juízes, promotores, advogados, vítimas e assistentes. Outro ponto destacado no Editorial do Boletim refere-se a uma clara vedação do excesso na aplicação das normas processuais penais, além da correta aplicação do princípio da proporcionalidade, entendido como natural desdobramento do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal.

O Editorial ainda comemora o fim do poder geral de cautela do juiz, com a exclusão da possibilidade dos juízes fazerem uso de medidas cautelares inominadas, atendendo ao princípio da legalidade; assim como, o fato de que, pela primeira vez em nosso país, estabelecem-se prazos máximos de duração para a prisão preventiva. Celebra igualmente que o Anteprojeto nasce de prestigiada doutrina, além de sólida e responsável jurisprudência de nossos Tribunais Superiores. Aqui está um dos pontos ideológicos que ressalvamos no início deste subtópico, no que nos parece um elogio evidente ao Garantismo, como se não fosse uma corrente passível de críticas como qualquer outra. De forma pessoal, não somos contrários a tal corrente, especialmente no que ela traz de contribuições positivas, todavia, numa publicação científica há que se guardar maior neutralidade ao realizar determinadas análises.

Ainda dentro desta linha de análise geral, serão encontradas as propostas e idéias do Procurador Regional da República e Doutor em Direito, Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁴². Ou seja, temos registro da opinião do próprio jurista encarregado da função de relator do Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal. Do que fala este importante membro da Comissão, desejar-se-ia mencionar algumas questões por ele tratadas. Discorrendo sobre a ação penal privada, assevera que tal tipo de ação não se pode justificar em uma ordem jurídica em que se reserva – ou deveria reservar – ao direito penal a possibilidade de uma intervenção mínima, voltada à proteção dos bens jurídicos de maior alcance social ou comunitário contra as maiores e mais graves agressões.

Destaca que o Projeto de Lei em debate teve o mérito de criar uma principiologia geral, embasada na proibição de excesso, sem deixar de lado a efetividade da tutela penal dos direitos fundamentais. Eugênio Pacelli de Oliveira relata que o Anteprojeto não instituiu um juiz inerte, proibindo-lhe unicamente uma atuação substitutiva das funções destinadas ao Ministério Público. O Procurador Regional da República também defende que o estabelecimento de maior celeridade em alguns procedimentos irá garantir um Código mais ágil, sem qualquer forma de perda de efetividade.

Advoga que mesmo a alteração que o projeto fez em relação à disciplina do *habeas corpus* pode e deve ser explicada. Alega que, nesta questão, não se relaciona a perda ou diminuição de garantias; mas que o problema localiza-se na preferência reservada à tramitação do *habeas corpus*. Destaca que a preferência e a celeridade estão intimamente conectadas com a proteção do direito de locomoção, e proteção imediata no entendimento da Comissão.

Resta-nos também abordar, para fins de análise geral, o que expressou o professor Alberto Zacharias Toron¹⁴³. O referido professor observa que, pelo Anteprojeto, o inquérito passar a ser exclusividade do Ministério Público e da exclusão da possibilidade de ocorrer ação penal privada. Alberto Zacharias Toron assevera que, apesar da retórica garantista da

¹⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Reformas legislativas e CPP. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 11, agosto, 2010.

¹⁴³ TORON, Alberto Zacharias. Inquérito só no MP e bye, bye ação penal privada. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 3-5, agosto, 2010.

Comissão, a realidade é que foram feitas importantes restrições na utilização do *habeas corpus*. Além disso, o fato de o inquérito se restringir ao domínio da Polícia e do Ministério Público constitui igualmente grave perigo para um sistema que se quer de cunho protetivo. Anota igualmente que, ressalvados os casos de prisão em que o juiz deve se pronunciar e naqueles relativos à quebra de sigilo fiscal, bancário ou outras medidas invasivas, o juiz dificilmente terá contato mais direto com a fase de inquérito.

O professor Alberto Zacharias Toron critica por diversas vezes um excesso na aplicação do princípio acusatório. Questiona o fato de que só o Ministério Público poderá deferir prazo para que autoridade policial prossiga com a investigação e de que será o próprio *Parquet* – o que gerencia a investigação - quem decidirá se o advogado de defesa pode ou não acessar os autos de investigação e em que extensão. Pergunta-se porque o Juiz das Garantias, que não poderá julgar a futura ação penal, também é impedido de acessar os autos do inquérito policial. Acredita que se configura, assim, uma percepção enganosa do inquérito como um mero procedimento administrativo, quase que exclusivamente com finalidade de subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público. Desde já, alerta que haverá lesão ao princípio constitucional da ampla defesa e que não deve ser suprimida a intervenção do juiz nesta fase investigativa.

Alberto Zacharias Toron afirma que a preocupação com a celeridade não pode dar lugar a tamanha desconsideração com garantias fundamentais. Do referido autor também emerge forte crítica à exclusão da ação penal privada e da queixa-crime, por consequência, sob a justificativa de que no direito penal e processual penal não deve haver espaço para a perseguição de interesses ou motivações particulares, ainda que seja a vítima. Se realmente assim fosse, então porque manter a figura da ação penal pública condicionada? – questiona o estudioso.

Tendo em vista que, nos demais artigos desta Edição Especial do Boletim, seus autores comentam um ou mais aspectos do Projeto de Novo Código de Processo Penal de forma pontual e espontânea, ficaram bastante dispersas as observações sobre as distintas áreas e institutos do processo penal. Ainda diante deste obstáculo realizamos um esforço de agrupar da melhor forma possível os artigos de acordo as semelhanças de abordagem temática feita por cada um desses autores. Relembramos o fato de que muitos destes estudiosos parecem ter sido bastante espontâneos nas opiniões emitidas, sendo, por um lado, positivo poder perceber

suas linhas de pensamento próprias; embora algo não tão apreciável quando pensamos em termos de ciência em seu sentido mais estrito.

Entretanto, isso não desmerece o trabalho realizado por todos eles, não há de negar-se a riqueza que se faz presente nesta diversidade de opiniões e informações científicas postas nestes artigos.

7.2.2 Da Organização dos Procedimentos no Projeto de Lei

Antonio Scarance Fernandes¹⁴⁴ sublinha que as alterações gerais dos últimos tempos feitas no CPP foram impulsionadas por razões bem determinadas: afirmação do princípio do acusatório, da efetivação da garantia da ampla defesa e do fortalecimento do contraditório. Entende que isso se reflete da mesma forma neste Anteprojeto. O professor destaca a adoção de uma fase para que o acusado ofereça uma resposta, antes de ser admitida a acusação; o incremento significativo do princípio da oralidade e dos seus princípios derivados (da concentração, da imediação e identidade física do juiz); além de uma simplificação geral dos procedimentos. Explica que o atual Código de Processo Penal divide o procedimento em comum e especial; sendo que, no primeiro tipo, há uma subdivisão em outros três: ordinário, sumário e sumaríssimo.

O segundo tipo tem previsão no próprio Código e em Leis especiais. O CPP vigente ainda caracteriza-se, explica nosso autor, pela aplicação subsidiária das regras do procedimento comum ordinário a todos os demais e na atuação das regras referentes à fase da resposta da acusação a todos os procedimentos. Na reforma projetada, Antonio Scarance Fernandes destaca o advento da possibilidade da vítima requerer a composição civil do dano moral causado pela infração, a fixação de que a incompetência territorial é relativa, a interrupção da prescrição com a propositura da ação – porém, ficando tal efeito condicionado ao recebimento da acusação. O professor aponta também para a manutenção da tríplice partição do procedimento comum no projeto de Novo Código, ou seja, mantém as espécies: ordinário, sumário e sumaríssimo.

¹⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. Os procedimentos no código projetado. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 5-6, agosto, 2010.

Nesse tocante, ressalta que o procedimento ordinário não mais será tratado como uma mera simplificação do ordinário com encurtamento de prazos, o que parece acontecer no Código de Processo Penal em vigor. Quanto ao procedimento sumaríssimo, de aplicação aos crimes de menor potencial ofensivo, registra que passa a ser regulado dentro do próprio Código, mantendo a linha de tratamento geral dada pela Lei n. 9.099, com poucas alterações ou novidades.

Antonio Scarance Fernandes conclui seu artigo, afirmando que ocorreu uma significativa melhoria no tratamento dado aos procedimentos processuais penais e a superação de alguns problemas trazidos com a reforma de 2008. De outro lado, vislumbra debates sobre o aumento da justiça consensual de modo a possibilitar que sejam realizados acordos sobre a pena privativa de liberdade.

7.2.3 A Regulamentação das Medidas Cautelares

Aury Lopes Junior¹⁴⁵, apesar do seu texto bastante carregado ideologicamente, consegue trazer algumas colocações teóricas e científicas importantes. O advogado afirma que, do ponto de vista morfológico, o sistema cautelar atual é bastante limitado, delimitando a complexidade de tal tutela a dois extremos que diz serem patológicos: uma banalização da prisão, de um lado; e, do outro, o sentimento de impunidade pela liberdade sem restrições. Do Anteprojeto destaca, por exemplo, que a prisão preventiva ganha seu devido lugar como medida pré-cautelar, por não mais poder se pautar em simples alegações da necessidade da prisão.

Outra questão levantada é de que o Projeto, com fortes razões no seu artigo 4º, veda a iniciativa de ofício do juiz durante a fase de investigação, mas, contraditoriamente, autoriza esse ativismo na fase processual. Em sua opinião, assevera que a atuação de ofício do juiz (seja buscando ou produzindo provas, seja decretando prisões) durante o processo pode ser bastante danosa à estrutura acusatória, à imparcialidade e ao próprio contraditório. Aury Lopes Junior elogia o fim do poder geral de cautela dos juízes. Alega a inexistência do poder geral de cautela no processo penal, consubstanciando-se em importação indevida do ramo

¹⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 7-9, agosto, 2010.

processual civil, erro proporcionado pela Teoria Geral do Processo e a evidente violação do princípio da legalidade.

Comenta sobre a prisão em flagrante, observando que o Anteprojeto estabelece apenas três incisos, conjugando quatro das antigas modalidades, já que congloba no mesmo inciso as hipóteses de “é perseguido” ou “é encontrado”. Nesse tema, parece elogiar o fato de que agora, a própria autoridade policial poderá deixar de efetuar a prisão quando verificar uma causa excludente de ilicitude; o que atualmente só é possível de um juiz realizar, e em momento posterior à lavratura do auto. Passando à prisão preventiva, critica fortemente a manutenção do inciso que autoriza tal modalidade de encarceramento por razões de garantia da ordem pública ou ordem econômica – para o referido autor, não são justificativas pertinentes a uma medida cautelar, já que não visam especialmente à tutela do processo propriamente dito. Entende que, o problema ficou ainda mais agravado, já que duas hipóteses novas introduzidas também não serviriam a nada mais que para os interesses de sedar a opinião pública, recorrendo a cláusulas gerais de grande vagueza conceitual – nosso advogado refere-se aos casos em que a preventiva poderá ser decretada pela extrema gravidade do fato ou pela prática reiterada de crimes pelo mesmo autor.

Apona a existência de um paradoxo na redação do futuro Código: já que há disposição expressa vedando o uso da prisão preventiva como antecipação de pena, todavia, simultaneamente, autoriza-a unicamente com base em extrema gravidade do fato – nesse ponto, Aury Lopes invoca a seu favor a existência de sólida jurisprudência da nossa Suprema Corte contrária à aplicação de prisão cautelar com base exclusiva neste tipo de fundamento. Alegando que, apesar de alguns retrocessos democráticos, ocorreram diversos acertos no projeto, como, por exemplo, ressalta que finalmente foram estabelecidos prazos limites para a duração da prisão preventiva.

Ivan Luis Marques¹⁴⁶ é também outro autor que se refere ao tema da prisão preventiva, que recebeu tanto destaque quanto as mudanças propostas para a regulamentação do *habeas corpus*. Antes de adentrar especificamente na prisão preventiva, o professor destaca algumas modificações e inovações legislativas que considera positivas: o estabelecimento do Juiz das

¹⁴⁶ MARQUES, Ivan Luís. Prisão preventiva com prazo determinado, mas irrazoável. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 14-15, agosto, 2010.

Garantias, dos direitos das vítimas; a regulamentação da inquirição de crianças e adolescentes, do uso de algemas e da monitoração eletrônica, entre outras. Ivan Luis Marques observa que as medidas cautelares pessoais estão previstas no Livro III, Título II, do Projeto de Lei do Senado n. 156/09, totalizando dezesseis opções de medidas, de certo modo, incentivando que os casos de prisão provisória sejam a última opção.

Anota que o Projeto de Lei foi bastante assertivo ao elencar expressamente as hipóteses de não cabimento da prisão preventiva. Ivan Luis Marques informa que, dentro de um panorama geral, as medidas cautelares pessoais não serão aplicadas nos crimes sem previsão de pena privativa de liberdade. Na seqüência, enumera as hipóteses expressamente previstas para não cabimento de prisão preventiva, vejamos quais seriam elas: a) nos casos de crimes culposos; b) nos casos de crimes dolosos com pena privativa de liberdade igual ou menor de três anos (exceto em crimes com violência ou grave ameaça); c) no caso do agente completar mais de 75 anos de idade; d) nos casos de gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco; e) nos casos de mães com filho de até seis anos de idade ou que necessite de cuidados especiais; ou também, f) no caso do agente ser acometido de enfermidade gravíssima, ou estado de saúde incompatível com a prisão ou que exija tratamento permanente em local diverso.

No que se refere às hipóteses de cabimento da prisão preventiva, o Ivan Luis Marques vai ao encontro de algumas críticas já proferidas nos comentários de Aury Lopes Junior. Igualmente questiona a manutenção das hipóteses tendo em vista proteger a ordem pública ou ordem econômica – expressões muito subjetivas e amplas, no entendimento dos dois estudiosos. Assim como das duas novas situações propostas: cabimento em face da extrema gravidade do fato e diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor; falando abrangentemente, o problema desses dois casos é de que fazem uma espécie de antecipação do julgamento, como se fosse uma sanção antecipada, ainda que o processo não tenha sido sequer iniciado ou finalizado. O professor também comemora o fato de o Anteprojeto trazer previsão de prazos máximos de duração para a prisão preventiva, no entanto aponta uma série de falhas na sistematização, a começar pelo fato de que uma prisão cautelar, conforme a hipótese, poder atingir até quatro anos de duração.

São as seguintes possibilidades de prazo: até 180 dias, no caso de prisão decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível; 360 dias, no caso de

prisão decretada ou prorrogada em face de decisão condenatória recorrível; 360 dias, no caso de fuga ou comportamento reprovável de réu após liberação; 540 dias, no caso da defesa interpor recurso especial ou extraordinário; e, variando entre 240 dias a 420 dias, conforme regulamentação, no caso de crime com pena máxima em abstrato igual ou maior a 12 anos.

Roberto Delmanto Junior¹⁴⁷ é outro estudioso que também concentra uma parte dos seus comentários sobre questões de medidas cautelares. O advogado criminalista levanta uma série de críticas na sua análise sobre o Anteprojeto, inclusive sobre as mudanças propostas para o *habeas corpus*, as quais serão apresentadas em tópico específico. A primeira crítica que faz é sobre a previsão expressa autorizando a polícia a colher depoimentos de modo informal, não importando qual for o local. A segunda refere-se ao fato de que o futuro Código de Processo Penal preveria um exagerado prazo de até 360 dias para interceptação telefônica, quando passados mais de dez anos do advento da Lei n. 9.296/96, o Superior Tribunal de Justiça recentemente e de forma madura havia estabelecido que tal prazo fosse no máximo de quinze dias, prorrogáveis pelo mesmo número de dias. Outro ponto prudentemente alertado por Roberto Delmanto Junior é o estabelecimento do teto de fiança para nada mais, nada menos que de até 20.000 salários – valor elevadíssimo, especialmente considerando estarmos diante de medida cautelar.

Da mesma forma que já fizeram outros autores deste Boletim, igualmente irá atacar a manutenção de velhas falhas e a inserção de novos defeitos na regulamentação da prisão preventiva, bem como o alcance de até quatro anos que poderão ter as prisões provisórias. Questiona enfaticamente a previsão de suspensão do prazo prescricional quando existir pendência de recurso especial ou recurso extraordinário, alegando ser um aumento indevido no direito de persecução penal pelo Estado e um estímulo à morosidade dos tribunais. Por último, comenta sobre a determinação de que o preso em flagrante seja apresentado ao juiz, algo que há muito tempo se aguarda, tendo em vista que o Brasil, como signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, deve prover-se de todos meios possíveis para impedir que uma pessoa possa eventualmente ser submetida a tortura policial.

¹⁴⁷ DELMANTO JUNIOR, Roberto. Recrudescimento a caminho. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 29-31, agosto, 2010.

Segundo o autor, faz muito bem o Anteprojeto em definir que a decisão sobre a procedência ou não da prisão em flagrante deva ser dada o mais prontamente possível pelo Juiz das Garantias, na presença do acusado, do defensor e do Ministério Público.

Pierpaolo Cruz Bottini¹⁴⁸, cujo artigo foi selecionado também, centraliza suas reflexões na questão das medidas cautelares. O advogado começa elogiando a proposta do Anteprojeto de criar cautelares penais pessoais, diversificando o seu rol, a exemplo de outros países como Chile e Itália, oferecendo-se ao juiz uma ampla gama de medidas diferentes da prisão com fins de garantir a ordem processual e a aplicação da lei penal. Argumenta que a apresentação de cautelares substitutivas da prisão representa significativa vantagem para contribuir com a diminuição do número de presos no país, uma vez que 32% dos 470 mil presos do país não possuem condenação transitada em julgado, são presos cautelares – assevera que este número cresceu 247% nos últimos dez anos. De forma sintética ainda elogia outros acertos feitos no Projeto de Lei: previsão de prazos máximos para as cautelares e sua revisão periódica; o dever expresso de motivação individual das cautelares para cada agente no caso de concurso ou crime plurissubjetivo; a consagração da presunção legal de inocência com proibição expressa de execução provisória, na linha da jurisprudência da Suprema Corte; a proibição de prisões temporárias com o único fim de interrogar investigados; e, o fim da prisão em flagrante como cautelar, que deverá ser transformada em prisão preventiva ou revogada em vinte e quatro horas.

7.2.4 As Alterações propostas para os Embargos Infringentes

Geraldo Prado¹⁴⁹, eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a sua vez, propôs-se a analisar especificamente a situação dos embargos infringentes na proposta de novo Código de Processo Penal. O referido magistrado relata que, na redação sugerida pela Comissão de Juristas, os embargos infringentes serão cabíveis no caso de decisão condenatória não unânime que, em grau de apelação, houver reformado sentença de mérito, em prejuízo do réu. Os embargos poderão ser propostos pela defesa, no prazo de dez dias, limitando-se à matéria objeto de divergência no tribunal.

¹⁴⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Cautelares: a superação da medíocre dicotomia. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 26-27, agosto, 2010.

¹⁴⁹ PRADO, Geraldo. Os embargos infringentes no PLS 156/2009. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 12, agosto, 2010.

Em comparação com o atual CPP, percebe-se uma redução nas hipóteses de cabimento, pois neste, os embargos infringentes são cabíveis contra decisões não unânimes, não só em sede de apelação, mas também de recurso em sentido estrito e de agravos contra decisões proferidas no âmbito de execução penal. Geraldo Prado sublinha que, atualmente, tais embargos servem para impugnar decisões desfavoráveis aos acusados, independentemente de no recurso haver sido mantida a condenação ou ter reformado sentença absolutória, por exemplo. Como perspicazmente anota o professor, o Projeto de Lei reduz significativamente o âmbito dos embargos infringentes, supostamente com base na preocupação com a celeridade ou duração razoável do processo.

7.2.5 Os Contornos dados a Teoria Geral da Prova pelo Projeto de Lei

Guilherme Madeira Dezem¹⁵⁰, professor e Juiz de Direito, fala especialmente sobre a Teoria Geral da Prova. O juiz a registra que, pela nova sistemática processual penal idealizada, a atividade probatória de ofício do juiz é limitada, somente o julgador podendo atuar de ofício ao final do processo e, ainda assim, nunca podendo atuar em substituição ao órgão de acusação. Lembra que, no atual sistema, a prova pode ser produzida pelo juiz antes do início da ação penal e durante a fase instrutória – pelas normas propostas, ocorrerá uma sensível diminuição do poder instrutório do magistrado.

No que se refere a provas ilícitas, assinala que o Projeto faz menções expressas a elas, entretanto, não traz consigo uma conceituação propriamente dita deste tipo de prova, como faz o CPP atual. Guilherme Madeira Dezem assinala que, todavia, a Comissão quis solucionar equívocos importantes do Código em vigor, propondo que a prova reconhecida como ilegal seja desentranhada dos autos e arquivada em cartório – um procedimento melhor do que o atual, que determina a sua imediata inutilização, ainda que nela possa estar contida a própria materialidade do crime. Destaca também que, a exemplo do regramento atual, o Projeto prevê a hipótese de aproveitamento de prova ilícita derivada nas situações denexo causal atenuado ou em se tratando de fonte independente. O professor menciona que, neste ponto, talvez tivesse sido melhor a redação deixar expressamente claro a adoção da Teoria da Descoberta

¹⁵⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. Novo código de processo penal: aspectos referentes à teoria geral da prova. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 13-14, agosto, 2010.

Inevitável e não a Teoria da Fonte Independente¹⁵¹. Para o autor, teria sido grande aprimoramento técnico, o estabelecimento da diferença entre as duas teorias, não repetindo o mesmo erro do Código de Processo Penal vigente, que as toma como sinônimas.

Guilherme Madeira Dezem elogia a tão desejada regulamentação expressa do uso da prova emprestada, colhida em processo judicial ou administrativo com observância do contraditório e da ampla defesa. Apesar do elogio, o juiz aponta faz duas ressalvas importantes. A primeira é de que deveria estar expressamente previsto que, no processo de onde se tomará a prova emprestada, aquele contra quem se imputa tal prova também tivesse estado presente. A segunda trata do fato de exigir-se que no âmbito do processo administrativo, de onde se venha eventualmente tirar uma prova emprestada, tenha ocorrido defesa técnica; todavia, recorda que o próprio Supremo Tribunal Federal, na sua Súmula Vinculante n. 5, já se posicionou que a falta dessa defesa técnica no processo administrativo não afrontaria a ordem constitucional.

Outro ponto elogiado pelo professor é de que o Código passaria a tratar em área diversa da prova, aquilo que a doutrina vem chamando de meios de obtenção de prova (ou meio de pesquisa); ou seja, estamos falando aqui da busca e apreensão e da interceptação das comunicações telefônicas. Entretanto, adverte que os legisladores falharam em não regulamentar outros meios de obtenção de prova, como a captação ambiental de imagens e de sons.

¹⁵¹ Lara Cíntia de Oliveira Santos traz os seguintes esclarecimentos sobre a Teoria da Fonte Independente: “O Processo Penal vem evoluindo e com isso novas teorias para relativizar a ilicitude das provas estão surgindo, trazidas muitas delas do modelo americano. Dentre elas podemos citar a Teoria ou Exceção da Fonte Independente, originada nos Estados Unidos, na década dos anos 60, no caso Bynum. Esta teoria entende que, na espécie, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve legitimamente novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita. Isto significa que a prova manterá vínculo causal e que tais dados probatórios são admissíveis, pois não contaminados pelo vício da ilicitude originária.” Já, a respeito da Teoria da Descoberta Inevitável anota que: “Outra Teoria que vem ganhando força é a da Limitação da Descoberta Inevitável, também americana, precedente do caso Nix contra Williams-Williams II (1984). Nesse caso o cidadão era suspeito de matar alguém, mas o cadáver não era localizado. Este cidadão foi constrangido e indicou o local onde estava o cadáver e da confissão resultou a localização do cadáver. Contudo, 200 moradores da região já estavam fazendo uma varredura na loca para localizar o cadáver. Na situação concreta, como estes 200 moradores estavam na região, o cadáver seria localizado inevitavelmente. Aplicável essa teoria se demonstrado que a prova seria produzida de qualquer maneira, independentemente da prova ilícita originária. Para a aplicação dessa teoria não é possível se valer de dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos confirmando que a descoberta seria inevitável.” SANTOS, Lara Cíntia de Oliveira. A evolução do processo penal e os meios de prova. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011.

7.2.6 A Identidade Física do Juiz no Novo Código de Processo Penal

Márcio Bartoli¹⁵², Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, no seu texto para esta Edição Especial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, volta sua atenção para a discussão da identidade física do juiz. Informa que a reforma do CPP de 2008 instituiu o princípio da identidade física do juiz no Código Processual vigente, asseverando de que o juiz que presidir a instrução deverá ser o mesmo que proferirá a sentença final. O Desembargador Bartoli destaca que o mesmo princípio foi mantido no Projeto de Lei do Senado, só que agora, com as mesmas ressalvas previstas na seara do processo civil, somando-se a isso, ter ocorrido um aperfeiçoamento na redação dessas hipóteses de ressalva. Exemplo destas ressalvas seriam os casos de falecimento ou aposentadoria do julgador originário do processo.

7.2.7 A Implementação do Juiz das Garantias no Sistema Processual Penal

Mauricio Zanoide de Moraes¹⁵³ é o autor que elegeu tratar de forma específica da figura do Juiz das Garantias. Ensina que este novo ator do processo penal terá a função de controlar a legalidade da investigação e de salvaguardar os direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Resume a referida figura, afirmando de que esta não é nada mais que um magistrado cuja atuação é assegurar direitos e garantias fundamentais na fase de investigação criminal. Porém, observe-se que ficará expressamente vedada a sua atuação como órgão julgador, caso a investigação em que tenha atuado converta-se definitivamente em ação penal.

A primeira crítica que se faz é de que na verdade já existem os juízes que fazem o controle desses direitos no sistema atual, mesmo que venham a atuar na fase investigatória e processual simultaneamente. O segundo ponto levantado seria de que, tanto em nível estadual, como em nível federal, a implementação de tal figura processual exigiria a convocação de um maior número de juízes – já que, o mesmo que atua na investigação não pode ser aquele que julga – onerando ainda mais os cofres públicos, com especial dificuldade de sua aplicação nas

¹⁵² BARTOLI, Márcio. A identidade física do juiz no processo penal. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 18, agosto, 2010.

¹⁵³ MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 21-23, agosto, 2010.

comarcas de menor população. Entretanto, Mauricio Zanoide de Moraes diz que há respostas prontas para estas questões.

Quanto à primeira, traz as alegações da parte da doutrina que defendem essa separação, pois é tarefa quase humanamente impossível querer que um magistrado que tenha atuado na fase investigatória chegue ao processo com visão neutra e sem o intuito de conceber mais provas que possam consubstanciar a acusação e a provável condenação do réu. Passando ao segundo ponto, o professor adverte de que não pode o Estado se apoiar em suas deficiências ou inabilidades administrativas para se refutar a cumprir com seu dever de aprimoramento do sistema processual penal. Maurício Zanoide de Moraes lembra que o Projeto de Lei traz nas suas disposições finais e transitórias, a previsão de um prazo de três anos para que o governo viabilize a implantação do sistema com base na presença do Juiz das Garantias – a seu favor, o autor alega que outros países já, como o Chile, já conseguiram alcançar tal objetivo, não havendo motivos para que o Brasil também não o fizesse.

Antes de finalizar este tópico, não se poderia deixar de registrar outra observação importante do professor Mauro Fonseca Andrade, feita no transcorrer das aulas de processo penal, quanto à importação desta figura processual ao direito brasileiro. Mauro Fonseca Andrade aponta que neste processo de adaptação ocorre um significativo erro na compreensão deste novo ator proposto ao processo penal brasileiro. A questão é que em países onde já existe essa figura processual implementada, a exemplo da Espanha, os magistrados que desempenham tal função se encontram impedidos de atuar na fase processual, pois o grau de cognição que lhes cabe exercer na fase investigatória realmente os coloca bem mais próximos da apreciação de mérito.

Se compararmos com a possibilidade de cognição prevista no Projeto de novo CPP em debate, perceber-se-ia tratar de um grau de aprofundamento bem menor do que ocorre naqueles outros países, o que não justificaria, para o caso brasileiro, que um juiz que atuasse como juiz das garantias na fase investigatória, não pudesse atuar também na fase processual.

7.2.8 Análise sobre a configuração dos Recursos e do Tribunal do Júri no Anteprojeto

Maria Thereza Rocha de Assis Moura¹⁵⁴, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, escolheu colocar em foco a nova proposta de regulamentação dos recursos no âmbito do processo penal. A Excelentíssima Ministra enaltece de que as modificações apresentadas asseguram maior cunho garantista ao processo. Primeiramente, registra que a resposta do defensor será condição de validade do recurso, ainda que a decisão seja anterior ao oferecimento da denúncia. Destaca que, nos casos de falecimento do defensor, os prazos para interposição de recurso serão restituídos integralmente, cabendo ao acusado - após intimação pessoal - indicar novo defensor, assegurada a assistência judiciária pela Defensoria Pública.

Sublinha que nos recursos propostos pela defesa ficará proibido ao tribunal agravar a situação jurídica e de que, sendo recurso exclusivo da acusação, o órgão julgador poderá conhecer de matéria de que qualquer modo favoreça o imputado. Por fim, entre as normas garantistas presentes no Anteprojeto, ressalta o fato de que os recursos poderão ser interpostos e processados, independentemente de preparo e de pagamento de custas e despesas realizados previamente. Por último, trazemos o texto do professor René Ariel Dotti¹⁵⁵ que centrou suas reflexões na normatização do Tribunal do Júri prevista no Anteprojeto. O autor menciona o que ele chama de mudanças essenciais nesta área do processo penal.

A primeira diz respeito à instrução preliminar, que no Projeto de Lei apresenta uma seqüência de atos com extraordinária vantagem diante da sistemática revogada já com a reforma feita pela Lei n. 11.689/08 no próprio Código Processual Penal vigente. Vantagem que se estabelece por impedir que decorra grande distância temporal entre o fato delituoso e o julgamento, assegurando o conceito de justiça criminal e o respeito ao princípio da duração razoável do processo. A seguinte trata da decisão de pronúncia, prescrevendo-se que tal decisão deve limitar-se à indicação da materialidade do fato e de indícios suficientes de autoria ou participação, além de apontar o dispositivo penal em que se enquadra e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento da pena. Elogia o professor de que o Anteprojeto faz tal recomendação em texto ainda mais conciso, contribuindo assim para que a

¹⁵⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breves novas sobre os recursos no projeto de código de processo penal (PLS 156/2009). INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 20-21, agosto, 2010.

¹⁵⁵ DOTTI, René Ariel. Garantias individuais no procedimento do júri alguns aspectos do direito vigente e do projeto nº 156/2009. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 28-29, agosto, 2010.

decisão de pronúncia reduza suas possibilidades de influência prévia na formação da opinião dos jurados.

A terceira mudança é relativa à absolvição sumária. René Ariel Dotti explica que, pelo atual CPP, para ocorrência de tal modalidade de absolvição, previa-se apenas os casos de decisão de exclusão de crime ou a isenção de pena ameaçada pelo recurso de ofício, com efeito suspensivo. Na nova proposta, eleva-se o número de possibilidades de cabimento de absolvição antecipada: 1) quando provada inexistência do fato; 2) quando provado que o acusado não seja autor ou participe do fato; e 3) quando o fato não constituir infração penal. Registra ainda de que o recurso contra a absolvição sumária ou a impronúncia será o de apelação, sem efeito suspensivo. Outra modificação de destaque, segundo o professor, é de que o réu solto que não puder ser intimado diretamente da decisão de pronúncia, poderá o ser por edital. Elimina-se, assim, antiga determinação de que o processo ficasse suspenso enquanto não fosse intimado o acusado sobre a pronúncia, o que sempre deu ampla margem para que ocorresse prescrição de ação.

Uma importante e quinta transformação refere-se à possibilidade de julgamento sem a presença do acusado. O texto expresso do Anteprojeto permite o julgamento sem a presença do acusado. Estando o mesmo em liberdade, terá o direito de ficar em silêncio, optando por comparecer ou não; com isso, elimina-se outra hipótese que pode ocasionar prescrição processual, já que não mais terá que se paralisar o processo a espera do acusado. Outra mudança diz respeito ao que René Ariel Dotti chama de aumento da participação popular, visto que prevê que qualquer cidadão que queira desempenhar função de jurado poderá fazer inscrição para tal fim desde que atendidos os requisitos legais. E, por último, uma sétima e não menos relevante modificação está na simplificação e parcial alteração do questionário respondido pelos jurados para facilitar e melhor orientar a decisão final por cada um deles emitida.

7.3 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS REITORES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como em qualquer outro ramo do direito, o direito processual penal também comporta princípios gerais, como aqueles oriundos da própria Constituição, e princípios específicos. Pois bem, neste projeto de novo Código Processual, seus elaboradores fizeram questão de

registrar e explicitar quais serão os princípios a serem seguidos. Para tal finalidade, incluíram no projeto, parte exclusivamente dedicada ao tema.

O Livro I, da Persecução Penal, prevê um Título I, cujo nome atribuído e o assunto tratado é o de Princípios Fundamentais¹⁵⁶. O referido título abrange os sete primeiros artigos da futura codificação. De imediato, o primeiro artigo assevera de que o processo penal será regido por princípios fundamentais constitucionais e por normas e tratados internacionais, aos quais o Brasil tenha aderido. O artigo segundo diz que: “As garantias processuais previstas neste Código, serão observadas em relação a todas as formas de intervenção penal, incluindo as medidas de segurança, com estrita obediência do devido processo legal constitucional”. O terceiro artigo, a seu turno, adverte que todo processo penal deverá ser procedido sob o contraditório e a ampla defesa, ressaltando que deverá ser assegurado ao defensor técnico a sua manifestação em qualquer das fases procedimentais. Entretanto, em nosso entendimento, o artigo quarto é o mais marcante dentre todos, pois aqui a Comissão tratou de fixar o caráter acusatório que uma grande parte da doutrina e da jurisprudência entende ser o predominante em nosso ordenamento – vários deles, inclusive defendem a tese de que o modelo acusatório seria aquele implicitamente adotado pela Constituição Federal de 1988. Esta quarta norma expressamente assume a estrutura acusatória como característica central para esta nova regulamentação do processo penal, vedando, portanto, a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Para aqueles que momentaneamente não se recordam do princípio acusatório, é aquele que em se prevê que o acusador e o julgador devam recair em pessoas diferentes. Todavia, como bem lecionou o professor Mauro Fonseca Andrade em nossas aulas da disciplina de Processo Penal¹⁵⁷, na prática há duas variantes neste modelo. Existe aquela nomeada material, em que efetivamente as funções de acusação e julgamento são realizadas por indivíduos diferentes; e aquela, de formal, pois só formalmente está prevista separação, na prática judicial, acaba-se desvirtuando de tal distinção. Se nossa compreensão se faz correta, o que justamente parecem querer fazer os autores do Anteprojeto é garantir que o princípio acusatório subsista no seu sentido material dentro do nosso sistema processual penal.

¹⁵⁶ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 31.

¹⁵⁷ Anotações referentes às Disciplinas de Processo Penal I e II, ministradas pelo professor Mauro Fonseca Andrade, Promotor de Justiça e Doutor em Processo Penal, no primeiro e segundo semestre do ano 2013, respectivamente, no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais noturno da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

A quinta normativa proposta prescreve que a proibição de excesso e o privilégio máximo à proteção dos direitos fundamentais deverão ser nortes importantes na interpretação das novas regras processuais penais. No artigo sexto, embora admita o uso da analogia e da interpretação extensiva, proíbe-se desde já a ampliação do sentido de normas restritivas de direitos ou garantias fundamentais – evidentemente, não podendo deixar de vista a efetividade da tutela penal. Por fim, chegamos ao sétimo artigo e seus três parágrafos. Trata basicamente da aplicabilidade e da vigência das normas no tempo. O caput do referido artigo determina que a lei processual penal aplica-se desde logo, resguardada a validade dos atos já realizados em face de legislação anterior.

Porém, logo no primeiro parágrafo adverte que: “As disposições de leis e de regras de organização judiciária que inovarem sobre procedimentos e ritos, bem como as que importarem modificação de competência, não se aplicam aos processos cuja instrução tenha sido iniciada”. Contudo, o parágrafo segundo define que, quanto aos recursos, deverá se aplicar as normas vigentes na data da decisão a ser impugnada. O parágrafo terceiro deste último artigo também se percebe de grande destaque, pois faz importantes recomendações. Veda a que regras penais e processuais penais retroajam; não obstante, indica que a norma penal mais favorável poderá ser aplicada, se não estiver subordinada ou não for dependente de conteúdo de disposições processuais. Quer concordemos ou não com todos os princípios e orientações prescritas, não se pode deixar de reconhecer a grande pertinência desta iniciativa dos membros da Comissão em fixar clara e expressamente os princípios a serem adotados.

Assim como devem ser claras, normas e regras processuais de cunho mais ordinário, não menos importante é que o sejam seus princípios reitores. Não se esqueça de que, em diversos momentos da atuação judicial, o que definirá uma futura decisão – especialmente em nível de órgãos colegiados ou Tribunais Superiores – será a ponderação dos princípios aplicáveis. Deixar clara e expressamente previstas quais as normas principiológicas norteadoras de um determinado ramo jurídico é tarefa imprescindível. Um máximo de transparência nas regras do jogo é requisito essencial para o cumprimento dos deveres e segurança dos direitos e garantias a qualquer das partes no processo penal.

7.4 O HABEAS CORPUS NA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO ANTEPROJETO

O *Habeas corpus* é tratado pelo texto original da sua Exposição de Motivos na sua Seção VI¹⁵⁸, abordando conjuntamente os Recursos e as Ações de Impugnação. De início, o seu relator trata de registrar que é de amplo conhecimento da Comissão, o fato de que o número excessivo de recursos tem sido apontado como causa central na demora da prestação jurisdicional. Defende-se, assim, de imediato, a necessidade de adotar o critério de recorribilidade mínima das decisões judiciais. Entretanto, ressalva-se que a questão do excesso de recursos deve encontrar solução à luz da garantia constitucional da ampla defesa.

Porém, nos parágrafos seguintes retorna-se o foco na questão da celeridade. Afirmam que a regulamentação dos recursos deve, sem sombra de dúvidas, buscar a celeridade necessária para a produção de uma resposta penal em prazo razoável e socialmente útil para a salvaguarda dos direitos fundamentais dos investigados ou indiciados. Esclarecem que tal celeridade, resultante de diversas funções e variáveis, entre as quais estaria a de uma eficiente administração da função jurisdicional, é condição essencial para a efetividade da norma penal, que, por sua vez, deve atuar dentro dos limites do devido processo legal. Adverte-se que a efetividade dos recursos não pode constar apenas de forma simbólica em nossas codificações, como ocorre em tempos de autoritarismo, o que acaba por justificar um amplo cabimento do remédio do *habeas corpus*. Nesse sentido, revelam que a Comissão, ao pensar na disciplina dos recursos, projetou um procedimento sem embaraços, com a eliminação de formalismos supérfluos, com o incremento e a intensificação do poder de cautela de juízes e relatores, além do afastamento definitivo da prisão como requisito para admissão de apelação ou causa de sua deserção.

Quanto aos tradicionais recursos de apelação, agravo, dos recursos de embargos de divergência, e dos recursos especial e extraordinário, assegura-se ter realizado regramento cuidadoso. Os embargos infringentes e de declaração sofreram as apropriadas restrições. O agravo contra inadmissão de recursos excepcionais passa a ter interposição nos próprios autos do processo, acabando com as centenas de agravos de instrumento e seus derivados recursais – conclamam de que tal fato sufoca não só os tribunais, como o próprio direito de defesa. Os relatores ganharam competência para julgamento monocrático dos recursos, caso esteja-se

¹⁵⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 20-22.

impugnando decisão, sentença ou acórdão que se contrapõe ou se ajusta à jurisprudência dominante ou enunciado de súmula, garantindo ao sucumbente o agravo para órgão colegiado, a intimação da sessão de julgamento e a sustentação oral facultativa. Observam que a apresentação em mesa é exceção que visa à celeridade, cuja negação por descumprimento de prazo, obriga a inclusão em pauta dos pedidos de *habeas corpus* e de recursos internos.

Falando especificamente de ações de impugnação, é relatado de que o *habeas corpus* ganhou cabimento restrito aos casos de prisão ou de iminência de prisão ilegais, pois se estabeleceu a possibilidade de agravo contra a decisão de recebimento de denúncia. Por fim, nesta seção VI, ressalta-se que o mandado de segurança ganhou regulação específica, fora a ampliação da legitimidade na ação de revisão criminal.

8 CRÍTICAS E COMENTÁRIOS DA DOUTRINA FRENTE ÀS NOVAS NORMAS DO HABEAS CORPUS PREVISTAS NO ANTEPROJETO

Neste tópico, beberemos da mesma fonte utilizada para construir nossa visão geral sobre o Projeto de Novo Código de Processo Penal. Referimo-nos à Edição Especial¹⁵⁹ do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, no entanto, para esta seção do trabalho reservamos os artigos publicados que tomaram de maneira central, ou com algum destaque, o tema das normas especificamente destinadas à regulamentação do *habeas corpus*. Graças à polêmica na redução das hipóteses de cabimento do remédio constitucional, encontramos facilmente ao redor de três ou quatro artigos discorrendo sobre o tema.

O primeiro texto a dedicar fala exclusiva ao assunto é o do professor e advogado criminal Arnaldo Malheiros Filho¹⁶⁰, que demonstra desde o início posição radicalmente contrária à alteração feita nos casos de cabimento do *writ*. Diz o jurista que um remédio processual só incomoda quando é acolhido e que só é acolhido se quem dele se vale tiver razão. Pergunta-se o autor, então: quem se sentiria incomodado pelo *habeas corpus* na forma como ele é encarado atualmente? Informa que, no Período Militar, o instrumento era proibido nos crimes contra a segurança nacional, bastando que assim tivesse apostado no papel. Arnaldo Malheiros Filho, em tom de protesto, afirma que com isso o estado policial ficava livre para praticar arbitrariedades à margem do controle jurisdicional.

Vai além, diz que hoje não temos mais a ditadura, mas o estado policial seria uma ameaça constante. Afirma que existe uma sanha punitiva de matiz ideológico, um despudor de dizer que garantias individuais são importantes na ditadura, porém supérfluas num regime

¹⁵⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial. Agosto de 2010

¹⁶⁰ MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Habeas Corpus: estorvo ao Estado Policial. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 6-7, agosto, 2010.

democrático, no qual a legitimidade eleitoral faria com que qualquer autoridade se proclame representante do povo e, com isso, acima da própria Constituição. O advogado entende que para quem se deixa impregnar por essa mentalidade, o *habeas corpus* deva ser efetivamente um estorvo insuportável. De tudo isso, para ele, advém tais esforços em restringi-lo.

Destaca que o que propõem nossos legisladores afronta seriamente o que prescreve a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXVIII: uma interpretação ampla da norma. Observa bem que na redação do dispositivo constitucional existem palavras e expressões como: “sempre”, “qualquer ilegalidade”, “sofrer violência ou coação” – então, neste sentido, estaríamos de acordo com seu questionamento de os legisladores pretenderem restringir as hipóteses de cabimento somente no que se refere a situações de ameaça ou de efetiva prisão, mesmo indo tão em contrário ao que indica o próprio texto Constitucional. Duramente, ainda dirá o professor tratar-se de um absurdo pretender violar a Constituição para limitar o direito de defesa, que a própria Carta exige seja procedido de forma ampla. Argumenta incisivamente que a ameaça à liberdade de locomoção pode ser mediata, mas a resposta a ela deve ser célere.

O advogado criminalista não nega o fato de que existam muitos *habeas corpus* e que muitos são corretamente denegados; entretanto considera que a aflição restritiva seria oriunda decorre daqueles que foram concedidos, pois o paciente portava tal direito, e porque tal direito subsistiu do fato de existir autoridade que agiu de forma ilegal.

Outras considerações pertinentes de registrar são provenientes do artigo escrito pelo Juiz Federal, Nino Oliveira Toldo¹⁶¹. O interessante é que ingressa com o discurso sentido oposto de Arnaldo Malheiros Filho, enumerando e justificando razões para as alterações feitas no regramento do *habeas corpus* – possibilitando, assim um contraponto necessário para uma investigação como esta, que pretende ser científica e não ideológica ou panfletária. Nino Oliveira Toldo vai então argumentar a favor das modificações propostas. Afirma que o projeto procurou delimitar corretamente as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* aos casos em que efetivamente esteja em risco o direito de locomoção. O juiz considera pertinente a substituição da palavra coação por prisão, visando a tais finalidades.

¹⁶¹ TOLDO, Nino Oliveira. O Novo Código de Processo Penal: Recursos e Habeas Corpus. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 23-24, agosto, 2010.

Afirma categoricamente que não é razoável que se dê tanta elasticidade ao *habeas corpus*, para levar aos tribunais questões que, a priori, deveriam ser reexaminadas, quando possível, em grau de recurso. Todavia, reitera que não é a favor de qualquer tipo de restrição ao uso do *writ*, mas ao seu uso correto. Defende que seu uso correto, dentro de um sistema racional de recursos, consiste na aliança entre a efetividade do processo e a garantia do imputado. Utiliza também dados quantitativos relevantes para sustentar sua argumentação de que exista um abuso efetivo no uso do referido remédio constitucional: menciona que aproximadamente de 2008 a maio de 2010 o Supremo Tribunal Federal teria julgado 13.509 *habeas corpus*, dentre estes, sendo concedidos apenas 898.

O também advogado e professor Roberto Delmanto Junior¹⁶², em seu artigo específico sobre o *habeas corpus*, assim como Arnaldo Malheiros Filho, também é um crítico das mudanças propostas. No entanto, o que destaca seu posicionamento é a maneira objetiva como tece seus principais pontos de discordância.

Roberto Delmanto Junior faz um embate em quatro pontos centrais. No primeiro, aponta que nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, em termos de volume, nada mudaria; pois, ao invés de *habeas corpus* teríamos um maior número de recursos de agravo. No segundo, diz que nos agravos processados mediante instrumento, com raro efeito suspensivo, nem de longe supririam o vazio deixado pelas restrições que se quer fazer ao cabimento do *writ*, que sempre se constituiu numa ação rápida de garantia ao cidadão. No terceiro, é que de acórdão que julgar o agravo, só se poderá chegar aos Tribunais Superiores por meio de recurso especial ou recurso extraordinário, que são de difícil admissibilidade, não mais cabendo *habeas corpus*. Por fim, no quarto, alega que se no projeto almeja-se a celeridade, configura grande incongruência em restringir a única ação que atualmente é célere.

8.1 QUADRO COMPARATIVO DO HABEAS CORPUS: CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ANTEPROJETO

Um bom material bibliográfico de apoio é importante em qualquer trabalho acadêmico, especialmente naquele que sela a conclusão de um curso de graduação. Porém,

¹⁶² DELMANTO JUNIOR, Roberto. Recrudescimento a caminho. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 29-31, agosto, 2010.

numa pesquisa como esta, em que se pretende comparar dois conjuntos de normas específicas, é igualmente relevante realizar tarefas mínimas. Uma tabela comparativa, em que se colocam lado a lado os dispositivos, pode ser um exemplo desse tipo de tarefa – talvez, de pouca utilidade na visão de alguns. O fato é que tem grande valia, pois expõe em sua plenitude o objeto que está sendo estudado. De uma simples visualização pode, muitas vezes, decorrer desfechos teóricos importantes do tema que se está tratando.

Nesse sentido, e acreditando na sua relevância, propusemo-nos a elaborar esta tabela comparativa entre as normas que regem o *habeas corpus* no Código de Processo Penal vigente e aquelas que o farão no novo Código Processual a nascer do Projeto de Lei do Senado. Atente-se que não há quantidade e nem correspondência exata de artigos de uma proposta de codificação para outra, ou mesmo nas suas subdivisões. Repare-se que o *habeas corpus* no Anteprojeto foi separado dos recursos, estando em um livro específico sobre ações de impugnação, desapegando-se inclusive das disposições gerais sobre recursos.

Os membros da Comissão foram novamente muito eficientes ao criarem uma subdivisão no capítulo dedicado ao *habeas corpus*, pois se trata de uma iniciativa que facilitará bastante a consulta a suas normas, seja por um operador do direito, seja por um estudante, seja por um leigo. O Código atual não prevê expressamente esta separação em seções (cabimento, competência, procedimento e disposições Finais), todavia, numa primeira ou segunda leitura, visualiza-se, de certa forma, uma separação implícita na sua estruturação. Esta feliz coincidência facilita em muito a montagem de um quadro e a realização de uma análise comparativa.

O que resta agora é verificar quais dispositivos estão presentes numa codificação e não estarão na outra. Averiguar, da mesma forma, aqueles que se não forem iguais, são muito semelhantes, vendo em que pontos se compatibilizam e em quais foram alterados em menor ou maior grau. Não esquecendo que, em diversas situações, a mudança de uma ou duas palavras na redação do dispositivo pode ser determinante – como foi com a troca da palavra coação pela palavra prisão nos diversos incisos do artigo sobre o cabimento do *habeas corpus*, excluindo por completo a hipótese de sua aplicação para trancamento de inquérito policial ou de ação penal.

<p>Código de Processo Penal Decreto-Lei n. 3.689/1941¹⁶³</p>	<p>Anteprojeto Novo Código de Processo Penal Projeto de Lei do Senado n. 156/2009¹⁶⁴</p>
<p>Livro III – Nulidades e Recursos em Geral</p>	<p>Livro IV – Ações de Impugnação</p>
<p>Título II – Recursos em Geral</p>	
<p>Capítulo I - Disposições Gerais</p>	
<p>Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:</p> <p>I - da sentença que conceder habeas corpus;</p> <p>II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.</p>	
<p>Capítulo X Habeas Corpus e seu Processo</p>	<p>Capítulo II - Habeas Corpus</p>
<p>Cabimento</p>	<p>Seção I - Cabimento</p>
<p>Art. 647. 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.</p>	<p>Art. 635 Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ilegal no seu direito de locomoção, ressalvados os casos de punição disciplinar.</p>
<p>Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:</p>	<p>Art. 636 A coação considerar-se-á ilegal:</p> <p>I – quando não houver justa causa para a</p>

¹⁶³ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.**

¹⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 145-148.

<p>I - quando não houver justa causa;</p> <p>II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;</p> <p>III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;</p> <p>IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;</p> <p>V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;</p> <p>VI - quando o processo for manifestamente nulo;</p> <p>VII - quando extinta a punibilidade.</p>	<p>prisão ou para a sua decretação;</p> <p>II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;</p> <p>III – quando quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo;</p> <p>IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão;</p> <p>V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;</p> <p>VI – quando o processo a que se refere a prisão ou sua decretação for manifestamente nulo;</p> <p>VII – quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão.</p> <p>Parágrafo único. Não se admitirá o habeas corpus nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo.</p>
<p>Art. 649. O juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora.</p>	<p>Art. 637 O juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua competência, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora.</p> <p>Parágrafo único. No exercício de sua competência, poderão, de ofício, expedir ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.</p>
<p>Competência</p>	<p>Seção II - Competência</p>
<p>Art. 650. Competirá conhecer, originariamente, do pedido de habeas corpus:</p> <p>I - ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no Art. 101, I, g, da Constituição;</p>	<p>Art. 638 Competirá conhecer do pedido de habeas corpus:</p> <p>I – o Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição da República;</p>

<p>II - aos Tribunais de Apelação, sempre que os atos de violência ou coação forem atribuídos aos governadores ou interventores dos Estados ou Territórios e ao prefeito do Distrito Federal, ou a seus secretários, ou aos chefes de Polícia.</p> <p>§ 1º A competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição.</p> <p>§ 2º Não cabe o habeas corpus contra a prisão administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais, salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal.</p>	<p>II – o Superior Tribunal de Justiça, nos casos previstos no artigo 105, inciso I, alínea “c”, da Constituição da República;</p> <p>III – os tribunais, sempre que os atos de violência ou coação ilegal forem atribuídos ao juiz das garantias, à turma recursal ou à autoridade sujeita à competência originária destes tribunais;</p> <p>IV – as turmas recursais, sempre que os atos de violência ou coação ilegal provierem do juizado especial criminal.</p> <p>V- ao juiz das garantias, em relação aos atos eivados de ilegalidade realizados no curso da investigação e ao juiz do processo, quando encerrada a jurisdição daquele.</p> <p>Parágrafo único. A competência do juiz ou tribunal cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior hierarquia jurisdicional.</p>
<p>Art. 651. A concessão do habeas corpus não obstará, nem porá termo ao processo, desde que este não esteja em conflito com os fundamentos daquela.</p>	
<p>Art. 652. Se o habeas corpus for concedido em virtude de nulidade do processo, este será renovado.</p>	
<p>Art. 653. Ordenada a soltura do paciente em virtude de habeas corpus, será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação.</p> <p>Parágrafo único. Neste caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade.</p>	
<p>Procedimento</p>	<p>Seção III - Procedimento</p>
<p>Art. 654. O habeas corpus poderá</p>	

<p>ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.</p> <p>§ 1º A petição de habeas corpus conterá:</p> <p>a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;</p> <p>b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;</p> <p>c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.</p> <p>§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.</p>	<p>Art. 639 O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem.</p> <p>§1º A petição de habeas corpus conterá:</p> <p>a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;</p> <p>b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;</p> <p>c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.</p> <p>§2º O habeas corpus poderá ser impetrado por termo na secretaria do juízo competente, observando-se o disposto no parágrafo anterior.</p> <p>§3º Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.</p>
<p>Art. 655. O carcereiro ou o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça ou a autoridade judiciária ou policial que embarçar ou procrastinar a expedição de ordem de habeas corpus, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, será multado na quantia de duzentos mil-réis a um conto de réis, sem prejuízo das penas em que incorrer. As multas serão impostas pelo juiz do tribunal que julgar o habeas corpus, salvo quando se tratar de autoridade judiciária, caso em que caberá ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal de Apelação impor as multas.</p>	<p>Art. 640 Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se não for o caso de concessão de cautela liminar, estando preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar, se entender imprescindível ao julgamento do processo.</p> <p>Parágrafo único. Em caso de desobediência, o juiz providenciará a imediata soltura do paciente, encaminhando cópias do ocorrido ao Ministério Público para a apuração da responsabilidade.</p>
<p>Art. 656. Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário,</p>	<p>Art. 641 Se o paciente estiver preso,</p>

<p>e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.</p> <p>Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo.</p>	<p>nenhum motivo escusará a sua apresentação, salvo:</p> <p>I – grave enfermidade do paciente;</p> <p>II – não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção;</p> <p>III – se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal.</p> <p>§1º O detentor declarará à ordem de quem o paciente estiver preso.</p> <p>§2º O juiz poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por motivo de doença.</p>
<p>Art. 657. Se o paciente estiver preso, nenhum motivo escusará a sua apresentação, salvo:</p> <p>I - grave enfermidade do paciente;</p> <p>II - não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção;</p> <p>III - se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal.</p> <p>Parágrafo único. O juiz poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por motivo de doença.</p>	<p>Art. 642 A autoridade apontada como coatora será notificada para prestar informações no prazo de 24 (vinte e quatro horas), após o que, no mesmo prazo, o juiz decidirá, fundamentadamente.</p> <p>§1º Se a decisão for favorável ao paciente, será logo posto em liberdade, salvo se por outro motivo dever ser mantido na prisão.</p> <p>§2º Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz arbitrará o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos do inquérito policial ou aos do processo judicial.</p> <p>§3º Se a ordem de habeas corpus for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz.</p> <p>§4º Será incontinenti enviada cópia da decisão à autoridade que tiver ordenado a prisão ou tiver o paciente à sua disposição, a fim de juntar-se aos autos do processo.</p> <p>§5º Quando o paciente estiver preso</p>

	em lugar que não seja o da sede do juízo ou do tribunal que conceder a ordem, o alvará de soltura será expedido por meio eletrônico, ou por via postal, ou por outro meio que dispuser.
Art. 658. O detentor declarará à ordem de quem o paciente estiver preso.	Art. 643 Em caso de competência originária dos tribunais, a petição de habeas corpus será apresentada no protocolo para imediata distribuição.
Art. 659. Se o juiz ou o tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido.	Art. 644 Se a petição contiver os requisitos do art. 639, serão requisitadas as informações por escrito, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, se não for o caso de concessão liminar da ordem. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o relator mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição.
<p>Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas.</p> <p>§ 1º Se a decisão for favorável ao paciente, será logo posto em liberdade, salvo se por outro motivo dever ser mantido na prisão.</p> <p>§ 2º Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.</p> <p>§ 3º Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz arbitrará o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos do inquérito policial ou aos do processo judicial.</p> <p>§ 4º Se a ordem de habeas corpus for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao</p>	<p>Art. 645 O relator poderá conceder cautela liminar nos casos previstos em lei e sempre que a coação ilegal confrontar com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal.</p> <p>Parágrafo único. Caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, da decisão do relator que negar a cautela liminar ou conceder a ordem.</p>

<p>paciente salvo-conduto assinado pelo juiz.</p> <p>§ 5º Será incontinenti enviada cópia da decisão à autoridade que tiver ordenado a prisão ou tiver o paciente à sua disposição, a fim de juntar-se aos autos do processo.</p> <p>§ 6º Quando o paciente estiver preso em lugar que não seja o da sede do juízo ou do tribunal que conceder a ordem, o alvará de soltura será expedido pelo telégrafo, se houver, observadas as formalidades estabelecidas no art. 289, parágrafo único, <i>in fine</i>, ou por via postal.</p>	
<p>Art. 661. Em caso de competência originária do Tribunal de Apelação, a petição de habeas corpus será apresentada ao secretário, que a enviará imediatamente ao presidente do tribunal, ou da câmara criminal, ou da turma, que estiver reunida, ou primeiro tiver de reunir-se.</p>	<p>Art. 646 Recebidas as informações, o Ministério Público terá vista dos autos por 5 (cinco) dias, a contar da data do recebimento dos autos pela sua secretaria, cabendo à secretaria do tribunal informar sobre o decurso do prazo.</p> <p>§1º Decorrido o prazo, com ou sem manifestação, o <i>habeas corpus</i> será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.</p> <p>§2º Se o impetrante o requerer na impetração, será intimado da data do julgamento.</p> <p>§3º A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.</p>
<p>Art. 662. Se a petição contiver os requisitos do art. 654, § 1º, o presidente, se necessário, requisitará da autoridade indicada como coatora informações por escrito. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o presidente mandará preenché-lo, logo que lhe for apresentada</p>	<p>Art. 647 Se o juiz ou o tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido.</p>

a petição.	
<p>Art. 663. As diligências do artigo anterior não serão ordenadas, se o presidente entender que o habeas corpus deva ser indeferido <i>in limine</i>. Nesse caso, levará a petição ao tribunal, câmara ou turma, para que delibere a respeito.</p>	
<p>Art. 664. Recebidas as informações, ou dispensadas, o habeas corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.</p> <p>Parágrafo único. A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.</p>	
Disposições Finais	Seção IV - Disposições Finais
<p>Art. 665. O secretário do tribunal lavrará a ordem que, assinada pelo presidente do tribunal, câmara ou turma, será dirigida, por ofício ou telegrama, ao detentor, ao carcereiro ou autoridade que exercer ou ameaçar exercer o constrangimento.</p> <p>Parágrafo único. A ordem transmitida por telegrama obedecerá ao disposto no art. 289, parágrafo único, <i>in fine</i>.</p>	<p>Art. 648 O secretário do tribunal lavrará a ordem que, assinada pelo presidente do tribunal, câmara ou turma, será dirigida, por ofício ou telegrama, ao detentor, ao carcereiro ou autoridade que exercer ou ameaçar exercer o constrangimento.</p>
<p>Art. 666. Os regimentos dos Tribunais de Apelação estabelecerão as normas complementares para o processo e julgamento do pedido de habeas corpus de sua competência originária.</p>	<p>Art. 649 Os regimentos dos Tribunais estabelecerão as normas complementares para o processo e julgamento do pedido de habeas corpus de sua competência originária.</p>
<p>Art. 667. No processo e julgamento do habeas corpus de competência originária do Supremo Tribunal Federal,</p>	<p>Art. 650 A impetração e o processamento do habeas corpus</p>

<p>bem como nos de recurso das decisões de última ou única instância, denegatórias de habeas corpus, observar-se-á, no que lhes for aplicável, o disposto nos artigos anteriores, devendo o regimento interno do tribunal estabelecer as regras complementares.</p>	<p>independe de preparo e de pagamento de custas ou despesas.</p>
	<p>Art. 651 Ordenada a soltura do paciente em virtude de habeas corpus, será responsabilizada penal, civil e administrativamente a autoridade que, por má-fé ou abuso de poder, tiver determinado a coação.</p> <p>Parágrafo único. Neste caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade.</p>
	<p>Art. 652 O carcereiro ou o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça ou a autoridade judiciária ou policial que embarçar ou procrastinar a expedição de ordem de habeas corpus, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, serão responsabilizados penal, civil e administrativamente.</p> <p>Parágrafo único. Neste caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade dos servidores e das autoridades.</p>

8.2 ANÁLISE COMPARATIVA E O EQUACIONAMENTO DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

8.2.1 Das Disposições Gerais

Tendo em vista que o Anteprojeto colocou o *habeas corpus* em livro próprio para as ações de impugnação, não encontraremos dispositivo imediatamente correspondente ao artigo 574 do atual Código de Processo Penal. No entanto, isso não nos impede de analisar o

equacionamento dos princípios, caso, em momento posterior nos deparemos com norma semelhante no Projeto de Lei. O caput do artigo determina a regra geral de que os recursos são de iniciativa voluntária, salvo exceções.

Uma das exceções que nos interessa é justamente a do inciso I, prescrevendo que deverá existir recurso de ofício quando ocorrer decisão concedendo *habeas corpus*. Analisar pela ótica da celeridade tem caráter relativo. Para o acusado, este é um ponto contra, pois terá de esperar mais tempo para ter certeza da concessão da medida protetiva; enquanto, para o Estado é ponto a favor, pois estaria assegurando-se duração mais razoável ao processo, ganhando mais tempo e possibilidades de buscar a persecução penal. Todavia, pensando no processo em si mesmo, a necessidade obrigatória de mais um recurso representa sim um aumento de tempo de tramitação - perde-se ponto na celeridade. A exigência de recurso de ofício no caso de decisão de procedência do remédio constitucional, ao mesmo tempo em que amplia o contraditório para o Estado – pois este adquire oportunidade complementar para se manifestar – prejudica o réu, que não tem previsão de recurso de ofício se a decisão for denegatória. Aqui também a norma não encontra equilíbrio igualmente no princípio do contraditório.

Oportuno, no entanto, fazer ressalvas postas pelo professor Mauro Fonseca Andrade em nossas disciplinas de Processo Penal¹⁶⁵ de que na seara processual penal não há paridade de armas, ainda que compreendamos a lógica de proteção contra a arbitrariedade estatal. Bem anota o nosso professor e Promotor de Justiça de que o Ministério Público não pode propor revisão criminal em face de sentença absolutória, ou de que provas ilícitas, em determinadas situações, tem sido aceitas na jurisprudência se puderem ser aproveitadas a favor do réu. Em outras palavras, tal recurso de ofício auxiliaria a empatar esta disparidade de armas, não havendo maiores prejuízos ao acusado. Como não há consenso no tema, mantemos o posicionamento pela deficiência de equilíbrio quanto ao contraditório. A ampla defesa, por sua vez, pode-se dizer, não é prejudicada.

Mesmo que o recurso seja de ofício, não será o provável infrator impedido de se defender em grau recursal, pois dentro do recurso há possibilidades e instrumentos para que

¹⁶⁵ Anotações referentes às Disciplinas de Processo Penal I e II, ministradas pelo professor Mauro Fonseca Andrade, Promotor de Justiça e Doutor em Processo Penal, no primeiro e segundo semestre do ano 2013, respectivamente, no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais noturno da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

defenda suas alegações. Resultado final: a referida disposição não consegue estabelecer uma relação harmônica entre as três normas principiológicas em análise; a celeridade e o contraditório ficaram prejudicados, somente sendo respeitada de forma mais plena a ampla defesa.

Em tempo: através das posteriores análises do Anteprojeto, seja da sua parte específica sobre o *habeas corpus* ou da sua parte sobre recursos, não foi possível encontrar qualquer norma análoga a esta que dispõe o atual Código de Processo Penal. Remetemos o leitor ao tópico de análise final deste trabalho, onde constará nossa visão sobre como resultou o equilíbrio na aplicação dos princípios com retirada de tal norma no âmbito do regulamento proposto para ação de *habeas corpus* num sistema processual penal futuro.

8.2.2 Do Cabimento

Registra-se, aqui, correspondência entre o caput do art. 647, Código atual, com o art. 635 do Anteprojeto, quase idênticos em suas redações. Interessante notar que no caput do art. 635 aparecem termos e expressões que dariam uma maior amplitude interpretativa: temos “ameaçado”, ao invés de “iminência”, e “liberdade de locomoção” genericamente dita, ao invés de “liberdade de ir e vir”. Aparentemente, o caput parece potencializar o cabimento do *habeas corpus*, contando-se ponto favorável à ampla defesa.

Uma das maiores fontes de discussões desde a apresentação do substitutivo feito no Anteprojeto pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado aparece em seguida, nos art. 636 do mesmo projeto. Como no art. 648 do Código Processual vigente, ele também traz uma definição de coação ilegal, porém em vários de seus incisos, representando as hipóteses de cabimento do *writ*, a palavra mais genérica “coação” foi intercambiada por “prisão” propriamente dita. Assim, configurando-se a tão já comentada restrição às hipóteses de cabimento, pois retira do ferramental de proteção do indivíduo, a possibilidade de uso do remédio constitucional para trancamento de inquérito policial ou ação penal que indevidamente possa colocá-lo em situação de encarceramento ou de restrição na sua liberdade de locomoção que não esteja relacionada com prisão.

De imediato, parece-nos configurar ataque explícito ao princípio da ampla defesa. Porém, como não desejamos fazer deste trabalho um material panfletário, recordamos que, tanto na Exposição de Motivos, quanto aqueles estudiosos ou operadores do direito que defendem tal restrição, ocorre a alegação de que existe um número excessivo de *habeas corpus* sendo impetrado no cotidiano judiciário, afetando a celeridade e a duração razoável dos processos. Tomar alguma conclusão a este respeito é bastante difícil, seria necessária uma pesquisa quantitativa para estabelecer correlação entre uma indevida extensão dos prazos de duração dos processos com o fato de haver ou não ocorrido um devido cabimento da ação de *habeas corpus*.

Não se pode deixar de lado o alerta feito por Arnaldo Malheiros Filho, de que a própria Constituição Federal quer a interpretação da palavra “coação” em sentido amplo e não somente nos casos de prisão. O elevado valor qualitativo desse argumento é outro que pesa consideravelmente para dizer que está largamente prejudicado o cidadão em seu direito de defesa.

O inciso I do art. 648, só faz referência à ausência de justa causa; agora, o inciso I, do art. 636, expressa que o *habeas corpus* será cabível quando “não houver justa causa para prisão ou sua decretação”. O inciso II permanece igual, tutelando os direitos daqueles que permanecerem presos por mais tempo que determina a lei. Por sua vez, o inciso III sofreu mutação do art. 648 para o art. 636: trocou-se a palavra “coação” por “prisão”, fechando-se a outras situações a que nele antes podiam se enquadrar. O inciso IV, idem, ao invés de “tiver cessado o motivo para a coação”, agora é “cessado o motivo para a prisão”. O inciso V manteve de forma idêntica a possibilidade de impetrar-se o remédio, quando a autoridade não admitir que o paciente preste fiança nos casos em que a lei autoriza.

O inciso VI do art. 648, Código de Processo Penal vigente, faz referência genérica a processo manifestamente nulo; enquanto, o art. 636, do Projeto de Lei, limita a processo manifestamente nulo referente a prisão ou sua decretação. Por último, resta o inciso VII, que não fala mais somente da extinção de punibilidade¹⁶⁶, mas da extinção da punibilidade do

¹⁶⁶ As causas de extinção de punibilidade encontram-se previstas no artigo 107 do Código Penal em vigor. Suas hipóteses são as que constam dos seguintes incisos: 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

crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão. Ainda vale registrar que o art. 636 inova com um parágrafo único, dizendo que não será cabível a impetração de *habeas corpus*, quando ocorrer recurso com efeito suspensivo. É novamente questão de grande relevância e dúvidas, pois retira temporariamente do cidadão um dos seus instrumentos de defesa frente ao ataque de um direito tão precioso como é o de liberdade de locomoção.

Novamente, aqui tenta a Comissão justificar a adoção de tal regramento com base na celeridade, uma nova questão controversa que para ser respondida mereceria uma pesquisa de caráter quantitativo ou estatístico. Num contato imediato com tal norma, surge uma afronta evidente à ampla defesa, sem restarem muitas certezas se dela decorrerá uma tramitação mais rápida e adequada das ações penais. Afora os apontamentos precedentes, convém observarmos que nossos legisladores parecem reconstruir uma confusão que eles próprios tentaram desconstruir.

Se assumem o *habeas corpus* como uma ação de impugnação¹⁶⁷, sendo algo distinto de um recurso em sentido estrito¹⁶⁸, não poderia a ocorrência de um deles impedir que fosse impetrado o remédio constitucional – em outras palavras, não há porque cogitar-se, nestes casos, de orientações que adviriam muito provavelmente do princípio da unicidade, singularidade ou unirrecorribilidade recursal¹⁶⁹, princípio já consideravelmente aceito especialmente no âmbito do processo civil.

privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005); VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005); e IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

¹⁶⁷ Adilson Siqueira da Silva faz adequada e sintética exposição sobre a distinção entre Recurso e Ação de Impugnação: “Ações autônomas de impugnação são verdadeiras ações constitutivas negativas que visam invalidar e excepcionalmente reformar a decisão judicial impugnada, ou seja, visam desconstituir uma decisão judicial.(...)Por fazerem às vezes de recurso são denominados sucedâneos recursais. A primeira diferença entre ação autônoma de impugnação e recurso esta no fato de que enquanto aquela é uma ação completamente autônoma, este é apenas um prolongamento da ação. Destarte, infere-se que o recurso é apenas uma fase do processo, enquanto a ação autônoma de impugnação é uma ação completamente diversa do processo que se pretende impugnar.(...) Na ação autônoma todas as medidas dão início a novo processo e procedimento, em autos apartados, que receberam sentença, tudo independentemente da ação originária, dita ‘principal’.(...) No recurso não existe constituição de nova relação jurídica, na ação autônoma, há.” Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2357> Acesso em: 10 nov. 2013.

¹⁶⁸ FERREIRA, Luis Pinto. *Teoria e prática do habeas corpus*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1985. P. 12. O autor refere-se ao habeas corpus como um pedido de prestação jurisdicional em ação, na sua real natureza; mas considera que pode, num sistema de duplo grau de jurisdição, assumir caráter de recurso contra decisões do primeiro grau.

¹⁶⁹ Roberto Knabb elaborou interessante e bem fundamentada nota temática de direito sobre o princípio da unirrecorribilidade. Leciona o professor que: “A parte irresignada não pode manejar dois recursos contra a mesma decisão judicial. A dupla insurgência viola o princípio da unirrecorribilidade recursal. Por oportuno os ensinamentos dos insígnis juristas Porto e Ustároz ao asseverarem que: ‘Decorre do princípio da

Dando seguimento ao comparativo entre os dois conjuntos normativos, encontramos identificação completa entre o art. 649 do Código Processual Penal vigente e o art. 637 do Anteprojeto. Advertimos que, no entanto, esta identidade plena refere-se unicamente ao caput dos dispositivos mencionados, pois o art. 637 recebeu um parágrafo único, ausente no art. 649. O referido parágrafo anuncia que o juiz ou tribunal, no exercício de sua competência, poderá, de ofício, emitir ordem de *habeas corpus*, quando, no transcorrer do processo, verificar que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. A instituição de tal regra não parece ter suscitado qualquer discussão maior entre a doutrina, pelo contrário, parece ter recebido ampla aceitação.

Se o novo sistema processual penal que se quer implementar preocupa-se em que tenhamos julgadores mais eficientes na defesa dos direitos e garantias fundamentais da população, nada mais justo que eles próprios possam conceder o remédio constitucional, quando verificarem uma situação de injustiça em andamento. Com certeza, é ponto a favor da ampla defesa, sem incorrer aparentemente em qualquer prejuízo maior à celeridade de tramitação do processo – quem sabe até beneficiando-a, em alguns casos, pois evitará que a parte injustiçada tenha que ajuizar uma nova ação, o que demandaria mais tempo para tramitação da ação.

Mesmo que sintamos empatia por esta normativa, é nosso dever advertir que pode ocorrer aí um prejuízo ao princípio do contraditório, já que poderia haver alguma previsão

unirrecorribilidade a idéia de que contra cada ato judicial apenas poderá ser manejado um recurso pela parte. Evita-se, assim, a proliferação de inconformidades, tornando o procedimento mais previsível, o que, em última análise, transmite ao jurisdicionado maior segurança. A unirrecorribilidade decorre da interpretação sistemática dos recursos taxativamente enumerados pelo Código (art. 496) com a idéia de adequação às situações legitimantes de cada qual. No momento em que a parte faz uso de determinado recurso, opera-se a preclusão consumativa, ou seja, desaparece a possibilidade de outras impugnações contra aquela mesma decisão, ainda que haja a desistência do recurso anteriormente interposto. Desta forma, caracterizada a interposição de dois ou mais recursos contra a mesma decisão, apenas o primeiro poderá ser apreciado pelo órgão judicial competente, pois o segundo terá sua admissibilidade negada em face da preclusão consumativa'. A esse respeito à lição de Humberto Theodoro Júnior é esclarecedora: 'Pelo princípio da unirrecorribilidade dá-se a impossibilidade da interposição simultânea de mais de um recurso. O Código anterior era expresso quanto a essa vedação (art. 809). O novo não o consagra explicitamente, mas 'o princípio subsiste, implícito. No caso excepcional dos embargos de declaração, pode ocorrer o duplo recurso contra uma só decisão. Mas, na realidade, os recursos serão sucessivos, porque o primeiro suspende o prazo da apelação (art. 518), e terão objetivos diversos'. Para Nelson Nery Júnior *verbis*: 'É importante lembrar que, quando se fala em princípio da singularidade dos recursos, não se está querendo considerar o numeral um em acepção literal. O CPC pretende, com a adoção do princípio, evitar a promiscuidade e a proliferação de mais de um tipo de recurso contra determinado ato judicial. Fixada a natureza do pronunciamento judicial, contra este se admite apenas um tipo de meio impugnativo dentro da mesma relação processual'. Disponível em: < <http://www.robertoknabb.com.br/index.php/notas-tematicas-de-direito/84-principio-unirrecorribilidade>> Acesso em: 22 set.2013.

expressa de que o juiz escutasse a parte contrária antes de tomar tal medida. Em síntese: ganharemos no direito de defesa e perdemos na possibilidade de contraditório, não havendo como definir ainda o quanto pode ou não ser afetada a questão da celeridade ou duração razoável do processo.

8.2.3 Da Competência

Na regulamentação da competência tão pouco se abriu maior espaço para divergências. Os primeiros dispositivos que encontram correspondência são o art. 650 do Projeto de Lei e o art. 638 no Código de Processo Penal em vigor. Quanto ao caput das disposições, observamos que no art. 638 foi retirada a expressão “originariamente” que consta do art. 650 do CPP, de imediato não se percebendo as razões para tal modificação. Os incisos I e II são as duas primeiras situações competência enumeradas. Quanto ao inciso I, falando da competência do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao *habeas corpus*, o art. 638 fez a atualização conforme a estruturação da nova Constituição Federal de 1988. Quanto ao inciso II, que fala das atribuições dos já extintos Tribunais de Apelação, a Comissão as suprimiu para enquadrar a competência do Superior Tribunal de Justiça, também conforme a nova Carta Magna. A inserção de um terceiro inciso é inovação do Anteprojeto, justificado em parte pela introdução no sistema da figura do Juiz das Garantias.

Ordena o inciso III que a competência para julgamento do *habeas corpus* será dos tribunais, sempre que os atos de violência ou coação ilegal forem atribuídos ao Juiz das Garantias, à turma recursal ou à autoridade sujeita a competência originária destes tribunais. O inciso IV, também uma novidade do Projeto de Lei, não deixa de ser uma atualização do sistema judiciário, pois define que o *habeas corpus* será proposto perante as Turmas Recursais, sempre que os atos de violência ou coação ilegal originarem-se de Juizado Especial Criminal – recordemo-nos de que a Lei dos Juizados Especiais, Lei n. 9.099, data do ano de 1995, enquanto o Código de Processo Penal é de 1941, mais do que necessário proceder a tal atualização. O último inciso adicionado, o inciso V, diz que o remédio constitucional será julgado pelo Juiz das Garantias, quando decorrer de atos ilegais realizados no curso da investigação e ao juiz do processo, quando não mais vigorar a jurisdição do Juiz das Garantias.

Resumindo: todas estas especificações de competência, não só atualizam o tema no que se referem à ordem jurídica pós-Constituição de 1988, como naquela ordem jurídica processual penal que se pretende instaurar com um novo Código de Processo Criminal. A melhor explicitação e adequação das normas de competência para a impetração do *habeas corpus*, sem dúvida favorece a ampla defesa, pois auxilia a consolidar os caminhos e instrumentos com que poderá contar o paciente para proteger-se de possíveis coações ou ameaças em seu direito de liberdade de locomoção.

Da mesma forma, não nos esqueçamos de que fixar claramente as normas necessárias, auxilia enormemente na celeridade processual, evitando-se discussões improdutivas sobre recursos processuais que deveriam já estar regulamentados. Ponto favorável para a celeridade e para a duração razoável do processo igualmente.

O art. 650 do Código de Processo Penal vigente conta com um parágrafo primeiro, o qual foi reproduzido de forma quase idêntica no parágrafo único do art. 638 do Anteprojeto. Dizem tais dispositivos que a competência do juiz ou tribunal cessa sempre que a violência ou coação for oriunda de autoridade judiciária de igual ou maior “hierarquia jurisdicional” – esta última expressão, utilizada pelo Projeto de Lei, mostra-se mais precisa do que a sua correspondente no Código em vigor, “de superior jurisdição”, já que, por precisão fática e conceitual, a jurisdição em si é *una*, sofrendo divisões apenas a título de questões práticas e funcionais. A mudança mais notável entre os dispositivos processuais penais em comento é de que o parágrafo segundo do art. 650 desaparece na redação do art. 638 do Projeto de Lei. Diz o referido parágrafo que não caberá *habeas corpus* contra prisão administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais, exceto se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal.

Como ainda não foi possível localizar no Anteprojeto um regramento análogo, façamos uma análise, pressupondo que tal regra foi definitivamente excluída. Se o entendimento é de que tal parágrafo encontra-se suprimido, pois agora é possível a impetração do *writ* em tais situações, então podemos considerar que ocorreu um avanço no sentido de assegurar a ampla defesa, que a Constituição Federal deseja que seja o mais ampla possível. Devemos perceber que ainda que a ordem geral das hipóteses de cabimento nas duas

sistematizações faça ressalvas aos casos de punição disciplinar, na linha do que argumenta Arnaldo Malheiros Filhos, não coadunamos com a interpretação restritiva no sentido de que uma prisão no âmbito de um processo administrativo seja necessariamente menos grave do que aquela imposta num processo judicial. Se a Carta Magna garante a ampla defesa inclusive e expressamente nos processos administrativos, porque restringir tal cabimento do *writ*, quando a mesma Lei o quer como remédio de ampla proteção do cidadão no seu direito de liberdade de locomoção.

Visando romper um pouco o ritmo empregado nesta análise comparativa, cogitamos ser bastante interessante trazer a tona o que diz a obra de Pontes de Miranda sobre este tema específico. Percebe-se que no trecho transcrito, o posicionamento também é contrário à manutenção de tal ordem legislativa:

O artigo 650, § 2º, do Código de Processo Penal de 1941 devia ter dito que não seria ilegal (=não constituiria constrangimento ilegal) a prisão administrativa, atual ou eminente, se houvesse responsabilidade por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, se não fizessem o recolhimento no prazo legal, ou se não o pudessem fazer. A prisão administrativa era ilegal se o acusado tinha prova da quitação, ou do depósito do alcance verificado, ou se excedia o prazo legal. Ali não caberia o pedido de habeas corpus. **Aqui, sim; hoje, é inconstitucional, e o pedido cabe ali e aqui**¹⁷⁰.

Seria erro de terminologia e mesmo de técnica legislativa dizer-se que em tais circunstâncias não caberia o habeas corpus. O habeas corpus é o remédio jurídico processual que se constitucionalizou, porém, com isso, não deixou de ser remédio jurídico processual. Quando a própria Constituição diz que não cabe habeas corpus nas transgressões disciplinares militares, **o que se há de entender é que as transgressões disciplinares militares se regem por lei especial** que abre margem para o critério punitivo¹⁷¹.

Com o intuito de reforçar ainda mais os argumentos já apresentados, na seqüência surge a seguinte colocação por parte da obra de Pontes de Miranda, demarcando bem que a única hipótese em que a própria Constituição Federal preexcluiu expressamente o cabimento

¹⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo II, p. 220.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 220-221.

da ação de *habeas corpus* é no caso das punições disciplinares militares¹⁷², a qual não se pode simploriamente tentar estender algum alcance aos casos de penas administrativas¹⁷³:

Na interpretação de **leis que cometam o erro de se referir ao habeas corpus para preexcluí-lo, o que se há de ter como preliminar é que tal afastamento ofende o art. 5º, LXVIII**, uma vez que não cabe na regra jurídica do art. 142, § 2º¹⁷⁴.

Outras disposições do CPP vigente que não encontram correspondência estrutural no Projeto de Lei são os arts. 651 e 652, pois estão relacionados com as hipóteses em que o *habeas corpus* é cabível para trancamento de processos não relacionados com prisão ou sua decretação, o que não mais será possível pelas regras a serem estabelecidas no Anteprojeto. Portanto, ilógico que permanecessem tais regulamentações no novo Código Processual. O art. 653 do Código Processual Penal em vigor vai encontrar seu correspondente no Projeto de Lei na seção IV, das disposições finais, no art. 651. Todavia em comparação com o contemporâneo art. 653, o art. 651 não fala somente que a autoridade que tenha agido de má-fé incorrerá nas custas, mas amplia expressamente o espectro de punição da autoridade coatora, advertindo que esta será responsabilizada em todas as esferas: civil, penal e administrativa. Ter tal previsão expressa no Código Processual amplia a gama de instrumentos em favor do paciente ilegalmente ameaçado ou coagido, assegurando maior celeridade e duração razoável do processo, tendo em vista que a autoridade coatora não poderá mais tentar se eximir de enfrentar sua responsabilidade, seja em que esfera for. Idênticos mesmos são os parágrafos únicos dos dispositivos em questão, determinando que cópias das peças necessárias devam ser remetidas ao Ministério Público, para que este promova a responsabilização do coator, se for o caso para isso.

8.2.4 Do Procedimento

Nesta nova etapa de comparação, iniciamos pelos dispositivos irmãos, art. 654 do CPP e art. 639 do Projeto de Lei. Observando o caput das duas normas, vemos que pelo art. 639 desapareceu a possibilidade de o *habeas corpus* ser impetrado pelo Ministério Público.

¹⁷² Diz a Constituição Federal de 1988: “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”.

¹⁷³ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas Corpus no direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1990. p. 96-97. Os dois juristas aqui citados divergem nesse sentido e mantém a posição de não cabimento do *habeas corpus* em hipótese de transgressão disciplinar.

¹⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo II, p. 221.

Entretanto, talvez realmente não seja necessária a repetição de tal previsão no Código de Processo Penal, já que a própria Constituição Federal autorizou que se regulassem as funções institucionais e de seus membros através de leis auxiliares, como o faz a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625 de 12 de fevereiro de 1993). A referida lei, por exemplo, no inc. II, do art. 32, autoriza de forma expressa ao Promotor de Justiça impetrar a ação de *habeas corpus* nos casos em que perceber adequação e fundamentação para que ele mesmo o faça.

De forma assemelhada, ambos os artigos possuem um parágrafo primeiro de redação idêntica contendo nos seus itens os requisitos exigíveis numa petição de *habeas corpus*, sendo os itens ‘a’, ‘b’ e ‘c’ também exatamente iguais em suas redações. Ambos os dispositivos carregam um parágrafo segundo, só que com determinações distintas. No art. 654, ele estabelece os casos em que o juiz ou tribunal poderá conceder *habeas corpus* de ofício, algo que não sumiu no Anteprojeto, mas que poderá ser encontrado no parágrafo único criado no art. 637 da seção I, pertinente ao cabimento. A seu turno, o parágrafo segundo do art. 639 abre a possibilidade de que o remédio constitucional possa ser impetrado por termo na secretaria do juízo competente, desde que observados os requisitos da petição previstos no parágrafo primeiro.

Da instituição dessa opção, compreendemos a determinação de uma regra que caminha lado a lado com a ampla defesa e a celeridade, pois simplifica e facilita o procedimento para impetração do *habeas corpus*. Verificamos ainda outro componente do art. 639, o parágrafo terceiro, sem previsão análoga no art. 654 do Código de Processo Penal em vigor. O texto do referido parágrafo prescreve que se os documentos que instruírem a petição inicial deixarem evidente a ilegalidade da coação, o juiz ou tribunal determinará que encerre de imediato o constrangimento. Não obstante o Código Processual vigente não descuida dessa mesma situação, pois faz previsão de idêntica ordem no parágrafo segundo do seu art. 660.

Transportando-nos ao art. 640 do Projeto de Lei, anotamos que possui regulamentação semelhante a do art. 656 do Código de Processo Penal em vigor. Não obstante, entre os dois, existem diferenças significativas no caput e parágrafo primeiro. No caput do art. 640 verificamos que no novo sistema processual penal planejado ficará clara e expressamente prevista a possibilidade de medida liminar em sede de *habeas corpus* desde a instância de primeiro grau— até porque se não o previsse, teríamos um grave problema, já que o mesmo

sistema quer vedar por completo o poder geral de cautela dos juízes, que permite ao juiz conceder outras medidas cautelares restritivas de direito, que não só aquelas previstas na disposição legal ou as medidas privativas de liberdade. Consubstanciar-se-ia um grave cerceamento ao direito de defesa do coagido, exigindo maior disposição temporal para uma ação que desde seu início, pelas circunstâncias e evidências apontadas, justificariam um processo ainda mais célere que é o do próprio remédio constitucional.

Claro que admitir-se o *habeas corpus* em medida liminar, pode consubstanciar em, especialmente se for concedida durante ação penal em tramitação, falha no atendimento do princípio do contraditório, considerando que a medida será dada sem a oitiva parte contrária. A distinção entre os parágrafos únicos é ainda maior. Entretanto, observemos que os legisladores quiseram colocar que, em não ocorrendo hipótese de liminar, a apresentação imediata do paciente ao juiz só poderá ocorrer, se for “imprescindível” ao julgamento; o que nos apresenta caráter bem mais restritivo que o requisito de “necessário” pedido pelo art. 656 do CPP em vigor – novamente, temos uma duvidosa situação em que se deseja colocar a celeridade a frente da ampla defesa. No parágrafo único do art. 640 temos que nos casos de desobediência, o juiz providenciará a imediata libertação do paciente, encaminhando informações sobre o fato ocorrido ao Ministério Público para a apuração da responsabilidade. Esse mesmo parágrafo único, no art. 656 é bem mais rigoroso com o coator, pois prevê a expedição de mandado de prisão, determinando sua imediata submissão a processo para determinação ou não de sua responsabilidade.

Novamente, merece elogios a Comissão do Projeto de lei, pois aquele que é primariamente apontado como um detentor ilegal, também deve ter seu direito de defesa protegido, sem ter um imediato mandado de prisão determinado, até porque o Ministério Público, representante legítimo do Estado, é consultado sobre a necessidade ou não de responsabilização do agente coator. O sistema como um todo ganha em celeridade, já que não haverá perda de tempo com determinação de prisões e estabelecimento de ações, que talvez não fossem necessárias.

Prosseguindo em nossa missão, ao compararmos o art. 657 vigente, com o seu possível sucessor direto, verificamos que possuem redações plenamente identificadas, inclusive nos seus três incisos. A principal diferença é que o art. 641 do Anteprojeto contempla dois parágrafos, enquanto o art. 657 do Código de Processo Penal, apenas um único parágrafo. O

referido parágrafo único prescreve a mesma orientação do parágrafo segundo do art. 641, autorizando o juiz a ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por razão de doença. A seu turno, o parágrafo primeiro do dispositivo do Projeto de Lei, traz um comando adicional, requisitando que o detentor deverá declarar à ordem de quem o paciente encontra-se indevidamente preso. Esta disposição tem previsão isolada no art. 658 do Código Processual Penal vigente.

Por fim cabe ressaltar que o caput de ambos os dispositivos e seus incisos I, II e III determinam exatamente as mesmas situações que haverá escusa para não apresentação do paciente, a saber: grave enfermidade do paciente; não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção; ou se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal.

O art. 642 do Anteprojeto diz no seu caput de que a autoridade apontada como coatora será notificada para prestar informações no prazo de 24 horas, após o que, em igual prazo, o juiz deverá emitir decisão fundamentada. O seu correspondente aproximado no Código Processual Penal vigente seria o art. 660 cujo caput se diferencia por falar em diligências de forma genérica, não estabelecendo um prazo limite para as mesmas, apenas determinando o prazo de 24 horas para decisão fundamentada do juiz, após receber o que resultou das diligências promovidas e do interrogatório do paciente. Registramos que no Projeto de Lei existe apenas a menção de que a autoridade coatora traga “informações”, não se manifestando expressamente sobre a possibilidade de execução de diligências de forma genérica ou sobre a oitiva do próprio paciente. Pela interpretação que adotamos, o Projeto de Lei parece ter o objetivo dar maior agilidade ao processo, já que não exige – mas também não parece desautorizar - a execução de diligências ou o interrogatório do indivíduo ameaçado ou coagido para que o órgão jurisdicional emita sua decisão.

O contraponto disso é que se as informações trazidas pela autoridade coatora não subsidiarem favoravelmente o pedido do paciente que está ilegalmente sendo ameaçado ou coagido, e o juiz compreender que não há necessidade de efetuar diligências para verificar as informações trazidas ou de escutar diretamente o coagido, este ficará prejudicado seja quanto a sua ampla defesa, seja quanto ao atendimento do contraditório.

O parágrafo primeiro do art. 660 é idêntico ao do art. 642. A seu turno, o parágrafo segundo do art. 642 tem como disposição irmã a que consta do parágrafo terceiro do art. 660, tratando das hipóteses de cabimento do *habeas corpus* nos casos de recusa indevida de concessão de fiança. O terceiro parágrafo do art. 642 do Projeto de Lei, caminha lado a lado com o parágrafo quarto do art. 660 do Código de Processo Penal, ambos referindo-se que, nas situações de concessão de *habeas corpus* preventivo, será expedido salvo-conduto assinado pelo juiz. O parágrafo quarto do art. 642, a seu turno, prescreve o mesmo que o quinto parágrafo do art. 660 do CPP em vigor.

Por fim, o parágrafo quinto do art. 642 assinala parcial similitude com o parágrafo sexto do art. 660, deixando de forma mais explícita o conjunto de opções para que a comunicação em pauta seja feita por outros meios que não o telégrafo – de imediato já autoriza a comunicação por meio eletrônico ou via postal, inclusive no sentido de atualizar o regramento com os meios hoje efetivamente existentes. Sem contar que tal parágrafo faz remissão para que sejam observadas as formalidades do parágrafo único do art. 289 do CPP que já não existe mais, pois o mesmo dispositivo conta hoje com três parágrafos em sua redação e teve seu caput igualmente reformado¹⁷⁵. Como daí decorre uma ampliação das formas de comunicação para tal ordem de soltura, trata-se de novo ponto favorável à ampla defesa e à celeridade ou duração razoável do processo.

O art. 643 do Projeto de Lei do Senado assevera de que, nos casos de competência originária dos tribunais, a petição de *habeas corpus* deverá ser apresentada no protocolo para imediata distribuição. De extrema relevância a previsão expressa de tal procedimento, já que qualquer ameaça ou coação efetiva à liberdade de locomoção é sempre de extrema gravidade, sendo certo que o tempo de tramitação da ação deva ser o menor e mais razoável possível, garantindo de forma ainda mais eficaz o direito de defesa do paciente supostamente submetido a ameaça de ou à coação ilegal.

¹⁷⁵ Consultando o Código de Processo Penal através do site do Planalto Federal, encontramos riscada a antiga redação do art. 289 e seu parágrafo único, encontrando em seu lugar um novo art. 289 e seus três parágrafos, inseridos no CPP pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. A referida lei alterou dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689 relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, além de dar outras providências. Vejamos o que prescrevia o antigo art. 289: “Art. 289 Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado; Parágrafo único - Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por telegrama, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como, se afiançável a infração, o valor da fiança. No original levado à agência telegráfica será autenticada a firma do juiz, o que se mencionará no telegrama”.

Aproveitando a proximidade da discussão ao art. 659 do atual Código de Processo Penal, constataremos sua absoluta identidade com o art. 647 do Anteprojeto. Ou seja, se claramente cessadas a violência ou coação ilegal, não haverá mais razões para que o pedido seja conhecido, podendo o juiz ou tribunal julgá-lo prejudicado. Não há motivos para que a máquina pública seja movimentada e mais tempo seja demandado, quando não mais existem fundamentos para tal motivo. Trata-se de regramento que assegura celeridade ao sistema como um todo, sem, a priori, afetar a garantia de ampla defesa de qualquer das partes. Retornando ao Projeto de Novo CPP, seu art. 644 recomenda que se a petição atender aos requisitos do art. 639, deverão ser solicitadas informações por escrito, no prazo de quarenta e oito horas, se não for hipótese de concessão de liminar da ordem de *habeas corpus*. No entanto, faltando quaisquer dos requisitos exigíveis para a petição, o relator mandará preenchê-lo, assim que lhe seja apresentada a petição.

Aqui também verificamos iniciativa elogiável da Comissão, pois deixa claro que não poderá ficar total e imediatamente prejudicado um pedido de *habeas corpus* por questões de equívocos de caráter formal. Nesta norma, existirão ganhos tanto para a ampla defesa, como para a celeridade, já que não será de imediato negada a ação, não havendo de reiniciar a ação na sua totalidade de etapas, salvaguardando, assim, com mais eficácia a liberdade de locomoção do paciente ora atingido pela coação ilegal ou pelo abuso de autoridade. Dispositivo semelhante a este no CPP em vigor é o art. 662, porém existe uma importante diferença quanto ao art. 644: faz-se a previsão de um prazo máximo para o fornecimento das informações em até quarenta e oito horas – uma iniciativa elogiável no sentido de assegurar a celeridade e a duração razoável do processo frente à tutela urgente que caracteriza o *habeas corpus*.

Determinar um prazo para que o coator traga as justificativas do seu ato é garantir que o paciente ameaçado ou coagido não fique ainda mais tempo submetido aos abusos da autoridade ou particular que, visando postergar a concessão do remédio, deliberadamente demorem o tempo que desejem para fornecer o que lhe é solicitado pelo juízo que era julgar o pedido. Importante registrar que a partir do art. 644 até o art. 646 os legisladores trazem recomendações específicas para a ação de *habeas corpus* no âmbito dos órgãos colegiados, dos tribunais.

O art. 645 é normativa inovadora e igualmente tendente a aprimorar o aspecto do direito de defesa e celeridade ou duração razoável do processo para o paciente, já que regula explicitamente a possibilidade do relator conceder o *habeas corpus* em cautela liminar nos casos previstos em lei, além daqueles em que a coação ilegal ir ao encontro de súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal. No mesmo artigo, teremos o seu parágrafo único, dizendo que da decisão que conceder ou denegar a tutela cautelar liminar, caberá agravo em dez dias. Parte da doutrina que embasa este trabalho e que já se manifestou sobre tais mudanças, diz que esta possibilidade de recurso de agravo, provavelmente sobrecarregará nosso sistema judiciário, até porque as antigas hipóteses de cabimento do remédio constitucional para trancamento de inquérito ou ação penal poderiam ser parcialmente intentadas por meio deste novo recurso de agravo a ser implementado.

A disposição seguinte no Projeto de Lei é a do art. 646, nela consta que, recebidas as informações, o Ministério Público terá vista dos autos por cinco dias, a partir da data do recebimento dos autos pela sua secretaria, cabendo a mesma informar sobre o decurso do prazo. Trata-se de dispositivo sem um equivalente no atual Código de Processo Penal que vem para consolidar expressamente a prática assentada de que o Ministério Público deve sempre ser ouvido nos casos de *habeas corpus* impetrados perante as instâncias colegiadas. Notável contribuição ao princípio do contraditório, ainda que possa retardar um pouco o pedido de proteção desejado pelo paciente.

Neste ponto, podemos registrar crítica sempre pertinentemente feita pelo professor Mauro Fonseca Andrade em nossas disciplinas de processo penal¹⁷⁶ de que o fato de a concessão de ordem ser examinada sem a oitiva do Ministério Público no âmbito do inquérito ou da primeira instância processual configura significativo prejuízo ao princípio do contraditório. Pelo que analisamos dos dispositivos do Anteprojeto, nossos legisladores não instituíram qualquer tipo de regra neste sentido no futuro Código de Processo Penal, mantendo-se o prejuízo do princípio do contraditório nestes níveis.

¹⁷⁶ Anotações referentes às Disciplinas de Processo Penal I e II, ministradas pelo professor Mauro Fonseca Andrade, Promotor de Justiça e Doutor em Processo Penal, no primeiro e segundo semestre do ano 2013, respectivamente, no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais noturno da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Foram coerentes os membros da Comissão, ao estabelecerem no parágrafo primeiro do art. 646 de que, decorrido o prazo, com ou sem a manifestação do Ministério Público, o pedido de *habeas corpus* será julgado na primeira sessão que ocorrer, havendo, entretanto, possibilidade de adiar seu julgamento para a sessão seguinte. Em outros termos, quiseram os legisladores assegurar o contraditório ao *Parquet*, entretanto, fizeram a devida ressalva para que o paciente não fique prejudicado no seu direito de defesa e em tempo razoável, já que não pagará o preço da demora no atendimento de sua solicitação em função de eventual inércia ou desídia do órgão do Ministério Público. A determinação de que seja julgado na primeira sessão que venha a ocorrer também é importante contributo para a celeridade processual e a ampla defesa daquele que pode estar sendo indevidamente coagido ou ameaçado na sua liberdade de locomoção.

Estranha é a disposição dada pelo parágrafo segundo deste mesmo art. 646, dizendo que, apenas se o impetrante requerer na impetração, será intimado da data do julgamento. É verdade que uma ação de *habeas corpus*, pela celeridade que dela se deseja, não existiria tempo hábil ou a necessidade de proceder a intimações. Não obstante, a intimação é de certa forma uma parcela que constitui o direito de ampla defesa e de contraditório, não havendo necessidade de que o impetrante solicite para ser intimado.

Obviamente que, pelo seu caráter célere e urgente, a ação de *habeas corpus* não pode ficar prejudicada por eventuais falhas de intimação, sob pena de grave prejuízo ao próprio indivíduo a ser intimado ou do paciente que ele quer proteger. Interessante teria sido os membros da Comissão terem previsto que seria, sempre que possível, feita a intimação; porém, mitigando os efeitos de uma eventual ineficácia da mesma, não podendo a alegação de sua ausência ser utilizada como argumento para alegar nulidade do julgamento que venha a ser realizado. Do art. 646 do Projeto de Lei, ainda temos um parágrafo terceiro que comanda a decisão por maioria de votos e que, havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; em caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente. Tal elogiável determinação já constava do parágrafo único do art. 664 do Código de Processo Penal em vigor.

8.2.5 Disposições Finais

O art. 665, do Código de Processo Penal vigente, e o art. 648 do Projeto de Lei recebem idêntica redação. A diferença é que no art. 665 encontraremos um parágrafo único, excluído na composição do art. 648, remetendo a antiga disposição do art. 289 e seu parágrafo único¹⁷⁷, que foi completamente anulada, conforme já comentado em anterior oportunidade. Entre o art. 666 e o art. 649, a única alteração é a substituição do termo Tribunais de Apelação, por simplesmente tribunais, já que os primeiros são órgãos extintos na atual organização judiciária nacional, tendo sido substituídos por estes últimos. Na seqüência, surge o art. 667 do Código de Processo Penal em vigor e o art. 650 do Anteprojeto, que não possuem qualquer correspondência temática ou textual.

As duas disposições podem ser visualizadas no quadro comparativo, no entanto, daremos destaque ao art. 650, pois se trata de norma exclusivamente posta ressaltando de que a impetração e o processamento do *habeas corpus* independem de preparo ou de pagamento de custas ou despesas. Clara iniciativa que visa facilitar e simplificar o acesso do coagido a este recurso de defesa para sua liberdade de locomoção, não o fazendo dependente de recursos financeiros para ingressar com a referida ação, o que igualmente acaba proporcionando maior celeridade ao seu andamento, já que se relativiza a exigência de mais um requisito prévio, que se fosse efetivamente pedido, poderia postergar o andamento da ação, caso houvesse alguma falha no seu atendimento.

O art. 649 tem semelhança com o art. 666 em vigor, como já assinalado em tópico anterior. Apenas para complementar, destaca-se que ambos vão assentar de que os regimentos dos tribunais estabelecerão as normas para o processo e julgamento do *habeas corpus*, quando nos casos da competência originária for sua. Por fim, o art. 652 do Anteprojeto, vem no mesmo sentido do art. 655 do Código de Processo Penal atual, pois se trata de outra ordem tendente a demarcar a ampla responsabilidade penal, civil e administrativa daqueles que, agora, colaborarem para procrastinar a expedição de ordem de *habeas corpus*, a exemplo de um carcereiro ou do diretor da prisão.

¹⁷⁷ Vejamos o que prescrevia o antigo art. 289: “Art. 289 Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado; Parágrafo único - Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por telegrama, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como, se afiançável a infração, o valor da fiança. No original levado à agência telegráfica será autenticada a firma do juiz, o que se mencionará no telegrama”.

Perceba-se que o sistema processual penal proposto quer proteger o coagido, não só contra a autoridade coatora propriamente, mas também contra o abuso daqueles que queiram manter o paciente em prejuízo, mesmo após o reconhecimento do seu direito de liberdade de locomoção. Nossos legisladores foram também prudentes ao determinar que, nesses casos, sejam as peças necessárias emitidas ao Ministério Público, para que eventualmente abra-se processo contra os agentes públicos supostamente infratores. Veja-se que não se determina imediata prisão de algum deles ou imediata instauração de processo.

Iniciativa bastante elogiável da Comissão, pois não deixa de dar atenção à garantia da ampla defesa aos agentes envolvidos, além de, novamente, evitar congestionamento do sistema judiciário, com processos que talvez sejam desnecessários, afetando em grande alcance a celeridade do sistema amplamente dito. O art. 655 faz menção expressa à multa, que não aparece diretamente na redação do art. 652 do Projeto de Lei. Podemos dizer que o art. 652 também quer atualizar o art. 655 em parte, pois neste, no que se refere à multa, existe um limite de valores estipulado em moeda nacional há muito tempo em desuso, os “réis”.

Ainda que o art. 652 do Anteprojeto não especifique nada sobre multas e seus valores, ele traz responsabilização ampla do agente coator nessas hipóteses, fazendo-nos crer que, se o sistema jurídico ou administrativo processual penal preveja ou venha a prever multa nesses casos, já estará tal modalidade de sanção albergada pelo que dispõe o art. 652 do Anteprojeto.

9 ANÁLISE FINAL: SOBRE O EQUILÍBRIO NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NAS NOVAS NORMAS DO HABEAS CORPUS

Em verdade, pela própria análise comparativa feita, já se torna possível ao leitor perceber que se manteve ainda um significativo problema no balanceamento dos princípios. Várias modificações apontadas, de certa forma, implicaram prejuízo de uma norma principiológica em favor de outra. Uma das tarefas deste final de trabalho é resgatar algumas destas falhas quanto à aplicação dos princípios no instante em que a Comissão tratou de reformar as normas que possivelmente regularão a ação de *habeas corpus*.

A outra tarefa é examinar a questão da restrição nas hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, pois em nosso entendimento configura-se grave afronta ao princípio da ampla defesa, já que retira do acusado ou do réu em determinadas situações este importante instrumento para a defesa da sua liberdade de locomoção e, por reflexo, do seu direito de defesa mais amplamente dito quanto ao mérito da ação. Especialmente nesta segunda parte, buscaremos expor algumas das principais idéias e conclusões trazidas pela obra de Pontes de Miranda que possam fundamentar nossas conclusões a respeito das diversas questões por nós levantadas.

Um primeiro exemplo de falha a ser mencionado envolve discussão sobre uma das regras previstas nas Disposições Gerais do atual Código de Processo Penal. A regra mencionada determina que haja recurso de ofício quando ocorrer decisão concedendo *habeas corpus*. No entanto, o Projeto de Lei do Senado não repetiu expressamente tal recomendação, nem em seu segmento que trata do *habeas corpus*, nem naquele que fala especificamente dos recursos. Se ganha em celeridade, pois se retira a obrigatoriedade de mais uma fase ou etapa necessária na ação de *habeas corpus*. Pela modificação sugerida, em tese, as partes estariam em condições de maior equilíbrio, já que não se configura muito adequado determinar que da decisão que favorece a uma das partes tenha recurso de ofício e daquela que favoreça a outra, o mesmo não ocorra. Pela nossa visão, trata-se de uma mudança que contribui para um conteúdo mais justo ao conjunto das normas em análise, pois cabe a cada uma das partes

atuarem com os instrumentos judiciais que lhe são disponíveis para recorrer das decisões que entenderem passíveis de questionamento.

Todavia, este ganho, benéfico especialmente à defesa, visto de certo ângulo, acaba por agravar os efeitos de um problema para a acusação no atendimento do princípio do contraditório existente no CPP vigente: o da falta de oportunidade ao Ministério Público de se manifestar previamente sobre a concessão ou não de *habeas corpus* nas instâncias de primeiro grau. Sob certa perspectiva, a realização do recurso de ofício supriria parcialmente essa falta quanto à aplicação do contraditório no que se refere ao Ministério Público. A parte da acusação continuará sem poder manifestar previamente à decisão que concede o *habeas corpus* e, pela nova proposta, ainda lhe faltará uma oportunidade mais imediata para se manifestar quanto ao que foi decidido pelo magistrado, com a exclusão da obrigatoriedade do recurso de ofício. Em síntese, teremos conquistas, genericamente falando, para os princípios da celeridade e da ampla defesa, mas mantém-se problemática a aplicação do princípio do contraditório considerando o conjunto das regras propostas pelo Projeto de Lei do Senado.

Um segundo exemplo de falha pode ser apontado nas normas que versam sobre as hipóteses de Cabimento da garantia constitucional em discussão. Verificamos que entre o caput dos art. 649 do Código Processual Penal vigente e do art. 637 do Anteprojeto há uma grande correspondência. Entretanto, esta identidade plena restringe-se unicamente ao caput dos dispositivos mencionados, pois o art. 637 recebeu um parágrafo único, ausente no art. 649. O referido parágrafo possibilita que o juiz ou tribunal, no exercício de sua competência, de ofício, possa emitir ordem de *habeas corpus*, quando, no transcorrer do processo, verificar que alguém sofre ou está ameaçado de sofrer coação ilegal. É norma favorável à ampla defesa, sem incorrer aparentemente em qualquer prejuízo maior à celeridade de tramitação do processo – quem sabe até beneficiando-a, conforme nossos comentários já realizados na análise comparativa. O Código de Processo Penal pátrio, apesar de não prever tal normativa no art. 649, o faz expressamente no art. 654, §2º.

O que a Comissão de legisladores descuidou de corrigir foi um prejuízo ao princípio do contraditório que se forma a partir desta recomendação, tendo em vista que poderia haver alguma previsão expressa de que o juiz escutasse a parte contrária antes de decretar sua decisão. Resumindo: constituíram-se benefícios ao princípio da ampla defesa, mas ocorreram perdas no sentido de estabelecer um contraditório mais efetivo, não havendo como definir de

forma imediata o quanto isso atinge, e de que forma, a questão da celeridade e da duração razoável do processo.

Um terceiro e final exemplo de falha poder ser localizada na análise do art. 640 do Projeto de Lei, enquadrado na seção do Procedimento para o *habeas corpus*. Verificamos que possui regulamentação semelhante a do art. 656 do Código de Processo Penal em vigor. Não obstante, entre os dois, existam diferenças significativas no caput e parágrafo primeiro. No caput do art. 640 perceberemos que pelo novo sistema processual penal planejado ficará clara e evidentemente prevista a possibilidade de medida liminar em sede de *habeas corpus* desde o juízo de primeiro grau; mesmo porque se não o previsse, teríamos um grave problema, já que o mesmo sistema quer vedar por completo o poder geral de cautela dos juízes. Sem margem de dúvidas, na ausência de tal previsão, estaríamos incorrendo em grave afronta ao princípio da ampla defesa no que se refere à figura do indivíduo ameaçado ou coagido. Some-se ao efeito anterior, o de determinar um destacado prejuízo ao princípio da celeridade, já que, para atingir a mesma finalidade, ter-se-ia que iniciar todo um processo de *habeas corpus*, quando as circunstâncias e evidências apontadas, justificariam um processo ainda mais célere que é o de uma medida liminar.

Obviamente que, admitir-se o *habeas corpus* em medida liminar - especialmente se for concedida durante ação penal em tramitação pode consubstanciar-se em relevante falta no atendimento do princípio do contraditório, considerando que a medida será dada sem que a parte contrária seja ouvida. Novamente, podemos assim condensar o equilíbrio na aplicação dos princípios: a modificação em pauta traz pontos favoráveis aos princípios da ampla defesa e da celeridade, mas deixa a desejar quanto ao princípio do contraditório.

Estes são alguns exemplos de falhas encontradas que infelizmente impediram que os juristas do Anteprojeto atingissem um equilíbrio maior no equacionamento destes princípios. Não obstante, deve-se reconhecer que algumas das modificações propostas beneficiaram um ou mais princípios sem prejudicar os demais. Exemplo do que foi dito na afirmação anterior é a coerência dos membros da Comissão, ao estabelecerem no parágrafo primeiro do art. 646 de que, no que se refere ao julgamento da ação de *habeas corpus* no âmbito do segundo grau, decorrido o prazo, com ou sem a manifestação do Ministério Público, o pedido de *habeas corpus* será julgado na primeira sessão que ocorrer, havendo, entretanto, possibilidade de adiar seu julgamento para a sessão seguinte.

Ou seja, quiseram os elaboradores do Anteprojeto assegurar o contraditório ao Ministério Público, contudo, cuidaram de fazer a devida ressalva para que o paciente não fique prejudicado em sua ampla defesa e na celeridade processual, conquanto não pagará pelo preço da demora no atendimento de sua solicitação em função de eventual inércia ou desídia do órgão do Ministério Público.

Em termos mais abrangentes, percebemos que diversas das alterações que não causaram prejuízo ao equilíbrio principiológico do conjunto de normas, acabaram apenas potencializando a ampla defesa e a celeridade especialmente em favor do indivíduo ameaçado ou coagido ilegalmente em sua liberdade de locomoção. Entretanto, considerando-se a totalidade das modificações que se fizeram ou deixaram-se de fazer, constatamos que trouxeram ao sistema de normas diversos pontos de desequilíbrio na aplicação dos princípios: acabaram por potencializar a ampla defesa e a celeridade em favor do paciente em alguns aspectos, porém, colocando em segundo plano a questão do contraditório para o Ministério Público, para a acusação – como bem sempre destaca o Prof. Mauro Fonseca Andrade ao tratar deste tema.

Apesar daquilo que por nós foi constatado ao final do parágrafo anterior, é nosso dever ressaltar que o Ministério Público e seus membros, desde a Constituição Federal de 1988, ganharam uma “força” (usamos tal expressão em seu sentido mais amplo) ou peso institucional de elevado relevo, que coloca o *Parquet* como uma figura processual dotada também de uma diversidade de poderes e instrumentos formais – que por sua vez se refletem com o surgimento de mecanismos informais à disposição dos membros do *Parquet*, a exemplo do exercício de influências ideológicas ou morais sobre os demais atores do processo. Ainda que funcionalmente justificadas e instituídas no interesse público, seus membros possuem importantes prerrogativas e garantias como a inamovibilidade, a vitaliciedade e até a livre circulação por quaisquer dependências policiais, judiciais e penitenciárias, independentemente de autorização (salvo disposição legal em sentido contrário). Esta última prerrogativa poderá dar importantíssima vantagem ao membro do MP, por exemplo, na busca de provas para sustentar sua tese e na fiscalização do andamento do processo; prerrogativa que o réu realmente não possui, via de regra.

Lembre-mos que, por exemplo, na fase de investigação o Ministério Público e os delegados de polícia são os únicos que possuem habilitação para requerer e representar a um juiz medidas cautelares como as prisões temporárias e preventivas, de cujas decisões proferidas, em regra, não se prevê recurso para confrontá-las, nem mesmo no Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal. Aliás, destaque-se que, por exemplo, no sistema processual penal atual as prisões preventivas não possuem prazo máximo de duração; algo que foi parcialmente corrigido no Projeto de Lei de Novo Código de Processo Penal, tendo em vista que há previsão de hipótese em que uma prisão preventiva poderá alcançar questionáveis quatro anos de duração.

Essas medidas cautelares que permitem especialmente ao Ministério Público solicitar a limitação da liberdade de locomoção do investigado, acusado ou réu, de alguma forma compensam o desequilíbrio visto estritamente nas normas de previsão do *habeas corpus*. Para sanar as faltas diretas quanto ao princípio do contraditório aplicado ao Ministério Público, ter-se-ia antes que instituir recursos ou prever outras medidas cautelares que assegurassem a liberdade de locomoção do investigado ou acusado – ao investigado de forma ainda mais especial.

Outra possível solução para esta problemática do contraditório para a acusação seria, a título exemplificativo, determinar que, em sede de ação de *habeas corpus* liminar, de ofício e de primeira instância, se determinasse a vista imediata do pedido a promotores de justiça plantonistas, que pelo menos poderiam identificar aquelas situações em que se concederia uma soltura ignorando-se nulidades processuais ou outras formas de ilegalidade amplamente ditas que fossem evidentes para impedir o deferimento do pedido. Temos consciência de que tal proposta não é perfeita, pois o ideal é que o próprio promotor do caso fosse sempre aquele a ser consultado, por exemplo. Entretanto, a sugestão dada já significaria um pequeno primeiro passo na tentativa de sanar tal falha do sistema processual penal em vigor e naquele que se pretende implementar pelo novo Anteprojeto – perspectiva de solução que talvez o próprio Professor e Promotor de Justiça Mauro Fonseca Andrade tenha exposto em nossas aulas de Processo Penal.

Ressaltamos de que a tarefa de determinar a existência ou não de equilíbrio na aplicação dos princípios nas novas normas previstas para o *habeas corpus* no Projeto de Lei do Senado não é uma questão meramente quantitativa, em que seria suficiente contabilizar o

número de alterações favoráveis ou desfavoráveis ao equilíbrio principiológico e verificar quais aparecem em maior quantidade para dizer se, ao final, encontrou-se um maior ou menor equilíbrio. Como toda ciência humana e de acentuado caráter sociológico, filosófico, no Direito, o aspecto qualitativo é de extrema relevância. E ao refletirmos sobre as questões levantadas, de forma qualitativa e sistemática, as alterações que os membros da Comissão de Constituição e Justiça do Senado quiseram instituir para as hipóteses de cabimento do *writ* afetam consideravelmente a ampla defesa do cidadão ameaçado ou coagido na sua liberdade de ir, ficar e vir; tendo em vista que retiram uma significativa parte da instrumentalidade do *habeas corpus*, sem oferecer outro instrumento de igual porte e celeridade para tutelar o direito de liberdade de locomoção nessas mesmas situações.

Os já referidos juristas e legisladores parecem ser portadores de uma compreensão de que o *habeas corpus* deve caber estritamente aos casos de ameaça ou de efetiva prisão ilegal¹⁷⁸ do indivíduo, tornando o remédio constitucional não aplicável aos casos de ilegalidade ou nulidade ocorridos em inquérito policial ou processo que possam resultar em ameaça ou constrangimento a liberdade de locomoção do investigado ou acusado de maneira ampla. Destaque-se a gravidade em tentar-se estabelecer tais restrições, pois nossa Constituição Federal tutela o direito de liberdade de locomoção de forma o mais abrangente possível. Não nos esqueçamos de que a expressão utilizada no texto constitucional é “sempre”, sempre que houver ameaça ou coação ilegal à liberdade de locomoção.

Somando-se tão grave falta às falhas no atendimento do princípio do contraditório quanto ao Ministério Público, teremos - de imediato- dois argumentos qualitativos fortes para afirmar que os membros da Comissão incorrem em grande erro na tentativa de dar equilíbrio na aplicação dos princípios processuais. Tanto o princípio do contraditório, quanto o da ampla defesa se apresentam direta e expressamente atingidos pelo conjunto normativo que se quer estabelecer. Ambos os problemas merecem atenção urgente para serem corrigidos, seja realizando correções no âmbito das próprias normas específicas do *habeas corpus*, seja realizando correções em outras áreas normativas processuais penais conexas ao instituto em

¹⁷⁸ FERREIRA, Luis Pinto. *Teoria e prática do habeas corpus*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15. Dentre as várias obras consultadas, a de Pinto Ferreira é apenas um exemplo daquelas que em vão sentido contrário do entendimento restritivo que quis adotar a Comissão do Senado. O autor aponta os ensinamentos de *Magalhães de Noronha* de que o *habeas corpus* tem lugar, ainda que contra ato de particular, *sempre* que ficar provada *violência contra liberdade individual*.

análise. Sem dúvida, dois pontos de desequilíbrio incontestáveis no que diz respeito aos princípios aplicáveis ao processo penal.

Tendo sido o prejuízo ao princípio do contraditório tratado exaustivamente em parágrafos anteriores, se nos apresenta o momento de colocar no centro de nosso texto a discussão sobre a agressão que se faz ao princípio da ampla defesa quando nossos legisladores intencionam restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* exclusivamente aos casos de prisão ilegal propriamente dita, em nome do princípio da celeridade processual. Anteriormente a quaisquer outras considerações, importante ressaltar que, ao menos no texto do Anteprojeto, não há exposição de quaisquer dados numéricos e estatísticos que comprovem haver uma relação necessária entre a demora da resolução dos processos em função da impetração de ações de *habeas corpus* e de que esse excesso de *habeas corpus* impetrados que causa morosidade ao Poder Judiciário são na sua maioria impetrados contra ilegalidades ou nulidades em investigações ou em processos que possam resultar em ameaça ou efetiva coação na liberdade de locomoção – e ademais, de que todas essas impetrações indevidas realmente seriam adequadamente atendidas através de recursos previstos na legislação processual penal.

Como já ressaltamos anteriormente e como bem sabem os juristas e legisladores encarregados do Projeto de Novo CPP, o *habeas corpus* é uma ação de impugnação e não um recurso¹⁷⁹, sendo elementos distintos da sistemática processual, por conseguinte, tão pouco encontra fundamentos a restrição que se deseja impor de que se houver recurso com efeito suspensivo para o caso em tramitação processual¹⁸⁰, não poderá ser impetrado o *writ* constitucional¹⁸¹. Os argumentos teóricos apresentados pelos membros da Comissão não são infalíveis e como já apontamos antes, faltam dados quantitativos a serem demonstrados no Anteprojeto, para que se torne claro que na prática judicial cotidiana sejam efetivamente

¹⁷⁹ VIAMONTE, Carlos Sanchez. *El Habeas Corpus. Garantia de la libertad*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1956. p. 69. Viamonte expõe doutrina de Amancio Alcorta de que o *habeas corpus* não é recurso, todavia, observa que Alcorta se omite quanto ao fato de o *writ* ser cabível contra ato de particular ou se sua proteção se estende além dos casos de prisão.

¹⁸⁰ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas Corpus no direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1990. p. 67. Os autores concluem abertamente pela natureza de ação e não de recurso quando se fala em tal garantia constitucional.

¹⁸¹ SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, mandado de segurança, ação popular. As garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 137. O estudioso claramente coloca de que o uso do referido remédio constitucional não se subordina ao esgotamento dos recursos.

necessárias tais medidas de restrição à impetração do *habeas corpus* para que melhor se possa atender à celeridade e a duração razoável do processo.

Da obra de Pontes de Miranda consultada para realização de nosso trabalho foi possível extrair que significativa parte das ideias propagadas pelo renomado jurista brasileiro soa muito mais favorável ao nosso posicionamento de que aquele defendido pelos membros da Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Registramos que a referida obra baseia-se não só no que disse o próprio Pontes de Miranda, mas também em vasta jurisprudência por ele colacionada e pelo que possa ter acrescentado seu atualizador, Vilson Rodrigues Alves – contando com que este último tenha feito esforço extremado em não desvirtuar em nenhum momento dos ideais de Pontes de Miranda.

Portanto, muito provavelmente Pontes de Miranda concordaria de que as restrições a esta garantia constitucional são extremamente prejudiciais na aplicação e efetivação do princípio da ampla defesa. Versando a respeito da função social do instituto, Pontes de Miranda demonstra destacadamente a grande importância que há na existência e manutenção deste remédio constitucional:

Ao terem de julgar, afinal, devem ter presente ao espírito que o habeas corpus é a pedra de toque das civilizações superiores, um dos poucos direitos, pretensões, ações e remédios com que se sobrepõem aos séculos passados, mal saídos da Idade Média e dos absolutismos dos reis, os séculos da civilização liberal democrática, nos países em que ela logrou se firmar. **Fazer respeitada a liberdade física é um dos meios de servir e sustentar essa civilização, a que todos os homens, de todos os recantos da Terra, se destinam, sem ser certo de que todos a logrem.** Os que não a lograrem desaparecerão¹⁸².

Na seqüência, visualizamos outra passagem da obra em que se demonstra claramente a importância que a garantia da liberdade física tem no ideário de Pontes de Miranda:

Quando no plano jurídico, se alcança a garantia do habeas corpus ou outro remédio jurídico como a ação rescisória, o retrocesso, sociologicamente, é crime, e os responsáveis por atos de tal natureza deviam ser punidos. Mas onde não há democracia e liberdade não se punem poderosos¹⁸³.

A afirmação acima é enfaticamente feita diante da constatação de que no período ditatorial militar brasileiro nossos governantes tomaram diversas atitudes que representaram

¹⁸² MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo II, p. 332-333.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 335.

ao máximo a regressão no tocante à liberdade física ou até mesmo quanto à liberdade amplamente dita. Não foi somente o *habeas corpus* atingido pela prepotência de governantes, que sequer tinham sido eleitos pelo povo e que tão pouco visavam ao bem comum de toda a população. A título de exemplo de uma destas atitudes: pelo art. 10 do Ato Institucional nº 5, de 3 de dezembro de 1968, tornava-se suspensa a garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Sublinhe-se aí a carga subjetiva e ampla dos critérios que as autoridades da época tinham para impedir que o remédio constitucional pudesse ser invocado pelo cidadão brasileiro quando fosse ilegalmente ameaçado ou coagido na sua liberdade de locomoção por abuso das autoridades militares e policiais daquele período.

Em diversos momentos da obra de Pontes de Miranda emerge o entendimento de que o *habeas corpus* é cabível para garantir um direito-fim, quando se quer impedir o exercício deste direito através de ameaça ou coação ilegal na liberdade de locomoção. Dificilmente os membros da Comissão encontrarão palavras vindas de Pontes de Miranda ou das jurisprudências referenciadas por ele, sustentando que em nenhuma hipótese pode ser o *habeas corpus* utilizado em casos em que a liberdade de locomoção ou a liberdade física não possa ser protegida na sua condição de direito-meio. Em mais de uma oportunidade poderemos verificar decisões antigas de nossa Suprema Corte (do começo do século XX), onde expressamente se admite o cabimento da ação de *habeas corpus* em favor de um direito-fim. O texto transcrito abaixo não parece deixar qualquer dúvida a esse respeito:

Não é possível defender a liberdade física se se sustenta que não tem defesa se dela se precisa para algo, ou se contra ela se invoca algo. **Assim, dizer-se que “assegurar”, mediante habeas corpus, a liberdade de locomoção para exercer outro direito, é “desnaturar o instituto”, como fez certo Ministro do Supremo Tribunal Federal, é ignorar a história do instituto**¹⁸⁴.

Clássicos são os casos de jurisprudência dada no transcorrer da história do poder judiciário republicano brasileiro em que sempre se afirmou da pertinência da concessão do *habeas corpus* para garantir que pessoas detentoras de mandatos políticos ou outras funções públicas possam acessar os prédios públicos para realizar seu trabalho, caso estejam sendo restringidos em sua liberdade de locomoção para que alcançassem tais edificações e desempenhassem as tarefas que lhes eram dadas de direito e como dever público. Entretanto,

¹⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo II, p. 333.

seja pelo que afirmava Pontes de Miranda, seja pelo que diziam as decisões citadas em seu texto, adverte-se que a ação de *habeas corpus* não pode servir para discutir a existência ou não do direito-fim que se deseja proteger através da proteção da liberdade física, da liberdade de locomoção. O direito-fim que se deseja proteger deverá ser líquido e certo:

O que importa (e só importa) é o haver ilegalidade, ou abuso de poder, que ofenda, em si, a liberdade física. Só não é ofendida, em si, a liberdade física quando o ato ou ameaça do ofensor entra em alguma limitação, ou alguma restrição, que derive de direito de outrem, ou cuja ilegalidade dependa de exame noutro processo. **Se aquele, que impetra habeas corpus, invoca, na argumentação, algum direito, ou liberdade, que precise de ir, ficar e vir, a justiça tem apenas de verificar se a existência desse direito, ou dessa liberdade, pode ser afirmada como questão prejudicial, no processo de habeas corpus (...)** Há certeza, ou não, do direito, ou da liberdade, *in casu*? **A essa fórmula simples chegou o direito brasileiro, não como criação sua, porém como revelação científica, que honra juristas e juízes do Brasil,** país que se desvia de sua própria história quando se desvia do direito, e está coerente com a sua história se resolve, na dimensão jurídica e com os meios jurídicos, os problemas maiores que o tempo lhe semeie no caminho¹⁸⁵.

Se da própria obra de Pontes de Miranda se depreende que não há um desvirtuamento necessário do instituto quando se quer albergar um direito-fim¹⁸⁶ líquido e certo que depende da liberdade de locomoção, por que seria equivocado o cabimento da ação de *habeas corpus* em face de ilegalidade ou do abuso de poder na condução de um inquérito policial ou processo penal, quando tal irregularidade represente efetiva e direta contribuição para que o indivíduo resulte indevida ou injustamente sendo ameaçado ou cerceado em sua liberdade de locomoção? O direito à liberdade de locomoção é direito expressamente previsto pela Constituição Federal no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, assim como também nossa Lei maior acolhe expressamente princípios como o do devido processo legal e da ampla defesa e, por reflexo, todos os demais direitos e garantias que deles decorrem. Logo, porque não poderia ser o *habeas corpus* manejado para sanar irregularidades processuais e investigatórias que representem efetiva ameaça ilegal à liberdade de locomoção do investigado ou acusado de forma ampla?

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 334.

¹⁸⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 151-152. Nesse ponto, Heráclito Mossin discorda de nossas conclusões, deixando entendimento de que a ação não caberia para proteger direito-fim que não seja unicamente a liberdade de locomoção.

Não nos esqueçamos de que, apesar de a fase de investigação¹⁸⁷ em nosso sistema processual penal ser de caráter administrativo, tal etapa exerce grande carga de influência sobre a etapa processual propriamente dita, principalmente no tocante ao recolhimento de elementos probatórios e outros que possivelmente influenciarão na convicção final do julgador, podendo levar a uma justa ou injusta condenação do indivíduo a uma pena privativa de liberdade dentro de um sistema penitenciário que todos já sabemos ser corrupto, desumano e miserável; e que pouco ou nada contribui para a reabilitação social de qualquer pessoa que venha a ser encarcerada por ter sido justamente condenada – imagine-se o prejuízo a quem era inocente e foi inserido dentro deste meio prisional, pois se lhe denegou uma ordem de *habeas corpus* mesmo diante da existência de ilegalidade ou abuso de poder na fase investigatória ou processual. Segundo Vilson Rodrigues Alves, Pontes de Miranda inclusive manifestou-se expressa e enfaticamente contrário quando as autoridades uruguaias em determinado ponto da história de seu país, tenham querido que o *habeas corpus* fosse remédio cabível exclusivamente quanto aos casos de prisão propriamente ditas, não incluindo sequer os casos de ameaça de prisão.

A própria obra de Pontes de Miranda em consulta possui tópico específico sobre esse tema, cujo título é das *nulidades evidentes do processo*, onde percebemos que pelos pensamentos e idéias apregoadas pelo eminente jurista, há realmente expressa defesa quanto à pertinência do manejo da ação de *habeas corpus* diante de nulidades de um processo, especialmente se forem as mesmas evidentes:

As nulidades do processo somente permitem o habeas corpus quando manifestas(...)É preciso que no momento em que se julga o pedido de habeas corpus, nulidade haja(...)é **pressuposto o nexo causal entre a ilegalidade do constrangimento e a permanência do ato cuja a nulidade deveria 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 inútil¹⁸⁸.

É de extrema importância ter a consciência de que apesar de existir em nosso sistema processual penal previsão de recursos que possam ter como objeto a análise dos mesmos vícios processuais que possam ser alegados em face de um *habeas corpus*, a verdade é que no

¹⁸⁷SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, mandado de segurança, ação popular. As garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 136. O jurista consultado fala no cabimento da ação para, pelo menos, trancamento de investigação criminal.

¹⁸⁸MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo II, p. 205-206.

âmbito das instâncias recursais, há um espaço maior de tempo e de instrumentos até que se verifique ou não a existência de uma nulidade que se alega existir no processo. Se a cognição já é mais limitada em face de recurso, mais ainda o deverá ser em uma ação de *habeas corpus* que visa acima de tudo ser dotada de elevado grau de celeridade e urgência para atender a tutela que se deseja ver por ela atendida. Em outras palavras, se a nulidade é demasiadamente manifesta, sendo quase inviável qualquer contestação à mesma, a medida para contê-la prontamente também deve ser célere e urgente como é a concessão de *habeas corpus*.

Ao contrário, se existe uma maior margem de discussão, aí, conforme o caso, realmente devesse ser alegada em face de algum recurso processual penal – e não de um *habeas corpus*. Compreendemos que há uma pequena falha no entendimento dos membros da Comissão do Senado, já que recursos contra nulidades processuais e suas hipóteses de cabimento carregam diferenças qualitativas importantes nos seus fundamentos em comparação àqueles casos em que se necessitará utilizar o *habeas corpus* para combater nulidades processuais, que por sua vez serão ainda mais evidentes.

É prudente registrar e reconhecer que a Comissão não ignora a importância de que se faça o controle de nulidades evidentes de processo diretamente ligado a uma prisão ou a sua decretação, conforme a nova redação dada ao inc. VI do dispositivo de hipóteses de cabimento. A questão é que a renovada disposição do inciso em comento, ao especificar estritamente a nulidades manifestas em processos diretamente ligados à prisão, parece não compreender o comando de proteção amplo que a Lei maior brasileira quis determinar à liberdade de locomoção em si mesma. Nossa Constituição Federal não quer o *habeas corpus* apenas como um remédio contra ameaça ou lesão à liberdade de locomoção em razão de ameaça ou de efetiva prisão ilegal do paciente em face de um processo de acusação por infração legal punível pela seara processual penal¹⁸⁹.

Não negamos que o nascimento do *habeas corpus* no direito anglo-saxão se deu muito mais no sentido que almejam os membros da Comissão; todavia, não se pode deixar de prestar atenção ao comando constitucional ou ignorar que o referido remédio jurídico sofreu

¹⁸⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 94. O referido autor menciona que o *habeas corpus* caberia tanto para trancamento de investigação ou processo eivado de nulidade de forma genérica, não faz conclusão específica da limitação do *writ* somente aos casos de processo que impliquem em ameaça de ou de efetiva prisão abusiva ou ilegal.

transformações no transcorrer da história dos sistemas jurídicos que o adotaram; especialmente no caso do Brasil, onde parece ter se desenvolvido uma linha normativa e jurisprudencial bastante coerente e potencializadora de tal remédio jurídico – talvez parte dos próprios juristas ingleses, no fundo, teria desejado dar tal dimensão a este instrumento processual.

Concluimos, então, que mesmo contra as nulidades evidentes de processos ligados a direito-fim líquido e certo cujo exercício esteja sendo prejudicado por ameaça ou coação ilegal no exercício da liberdade física do indivíduo, seria possível a utilização do *habeas corpus* para trancar tais processos e fazer com que o juízo emita uma ordem para que o agente coator cesse as limitações sobre a liberdade de locomoção ou circulação do paciente, para que este possa continuar exercendo de forma plena um direito seu que é líquido e certo¹⁹⁰.

Registre-se bem que apesar das delimitações que a obra de Pontes de Miranda coloca para as hipóteses de cabimento em face de nulidades processuais, em nenhum momento demonstra intenção de excluí-la ou de colocá-la como algo que só ocorreria excepcionalmente e de correlação estrita aos casos de ameaça ou de efetiva prisão ilegal. Tão pouco, pelo que expõe a linha teórica de Pontes de Miranda, faria sentido a norma inserida no Anteprojeto, de que havendo possibilidade de recurso com efeito suspensivo, ficaria impedida a impetração de *habeas corpus*:

O fato de poder ser usado, *in casu*, algum recurso, não impede o emprego do remédio do habeas corpus. Muito tempo foi dito, que, sendo recorrível a decisão de cuja eficácia nasce o constrangimento, não cabe o habeas corpus. O enunciado provinha do princípio da unicidade do uso de recursos, de não se poderem exercer, ao mesmo tempo, duas ou mais pretensões recursais. **O habeas corpus é remédio, não é recurso.** Remédio que é, não seria de se aplicar, a priori, aquele princípio que veda o uso simultâneo de dois recursos(...)**O habeas corpus pode ser impetrado, mesmo se há sentença e dela pende recurso(...)**Observou, a propósito, o egrégio Pontes de Miranda que, **o fato de poder ser usado, *in casu*, algum recurso, não impede o emprego do remédio de habeas corpus**¹⁹¹.

Se os próprios legisladores entendem o *habeas corpus* como uma ação autônoma de impugnação¹⁹², que na verdade é uma ação apartada da ação originária com a qual guarda

¹⁹⁰ SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, mandado de segurança, ação popular. As garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 136. Othon Sidou não faz uma conclusão mais generalizada, no entanto, menciona expressamente a sua concordância da sua utilização para atingir processo findo carregado de irregularidade que represente ameaça indireta à liberdade de locomoção.

¹⁹¹ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo II, p. 286-287.

¹⁹² MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 72. O referido

uma correlação, não podem confundir com recursos que são, em certa perspectiva, apenas uma fase desse processo originário, de forma amplamente entendido. Não que a existência da possibilidade de se socorrer a um recurso de efeito suspensivo não possa ser parte da fundamentação para que se denegue o *habeas corpus*; o que não pode acontecer é que tal possibilidade seja causa imediata e necessária para impedir que sequer seja impetrada uma ação de *habeas corpus*. Deverá o julgador, no caso concreto, analisar se realmente existe um recurso com efeito suspensivo com a mesma prontidão e potencial de eficácia e efetividade de um *habeas corpus* para se atender a tutela pretendida pelo indivíduo coagido. Se tal hipótese se confirmar, evidentemente far-se-á desnecessário mover a máquina judiciária para que uma nova forma de ação seja instaurada.

Retomando a relevante questão sobre a possibilidade ou não de lançar mão de um *habeas corpus* para a proteção de um direito-fim, muito clara é a decisão da Suprema Corte transcrita aqui e no livro consultado. O que se traz centralmente é o fato de que não basta uma simples e direta comparação entre o *habeas corpus* no sistema anglo-saxão e a sua conformação no sistema jurídico brasileiro. Precisa-se ter em mente de que há diferenças significativas no sistema jurídico de cada um dos países em pauta, que podem ou não justificar uma ampliação ou adaptação no espectro de alcance desta garantia constitucional. A principal distinção que fez a Suprema Corte da época nesta situação é de que em países como os Estados Unidos ou Inglaterra existiu ou existem uma série de outros *writs* capazes de atender prontamente a esses outros direitos-fins – especialmente os dirigidos à defesa das liberdades individuais - caso estejam sendo ameaçados ou sofrendo efetiva violação, o que não acontece no Brasil:

Não fora menos explicativo o Supremo Tribunal Federal, a 14 de janeiro de 1903, sendo votos vencedores João Barbalho, Piza e Almeida, Bernardino Ferreira, André Cavalcanti e H. do Espírito Santo. Eis alguns dos seus enunciados: Dos amplos termos do art. 72, § 22, da Constituição Federal, que manda dar ao habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer violências, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder, se depreende que esse remédio jurídico pode ser aplicado à proteção da liberdade individual tomada em sua acepção mais lata do que simples direito de não ser preso e conservado em prisão. Não procedem contra esta ilação necessária e imediatamente deduzida do conceito constitucional do habeas corpus, os argumentos fundados na construção jurídica dada a esse instituto na doutrina inglesa e americana. Imediatamente criado como remédio específico contra a detenção ilegal, no direito anglo-saxônico, o habeas corpus foi mantido com esse caráter, em várias leis processuais que o regulam, e nenhuma das quais o define em

conclui igualmente que o *habeas corpus* possui natureza jurídica de uma ação propriamente dita e não de um recurso.

absoluto, porque, ao lado dele, a *common law* e estatutos estabeleceram diferentes *writs* para a defesa dos outros direitos da liberdade pessoal e semelhantes aplicados geralmente, quando outro não houver criado, e a violação a partir da autoridade ou funcionário público, o *writ of mandamus*¹⁹³. A doutrina dos povos de onde importamos o nosso instituto funda-se, pois, na especialização processual dos remédios, distingue e designa os meios de ação segundo as variações do direito – não isenta nenhuma dessas do remédio reparador. Entre nós, onde não estão criados esses remédios, razão não prevalece, e como a Constituição estende amplamente o habeas corpus a todos os casos de coação ilegal ou violência contra o indivíduo, é forçoso admiti-lo como instrumento próprio para suspender ou prevenir tais infrações pela aplicação do brocardo – *Ubi ius ibi remedium* – máxima que resulta tanto do nosso regime político como das instituições daqueles povos¹⁹⁴.

Ainda que se conteste que a decisão acima citada diga respeito à primeira Constituição Federal brasileira republicana, é certo que não haverá prejuízo para nossos argumentos, pois assim como quis a Lei maior de 1891, a Constituição Federal de 1988 também parece desejar uma proteção ampla à liberdade de locomoção, portanto os argumentos brilhantemente trazidos pela Corte Suprema há mais de 100 anos atrás servem igualmente para que se impeça a proposição de restrição que deseja fazer a Comissão do Senado nas hipóteses de cabimento do *habeas corpus*. É verdade que quando da importação de um instituto deve-se estar atento para que se mantenha o máximo possível de fidelidade, especialmente no que diz respeito aos caracteres mais essenciais dos elementos de processo penal que envolvem o referido instituto. Entretanto, tal importação também deve obedecer a uma questão sistemática do contexto para onde são trazidos. Como foi visto na revisão bibliográfica vista neste trabalho, o *habeas corpus* sofreu evoluções no transcorrer dos anos¹⁹⁵, inclusive dentro do próprio contexto do direito anglo-saxão. Dizer que houve um significativo desvirtuamento nos parece uma afirmação um tanto extremada. O *habeas corpus* foi importado sim, com algumas modificações relevantes, concordamos. Contudo, tentar sugerir que ele foi deturpado em sua quase totalidade, nos parecerá uma assertiva um tanto exagerada. O instituto foi inserido no

¹⁹³ O *writ of mandamus* seria mais ou menos o equivalente ao nosso mandado de segurança, que hoje, felizmente já ganhou previsão constitucional e regulamentação própria – conhecimento que adquiri no transcorrer das aulas de Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas ministradas pelo prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin em nossa Faculdade de Direito. Nem por isso cairá o argumento apresentado. O que interessa é que se trata apenas de um exemplo de remédio que não existia aquele tempo em território brasileiro. E afirmar que o Brasil alcançou a mesma sistemática de *writs* dos países do *common law* requer ainda estudos mais aprofundados, assim como caberia discutir se o mandado de segurança é remédio com o mesmo grau de celeridade que o habeas corpus possui para proteger tão precioso direito como o é o da liberdade da pessoa física.

¹⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 322-323.

¹⁹⁵ VIAMONTE, Carlos Sanchez. *El Habeas Corpus. Garantia de la libertad*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1956. p. 33-34. Outro exemplo do que se diz neste momento de nossas conclusões pode ser visualizado no que aponta Carlos Viamonte como os *Dez Princípios do Novo Habeas Corpus*. Demonstra como naquele estágio da República Argentina também se ia consubstanciando o instituto, sem que se tenha atingido a integridade do seu espírito, como importante garantia dos direitos individuais. Podemos constatar vários traços semelhantes com o que aconteceu e acontece no Brasil com o referido remédio jurídico. Vejamos quais são esses princípios: 1) é uma **ação** e não um recurso; 2) se dá em **“amparo”** da liberdade arbitrariamente restringida e não **“contra”** detenções ilegais; 3) **não ampara a liberdade contra a lei (inconstitucionalidade)**; mas contra atos de autoridades ou particulares; 4) **abarca todos os direitos individuais** e procede não só contra a suspensão dos mesmos, senão contra qualquer restrição que possam sofrer; 5) **não devem ter intervenção do ministério público**; 6) termina com a decisão do juiz ante a quem se interpõe; 7) pode ser interposto ante a qualquer juízo constitucional da Província; 8) não há apelação contra a resolução que recaia; 9) não causa instância, nem passa em autoridade de coisa julgada; e 10) cabível contra qualquer ato de autoridade, seja juiz ou tribunal.

direito brasileiro com bem menos distorções na sua essência do que parece demonstrar uma análise mais superficial do tema.

Tendo em conta tudo que estudamos para a construção deste trabalho e tudo que nele apresentamos, nossa tendência é de acreditar que o referido instituto foi muito bem e harmonicamente incluído dentro da sistemática jurídica nacional – mesmo que na passagem da história das nossas Constituições Federais tenha sofrido diversas variações no seu delineamento¹⁹⁶.

Existem outras jurisprudências nesse mesmo sentido colacionadas nesta obra de Pontes de Miranda. Usualmente, após a menção das mesmas, costuma-se apontar se existe ou não uma discordância quanto à linha de pensamento de Pontes de Miranda. No caso dessas decisões as quais fazemos referência, não há, a priori - nem imediatamente ou mediatamente - qualquer tentativa de desconstituir a argumentação apresentada, o que nos fornece uma boa margem de segurança para afirmar de que realmente para Pontes de Miranda a regra é seguir a interpretação mais ampla como quer a Constituição Federal. Tanto no atual Código de Processo Penal como no Projeto de Lei repete-se a regra de que não caberá *habeas corpus* no caso de punição disciplinar.

Se buscarmos tal temática junto à obra de Pontes de Miranda, novamente perceberemos que o renomado jurista brasileiro parece discordar desta outra hipótese de restrição, que inclusive é aquela prevista na própria Constituição Federal, em seu art. 142, quanto aos casos de punições disciplinares militares. O que estaria se apontando aqui uma dissonância dentro da própria Constituição entre uma norma específica e a aquela que é a mais geral, a do art. 5º, LXVIII. Vejamos um trecho do que se diz sobre este assunto no livro consultado:

O que não pode ser apreciado através de habeas corpus é a infração disciplinar em seu conteúdo específico, ou a justiça, ou injustiça da punição. Não se exclui da apreciação judicial a legalidade do ato, o conhecimento e a verificação da competência da autoridade que impôs a pena. **Se ilegal a punição ou incompetente a autoridade que a aplicou, não há cogitar mais de transgressão disciplinar, e o habeas corpus é autorizado(...)**Cumpra não nos esquecer que tal instituto de direito político, provindo do parlamentarismo inglês, não se subsume no quadro dos procedimentos criminais, não pertence ao direito penal, processual ou material(...). Os Avisos do Governo Imperial, de 19 de fevereiro de 1834, no 375, de 30 de agosto de 1865, e no 117, de 8 de março de 1876, entendiam se podia conhecer de habeas corpus em caso de réu militar, preso por crime militar¹⁹⁷.

¹⁹⁶ GUIMARÃES, Aureliano. *O habeas-corporis, doutrina e prática – jurisprudência*. XXII – Coleção Jurídica da Livraria Acadêmica. Livraria Acadêmica. Saraiva & Comp. – Editores, 1925. p. 19, 34, 71, 128, 138 e 200. Anota o jurista que, pela Constituição de 1891, a que imperava na época de surgimento de sua obra, o que se quis tutelar foi mais que a liberdade de locomoção, já que se falava genericamente *em sofrer ou no perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder*. Em semelhança ao que revela o livro de Viamonte sobre a Argentina de sua época, se entende que no Brasil, do referido período, que o *habeas corpus* tutelaria a *liberdade individual* amplamente entendida, tutelando, por exemplo, a *liberdade de ação para livre manifestação de pensamento, exercício de funções ou profissões, votar, ser votado, para realizar reuniões*, entre outras que visem a *salvaguardar a qualidade de homem e cidadão*. Por esta linha sugerida, não há dúvidas de que o remédio seria cabível contra qualquer tipo de processo eivado de nulidade, por exemplo. Curiosamente, enquanto escrevia seu livro, já tramitava uma reforma na Constituição de 1891 que passaria a limitar a aplicação do *habeas corpus* no estado de sítio e de restringir suas hipóteses de cabimento quanto à ameaça ou coação à *liberdade de locomoção* mais especificamente falando, o que Aureliano Guimarães critica veementemente no seu texto, acusando como um passo regressivo na história legislativa deste remédio jurídico.

¹⁹⁷ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo II, p. 201 e 203.

Outro argumento que explicitaria de que a norma constitucional sobre o *habeas corpus* se deseja amplamente aplicável é o de que a ilegalidade contra a qual a Constituição Federal de 1988 quer proteger o cidadão, incluiria também a inconstitucionalidade, haja em vista especialmente aquelas situações em que inconstitucionalidade pode adequadamente ser compreendida como uma forma de manifestação da ilegalidade:

O conceito de ilegalidade que aparece no texto constitucional abrange o de inconstitucionalidade, no sentido contrário à lei ordinária. Não importa saber-se de quem parte o ato ilegal: se do legislador (lei, decreto, etc.); se do Poder Executivo; se dos juízes. As próprias emendas à Constituição, se forem inconstitucionais, podem dar ensejo a pedidos de *habeas corpus* e serem esses pedidos julgados por procedentes¹⁹⁸.

Quer concordemos ou não com as ideias ou opiniões de Pontes de Miranda, o certo é que essas se formaram com base em considerável esforço de análise teórica, histórica e jurisprudencial sobre o cabimento e aplicação do *habeas corpus*. Uma tarefa tão grandiosa que poucos de nós teríamos condições ou tempo de nos desincumbir. Difícil encontrar falhas substanciais no raciocínio jurídico construído e apresentado na bibliografia inúmeras vezes aqui referenciada. Poderíamos, talvez, alegar apenas suspeição, já que de certa forma o estimado jurista brasileiro demonstra quase que uma verdadeira paixão por tal instituto. Prova do que dizemos pode ser encontrada no prefácio da 7ª edição (datada do ano de 1972 e republicada no livro consultado) da sua obra onde ele conclui que:

O *habeas corpus* foi um dos passos mais seguros e uma das armas mais eficientes para a salvação da civilização ocidental. É o não, que a Justiça diz, em mandamento, à violência e à ilegalidade; e o sim, a quem confia nos textos constitucionais e nas leis. **Mesmo aqueles povos que avançaram, ou que avançam com revoluções, para a maior igualdade, têm com o tempo, de atender a que para o Homem há três caminhos, que o elevam no futuro: a democracia, a liberdade e a maior igualdade¹⁹⁹.**

Não queremos aqui menosprezar a experiência jurídica ou doutrinária que possivelmente muitos membros da Comissão efetivamente carreguem, nem tão pouco taxa-los de regressistas ou autoritários. Não obstante, é certo que ao tentar se restringir uma garantia constitucional de tamanha grandeza, há de que se agir com maior cautela e empreender muitos estudos doutrinários e de verificação da prática judiciária. Enfaticamente, apenas afirmamos que seria inadmissível que o *habeas corpus* assumisse um caráter extraordinário como o fez dentro do sistema jurídico lusitano²⁰⁰, conforme nos apontou Guilherme Camargo Massau em nossa seção de direito comparado.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 151.

¹⁹⁹ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 13.

²⁰⁰ VIAMONTE, Carlos Sanchez. *El Habeas Corpus. Garantía de la libertad*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1956. p. 94. No momento em que tal obra foi redigida, dentre as Constituições Provinciais argentinas, a da província de *Corrientes* era deficiente em termos de precisão conceitual do que seria o *habeas corpus*, não obstante, o seu art. 18 prescrevia enfaticamente de que *a garantia do habeas corpus não poderia ser suprimida*,

Muitas das questões aqui trazidas, pelo menos, de forma teórica, ficariam resolvidas se a principal regulamentação da ação de *habeas corpus* fossem retiradas do âmbito do processo penal e transplantadas para o âmbito de um processo constitucional²⁰¹ propriamente entendido – parte desta compreensão, não teria surgido senão fosse observação direta da obra de Pontes de Miranda afirmando que o *habeas corpus* não é exclusividade do direito penal²⁰², seja na sua forma material, ou na sua forma processual. A base do remédio jurídico em pauta é sobretudo advinda de norma constitucional, portanto, na sua essência quer alcançar não só a instância penal, como também administrativa e, quem sabe, até a disciplinar militar – que apesar de suas peculiaridades, também possui a Constituição Federal como Lei superior. Verificar se na realidade judiciária é possível implantar um verdadeiro sistema processual constitucional – como ocorre já em alguns países da América Latina – é toda uma problemática que pode vir a ser tema de outro trabalho científico que qualquer acadêmico ou estudioso que o deseje realizar.

Outra redefinição no âmbito da regulamentação do *habeas corpus* que contribuiria ainda mais para solucionar os casos dúbios seria o de adotar que o *habeas corpus* deve defender não apenas a liberdade de locomoção, mas a liberdade da pessoa física²⁰³ na compreensão de nosso respeitável constitucionalista José Afonso da Silva²⁰⁴, como pudemos apreciar em nossa seção de direito constitucional pertinente ao *habeas corpus*. A liberdade da pessoa física é mais ampla, pois envolve também, além da liberdade de locomoção em seu sentido mais estrito, a liberdade de circulação.

suspendida, nem menosprezada em nenhum caso, por qualquer autoridade que fosse. O que se quer destacar aqui é um novo ponto de apoio na defesa de que tal remédio jurídico se quer amplo e devidamente respeitado em diversos países e em diversos momentos históricos.

²⁰¹ *Ibidem*. Na época o *habeas corpus* tinha previsão expressa apenas nas Constituições das Províncias argentinas, o que faz o autor comentar, em diversas passagens de sua obra, da necessidade de colocar sua previsão na própria *Constituição Federal* daquele país.

²⁰² MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 62. Heráclito Mossin, discorrendo sobre a abrangência da ação, também conclui pela sua não exclusividade ao território Processo Penal.

²⁰³ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas Corpus no direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1990. p. 150-151. Mauro Cunha e Roberto Silva são portadores do mesmo entendimento de que se quer proteger mais que a liberdade de locomoção, mas a liberdade física de forma amplamente dita.

²⁰⁴ Tal observação também parece ter sido posta em tom de concordância pelo professor Luis Afonso Heck nas classes de Direito Constitucional ministradas na nossa Faculdade Direito, quando o referido professor fez comentários sobre a obra de Pontes de Miranda a respeito do *habeas corpus*.

Para algum leitor parecerá que incorremos em um momento de grande fuga ao nosso tema central, algo que se revela apenas na aparência. Todo esse esforço faz-se necessário para demonstrar que o *habeas corpus* além de ser uma garantia constitucional de enorme grandeza²⁰⁵, é um eficiente e célere remédio jurídico de ampla aplicação na seara processual, especialmente na processual penal. Se ele de alguma forma é compreendido como um instrumento processual, qualquer pretensão de retirar parte de sua potencialidade pode significar grave afronta ao princípio da ampla defesa²⁰⁶, com o qual se quer garantir que o acusado ou réu tenha acesso aos meios de defesa mais adequados para a proteção da sua liberdade²⁰⁷.

Reiteramos que aí está a falha principal no equilíbrio da aplicação dos princípios quando quis a Comissão estabelecer algumas restrições a sua utilização, querendo deixá-lo apenas limitado aos casos de ameaça ou de efetiva prisão ilegal²⁰⁸. Não menos importante, é a constatação de que quanto ao princípio do contraditório as omissões ou alterações feitas dificilmente sanam – e quem sabe até agravam - as mazelas referentes a tal princípio quanto ao seu exercício pelo Ministério Público em face das ações de *habeas corpus* impetradas ou

²⁰⁵ VIAMONTE, Carlos Sanchez. *El Habeas Corpus. Garantía de la libertad*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1956. p. 100 e 102. O autor consultado comenta de que a maioria das Constituições Europeias da época seguiam o modelo da Constituição da Bélgica de 1831 no que se referia ao regramento do *habeas corpus*. A prescrição belga era ainda mais abrangente do que a aqui por nos proposta, pois falava em proteção à *liberdade individual*. Sem dúvida, algo que faz o instituto possuir *grandeza* ainda maior, pois tutela mais do que contra prisão, do que liberdade de locomoção ou que liberdade física. A normativa belga dizia que a *liberdade individual* estava garantida, de que ninguém seria processado, senão nos casos da lei e de que ninguém seria detido sem um mandado. A crítica que Viamonte faz é de que nenhuma das Constituições europeias trazia um conceito bem definido do que se trataria tal liberdade. Por fim, cabe destacar o art. 114 da Constituição Federal alemã, ditando que a *liberdade pessoal* é inviolável e de que só poderá ser restringida ou suprimida de acordo com as leis.

²⁰⁶ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas Corpus no direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1990. Os dois estudiosos colocam que quando num processo qualquer houver a ameaça ao princípio da Ampla Defesa, será o *writ* cabível para atacar a irregularidade processual ocorrida. Do que falam estes autores, somado a tudo que já argumentamos, poderíamos entender que o *habeas corpus* é instrumento próprio de Ampla Defesa para as partes num processo, como igualmente se presta para a própria defesa da aplicação correta de tal princípio no andamento dos processos.

²⁰⁷ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas Corpus no direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1990. p. 188-189. Ainda que não esteja em foco nesta análise final especificamente o princípio do Devido Processo Legal, advogam os autores que quando tal for desrespeitado no decorrer de um processo, o *habeas corpus* será remédio cabível para questionar tal procedimento eivado de irregularidades.

²⁰⁸ VIAMONTE, Carlos Sanchez. *El Habeas Corpus. Garantía de la libertad*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1956. p. 71-72. O autor aponta para a doutrina de Direito Constitucional de *José Nicolás Matienzo*, aonde se apregoa que o remédio jurídico em pauta visa defender a liberdade corporal em amplo espectro, não obstante, Viamonte anota de que *Matienzo* entende o remédio como um recurso. Ainda sobre *José Matienzo*, Viamonte critica seu posicionamento de que a ação seria restrita somente contra atos de autoridades públicas ou ao âmbito do Processo Penal. É verdade que na maioria das disposições constitucionais das províncias argentinas (daquele período, obviamente) compiladas na obra consultada não apontam exclusivamente autoridades públicas como agentes coatores, mas a maioria delas não fala em liberdade de locomoção ou liberdade física; utilizam geralmente a expressão *detención*, o que realmente parece puxar o instituto mais ao domínio da seara criminal.

deferidas. No tocante ao princípio da celeridade, poderemos alcançar que a maioria das proposições de alteração normativa feitas venha a beneficiar a celeridade e a duração razoável do processo, mas muito mais expoentes parecem ser os prejuízos mantidos ou acrescidos no conjunto normativo no que se referem aos princípios da ampla defesa e do contraditório – ainda que muitos benefícios à ampla defesa tenham também surgido, como se percebe da leitura da análise comparativa, certo é que nenhuma tem a dimensão do prejuízo que poderá dar à referida norma principiológica, ao tentar-se restringir as hipóteses de cabimento do remédio constitucional posto em discussão nesta pesquisa.

O *habeas corpus* é um remédio jurídico célere²⁰⁹ por excelência, por isso prejudicá-lo nesse quesito seria tão ou mais grave que qualquer tentativa de restringir suas hipóteses de cabimento. Bem fizeram nossos legisladores em não prejudicar o *habeas corpus*, que dificilmente possui um substituto a altura para atender a urgência com que se pede um de seus mandamentos: o de fazer cessar uma ameaça ou um constrangimento ilegal da liberdade de locomoção de um indivíduo. Talvez, seja da própria essência do instituto, seja o que mais se coadune com os seus propósitos, priorizar a celeridade, mesmo que sacrificando o contraditório, já que o “ouvir a outra parte” é uma das tarefas que mais prolonga a duração de um processo.

Como já dissemos antes, buscar um equilíbrio na aplicação dos três princípios postos em voga por este trabalho não é tarefa simples, nem para o mais experiente dos juristas ou dos magistrados, seja em que segmento for da disciplina processual penal ou da processual amplamente dita, incluindo aqui o processo civil. Entretanto, não poderemos deixar de registrar que a justificativa apresentada no Anteprojeto de que as modificações propostas visam beneficiar a celeridade processual, seja no âmbito dos recursos, seja no âmbito das ações de impugnação (onde se enquadra a ação de *habeas corpus*), não se confirma de forma tão imediata ou prática e tão pouco de que daí decorrerá um maior equilíbrio na aplicação deste princípio junto aos demais princípios processuais penais.

²⁰⁹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 72-73. Heráclito Mossin apresenta seus argumentos para defender a *celeridade* como característica *essencial* da ação de *habeas corpus*.

A busca de tal equilíbrio sempre será um desafio a perdurar por longos anos aos atuais e futuros juristas ou legisladores, seja no Brasil, seja em que parte do mundo for onde haja um sistema jurídico semelhante constituído.

REFERÊNCIAS

- TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: PODIVM, 2009.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal, Doutrina e Prática*. Salvador: PODIVM, 2009.
- MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. 2v.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. atual. com a EC. n.º 39/02. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, mandado de segurança, ação popular. As garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas Corpus no direito brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1990.
- Habeas-corpus*. Organizado por Nívia Carvalho. Juris Síntese, Jurisprudência dos Tribunais. Porto Alegre: Síntese, 1980.
- VIAMONTE, Carlos Sanchez. *El Habeas Corpus. Garantía de la libertad*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1956.
- ALVES, Antônio de Brito. *O habeas corpus na jurisprudência*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Teoria e prática do habeas corpus*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- GUIMARÃES, Aureliano. *O habeas-corpus, doutrina e prática – jurisprudência*. XXII – Coleção Jurídica da Livraria Acadêmica. Livraria Acadêmica. Saraiva & Comp. – Editores, 1925.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico*. 11. ed. totalmente reformulada. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial. Agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>> Acesso em: 27 jul. 2013.

MASSAU, Guilherme Camargo. *A história do habeas corpus no direito brasileiro e português*. Revista *Ágora*, Vitória, n.7, 2008. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufes.br/agora/article/download/1919/1431>> Acesso em: 19 ago. 2013.

MORELOS, Gumesindo Garcia. *El proceso de habeas corpus en el derecho comparado*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3065/20.pdf>> Acesso em: 21 ago. 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Reformas legislativas e CPP. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 11, agosto, 2010.

TORON, Alberto Zacharias. Inquérito só no MP e bye, bye ação penal privada. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 3-5, agosto, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. Os procedimentos no código projetado. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 5-6, agosto, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 7-9, agosto, 2010.

MARQUES, Ivan Luís. Prisão preventiva com prazo determinado, mas irrazoável. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 14-15, agosto, 2010.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Recrudescimento a caminho. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 29-31, agosto, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Cautelares: a superação da medíocre dicotomia. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 26-27, agosto, 2010.

PRADO, Geraldo. Os embargos infringentes no PLS 156/2009. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 12, agosto, 2010.

DEZEM, Guilherme Madeira. Novo código de processo penal: aspectos referentes à teoria geral da prova. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 13-14, agosto, 2010.

BARTOLI, Márcio. A identidade física do juiz no processo penal. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 18, agosto, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 21-23, agosto, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breves novas sobre os recursos no projeto de código de processo penal (PLS 156/2009). INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 20-21, agosto, 2010.

DOTTI, René Ariel. Garantias individuais no procedimento do júri alguns aspectos do direito vigente e do projeto nº 156/2009. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 28-29, agosto, 2010.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. *Habeas Corpus*: estorvo ao Estado Policial. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 6-7, agosto, 2010.

TOLDO, Nino Oliveira. O Novo Código de Processo Penal: Recursos e Habeas Corpus. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Boletim. **Projeto de Novo Código de Processo Penal**. Ano 18. Edição Especial, p. 23-24, agosto, 2010.

SANTOS, Lara Cíntia de Oliveira. A evolução do processo penal e os meios de prova. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9773> Acesso em: 20 set. 2013.

SOARES, Renata Silva Ferro. A construção do processo constitucional brasileiro: uma visão crítica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3617, 27 mai. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24535/a-construcao-do-processo-constitucional-brasileiro-uma-visao-critica>> Acesso em: 20 set. 2013.

SILVA, Adilson Siqueira da. Teoria Geral dos Recursos. Sala dos Doutrinadores, Artigos Jurídicos. **JurisWay**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2357> Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645> Acesso em: 26 jul. 2013.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 26 jul. 2013.

BRASIL. Constituição Federal, 1988.