

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE MESTRADO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL**

**WALMIR PEREIRA DE MEDEIROS FILHO**

**A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS PARA  
TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES**

**FORTALEZA - CEARÁ**

**2007**

**WALMIR PEREIRA DE MEDEIROS FILHO**

**A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS PARA  
TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES**

Dissertação apresentada à coordenação do curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Bonavides

**FORTALEZA- CEARÁ**

**2007**

M488p Medeiros Filho, Walmir Pereira de

A possibilidade de concessão de Habeas Corpus para transgressões disciplinares militares/ Walmir Pereira de Medeiros Filho. - Fortaleza, 2007

109f.;30cm.

Dissertação (Mestrado Ordem Jurídica Constitucional).- Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito.

Orientador: Profº Dr. Paulo Bonavides

1.Habeas Corpus 2. Disciplina Militar, Transgressões I. Título II. Universidade Federal do Ceará

CDD 341.4327

**WALMIR PEREIRA DE MEDEIROS FILHO**

**A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS PARA  
TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES**

Dissertação submetida à Coordenação do Curso de Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

---

**Prof. Doutor Paulo Bonavides (Orientador)**  
Universidade Federal do Ceará

---

**Prof. Doutor João Luís Nogueira Matias**  
Universidade Federal do Ceará

---

**Profª. Doutora Maria Vital da Rocha**  
Faculdade 7 de Setembro

A Deus, pela coragem, pela força e pela fé, Nele e na vida.

A meus pais, início de tudo e impulso definitivo, pelo amor no início da caminhada.

A minha querida avó, exemplo maior de coragem nas horas difíceis.

A minha irmã, minha melhor amiga, exemplo de força e serenidade.

A meus três lindos filhos, a quem quero deixar pelo menos o exemplo e todo o amor do mundo.

A Edna, pelo amor sem limite, pelo apoio imprescindível e por tudo que ela é.

*“Se não der frutos, valeu a beleza das flores; se não der flores, valeu a sombra das folhas; se não der folhas, valeu a intenção da semente”.*

(autor desconhecido)

“De tudo só ficam três coisas: A certeza de que estamos sempre começando. A certeza de que é preciso continuar. A certeza de que seremos interrompidos antes de terminar”.

(Fernando Pessoa)

“...uma das coisas que aprendi é que se deve viver apesar de. Apesar de, se deve comer. Apesar de, se deve amar. Apesar de, se deve morrer. Inclusive muitas vezes é o próprio apesar de que nos empurra para a frente”.

(Clarice Lispector)

## RESUMO

O Habeas Corpus teve sua origem no Direito Romano como interdito de homine exhibendo. Sobreviveu aos tempos e ganhou força, ou renasceu, em 1215, na Inglaterra com a promulgação da Carta Magna de João-sem-Terra aos Barões. Originariamente, tinha como natureza jurídica fazer com que a pessoa fosse devolvida à liberdade e ela e o caso fossem levados ao juiz para que ele os julgasse. Com o Habeas Corpus Act de 1679, o writ de habeas corpus passou a ter garantias para que fosse cumprido. No Direito Brasileiro, o marco histórico do Habeas Corpus foi o Decreto de 23 de maio de 1821, que acrescentou o instituto oficialmente ao nosso ordenamento, sem, contudo citar-lhe o nome, o que só ocorreu com o advento do Código Criminal de 1830. O Habeas Corpus evoluiu no Brasil de 1821 até nossos dias, com, com três períodos claros de retrocesso: de 1930 a 1934, de 1937 a 1946 e de 1964 a 1985. A atual Constituição garante a concessão do writ em toda sua plenitude, excetuando-se os casos de punição disciplinar militar, em que o Judiciário não deve julgar o mérito da punição, mas somente a legalidade do ato quanto a sua forma, e nesse sentido tem sido a maioria das decisões em que foi impetrado habeas corpus contra punição disciplinar tida como ilegal.

Palavras-chave: Habeas Corpus. Disciplina militar. Transgressões.

## ABSTRACT

The Habeas corpus originated in the Roman Right like injunction of *homine exhibendo*. It survived at the times and gained strength, or was reborn, in 1215, in England with the promulgation of the Charter of King John to the Barons. Originally, had like doing legal nature so that the person was returned to the freedom and it links and they were taken the case to a judge so that he judged them. With the Habeas corpus Act of 1679, the writ of habeas corpus started to have guarantees so that it was carried out. In the Brazilian Right, the historical landmark of the Habeas corpus was the Decree of 23 of May of 1821, which added the institute officially to our ordenament, without, nevertheless to quote the name, which only took place with the advent of the Criminal Code of 1830. The habeas corpus evolved in Brazil of 1821 up to our days, with, with three clear periods of retreat: from 1930 to 1934, from 1937 to 1946 and from 1964 to 1985. The current Constitution guarantees the concession of the writ in all his plenitude, when the cases of punishment are excepted, in what the Judicial thing must not judge the merit of the punishment, but only the legality of the act as for his form, and in this sense it has been being most of the decisions in which habeas corpus was petitioned against disciplinal punishment when had been how illegal.

Key words: Habeas corpus. Disciplinal punishment. Transgressions.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 HISTÓRICO</b> .....	11
<b>1.1 O interdito pró-liberdade</b> .....	11
<b>1.2 A Magna Carta</b> .....	12
<b>1.3 Os “writs” saxônios</b> .....	17
<b>1.4 Natureza jurídica originária do habeas corpus</b> .....	18
<b>1.5 Perpetuação do habeas corpus</b> .....	19
<b>1.6 Habeas Corpus Acts de 1679 e 1816</b> .....	21
1.6.1 Habeas Corpus Act de 1679.....	21
1.6.2 Habeas Corpus Act de 1816.....	23
1.6.2.1 O caso do oficial condenado.....	24
<b>1.7 O habeas corpus nos Estados Unidos da América</b> .....	24
<b>1.8 Alcance histórico e suspensão do habeas corpus</b> .....	26
1.8.1 Alcance histórico do habeas corpus.....	26
1.8.2 Suspensão do habeas corpus.....	27
<b>1.9 Habeas corpus no direito português</b> .....	28
<b>2 O HABEAS CORPUS NO BRASIL</b> .....	30
<b>2.1 O Habeas Corpus no Brasil-Império</b> .....	30
2.1.1 Constituição de 1824.....	32
2.1.2 Código Criminal de 1830.....	32
2.1.3 Código de Processo Criminal de 1832.....	33
2.1.4 Período de 1871 a 1889.....	35
<b>2.2 Habeas corpus na República, de 1889 a 1988</b> .....	37
<b>3 CONCEITO E APLICAÇÕES ATUAIS</b> .....	45
<b>3.1 Natureza jurídica</b> .....	45

<b>3.2 Objeto do habeas corpus</b> .....	47
<b>3.3 Espécies de habeas corpus</b> .....	54
<b>3.4 Provas no habeas corpus</b> .....	58
<b>3.5 Constrangimento ilegal</b> .....	61
<b>3.6 Ilegalidade</b> .....	62
3.6.1 Evolução do conceito de ilegalidade.....	62
3.6.2 Habeas corpus contra ato de particular.....	64
3.6.3 Elementos objetivos do habeas corpus.....	65
<b>4 HABEAS CORPUS E TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES</b> .....	68
<b>4.1 Conceitos</b> .....	68
<b>4.2 Hierarquia</b> .....	73
<b>4.3 Disciplina</b> .....	73
<b>4.4 Concessão de Habeas Corpus para transgressões disciplinares militares</b> .....	75
4.4.1 A possibilidade de análise do mérito da transgressão disciplinar pela via do Habeas Corpus.....	89
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	92
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	96

## INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por finalidade desvendar todo o caminho percorrido pelo Habeas Corpus, desde sua origem no Direito Romano até os dias atuais no Direito Brasileiro, em especial sua aplicação às transgressões disciplinares militares.

Tema sedutor e muito controvertido, o Habeas Corpus sempre despertou discussões acaloradas e desconfiança de muitos, mormente os leigos, que não aceitam seus efeitos.

O tema merece constante discussão e aprimoramento, não só por ser um instituto garantidor de direito fundamental, mas pela complexidade da vida moderna, que exige a pronta solução das questões judiciais, especialmente as que dizem respeito à liberdade física.

A complexidade e a variedade do tema têm desafiado a doutrina e a jurisprudência.

A autoridade das decisões judiciais deve ser respeitada sempre e não há motivo para algum segmento da sociedade ficar fora do alcance de tais decisões.

Percebe-se muitas vezes um temor doutrinário a respeito do tema no que tange seu alcance em relação às transgressões disciplinares militares, algo delicado, sem dúvida, por tratar de assunto que não é exclusivamente jurídico e onde está presente uma colisão de normas constitucionais, pois ao mesmo tempo em que o § 2º do art 142 da Constituição Federal prevê que não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares, o inc XXXV do Art 5º prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e o inc LXVIII estatui que conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Ocorre que, ao analisar qualquer questão envolvendo atividade exclusivamente disciplinar militar, o Judiciário deve ter em mente que a Separação de Poderes aconselha todo cuidado quando um precisar interferir em questões exclusivas do outro, não se podendo perder de vista que a Constituição Federal também preceitua em seu Art. 2º que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Muitas vezes nos depararemos com limitações á liberdade de ir , vir e ficar, mas

que são legais e necessárias, as quais não devem receber albergue no instituto heróico do habeas corpus.

A base do instituto do Habeas Corpus é a solução para um dos direitos fundamentais de mais alto valor para o ser humano: a liberdade.

Nenhum povo e nenhuma parcela desse povo pode ser desamparado quando sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade física, sendo sempre necessária a tutela jurídica, pois sem ela começa a decadência de qualquer civilização.

É preciso cuidar também para que a hierarquia e a disciplina não firam direitos e garantias fundamentais, eivadas que sejam de abuso de poder ou ilegalidade, mas também é preciso cuidar para que decisões judiciais não inviabilizem a hierarquia e a disciplina, sustentáculo que são das instituições fardadas, imprescindíveis para a sobrevivência de qualquer nação e garantia até de que as decisões judiciais serão cumpridas, já que, muitas vezes, a coerência, a lógica e a sabedoria das decisões judiciais não são suficientes para se fazer cumprir, sendo necessário o uso da força como *ultima ratio*, às vezes do Poder judiciário e às vezes do próprio Estado, que não pode prescindir das instituições fardadas nem das armas que elas envergam.

Impulsionado por esse espírito crítico, recorrerei a fontes doutrinárias e jurisprudenciais, no sentido de abordar tão sensível e flamejante tema.

# 1 HISTÓRICO

## 1.1 O interdito pró-liberdade

Em Roma, só à lei era reconhecido o poder de limitar a liberdade.

Os interditos exhibitórios eram aqueles pelos quais o Pretor mandava que se exibisse, por exemplo, o homem de cuja liberdade se tratava.

interditos eram mandamentos ou proibições do pretor, emitidos por postulação de alguém e em caráter abstrato, isto é, sem expectativa de apreciação do direito (*condemanari oportere*), portanto sem *litis contestatio*; noutras palavras, sem conhecimento prévio e completo de uma relação jurídica. Eram, sobretudo mandamentos ou proibições condicionais, dependentes da evidência mostrada pelo postulante. Constituíam ditames judiciais, exigíveis em razão do múnus do magistrado judicante, mas não eram *sententia*. O suposto *dare facere oportere* (expectativa de direito) seria aferido na eventual contestação do fato e do direito, ensejando uma base para o litígio, ou uma *actio*. (SIDOU, 2000, p. 57).

A cada espécie de posse e a cada modalidade de turbacão caracterizada ou iminente, correspondia um interdito. Daí suas várias divisões, a principal das quais, assim consideradas pelas próprias fontes, entendia-os na condição de proibitórios, restituitórios e exhibitórios, estes dois últimos também chamados propriamente “decretos”, “embora a todos se chamassem interditos, porque se dizem (ditam) entre duas pessoas” de uma mesma relação.

Segundo Sidou (2000, p.58): “ Os interditos exhibitórios eram aqueles pelos quais o juiz mandava que se exibisse, por exemplo, o homem de cuja liberdade se tratava”

O interdito de *homine libero exhibendo* surgiu como um consectário lógico da infra-estrutura romana dividida em classes: dos patrícios, clientes, escravos e estrangeiros. Ele não servia apenas para as relações privadas; era amplo, indiscriminado, completo, importando unicamente o fato de serem livres (ingênuos, libertos ou clientes) aqueles cujo status seria preciso retomar.

O decreto era expedido pelo pretor ante qualquer espécie de restrição física individual, a pedido do coato ou de alguém por ele, eis que, sendo a liberdade considerada um bem público, esse interdito, na finalidade, tinha a índole de uma *actio popularis*.

Portanto, já no século II da era cristã, se não antes, os interditos estavam plenamente estruturados, já se reconhecia um direito que hoje é vulgarmente atribuído à

Magna Carta, dez séculos depois, mas que em verdade ela consagraria apenas subjetivamente.

## 1.2 A Magna Carta

A Magna Carta Britânica surgiu no rastro de alguns precedentes; a antiga constituição judiciária saxônica já protegia a liberdade pessoal. Não foi, portanto, uma criação. Ela proclamou direitos, mas não ofertou instrumentos eficientes para suas garantias.

No início do século X, exatamente no ano 1100, o Rei Henrique I já tinha dado a seus súditos um estatuto semelhante, sem as imposições que cercaram o advento do compromisso do século XIII. Não se fez sem precedente, porque foi naquele estatuto, mostrando o pergaminho na Igreja de São Paulo aos barões revoltados, que Estevão Langton se inspirou para exigir um estancamento nas desumanas usanças da justiça feudal, ditadas pelo imoderado poder Real. Contudo, não criou garantias, pelo fato de não se poder entender como garantia a promessa unilateral de irem os barões ao rei para ser promovida reparação às transgressões cometidas.

Segundo Sidou (2000, p.60):

A Carta britânica não é uma originalidade. E se é verdade que programou direitos, pouco garantiu se por garantia considerar-se o instrumento cinético do preceito". Não inovou, uma vez que o rei Henrique I, no alvorecer do século X precisamente no ano 1100, já tinha dado a seus súditos um estatuto semelhante, sem as imposições que cercaram o advento do compromisso do século XIII).

A Magna Carta teve em seu favor o fato de não haver caído no esquecimento.

A Carta de liberdade de Henrique I, acima mencionada, foi o ponto de partida a que pode ser dado o nome de período das Cartas; mas esse documento não criou um direito novo, já que declarava em vigor a lei de Eduardo (legum Edwardi), com as emendas feitas por Guilherme, o conquistador, e o conselho de seus barões.

Quando Etienne de Blois sucedeu a seu tio Henrique I, tendo sua legitimidade contestada, julgou necessário, para firmar a paz com os proprietários de terras, promulgar uma nova Carta (março de 1154), concebida no mesmo espírito da anterior de Henrique. Os sessenta anos seguintes aumentaram consideravelmente o poder real, graças aos conflitos de Ricardo, Coração de Leão, e à política ferrenha de seu irmão e sucessor, João-sem-Terra.

João-sem-Terra pretendia governar sem censura e sem freio, e os barões puseram-

se em armas (abril de 1215), para convencer o rei a restabelecer as antigas liberdades.

O nome completo do documento: *Magna Charta seu Concordia inter regem Johannem et Barones preconcessione libertatum Ecclesiae et Regni Angliae*, demonstra que ele é um pacto dirigido aos barões e que só indiretamente contempla o povo.

Essa Carta de Concórdia, com 63 artigos, foi promulgada em 15 de abril e foi de fato imposta no campo de Runnymede, nas cercanias do Tâmisia, a um rei derrotado nas desastrosas operações contra o rei Felipe Augusto, de França; que caíra em desgraça perante o Papa, e que de volta a seus domínios encontrara Londres, sua capital, tumultuada, numa coalizão de nobres, barões e clérigos. Foram esses, os clérigos, em verdade, os artífices da insurreição, porque poucos na época os que, após a ordenação sacerdotal, não iam cursar direito nas principais escolas jurídicas, como Paris e Bolonha. Em seu art. 61 previa que os barões elegeriam vinte e cinco dentre eles, aos quais eram atribuídos poderes para que promovessem e assegurassem o cumprimento da paz e das liberdades concedidas. “Se nós, nossos regentes, as autoridades de nós dependentes ou qualquer de nossos servidores lesarmos de algum modo os direitos de alguém, ou transgredirmos de algum modo as disposições aqui estabelecidas com vistas à paz de nosso reino ou para a garantia desta, e quatro dos vinte e cinco barões forem informados desta lesão ou transgressão, deverão eles vir a nós ou ao nosso regente, caso estejamos ausentes do reino, para promover imediatamente reparação. E se nós, ou nosso regente, não administrarmos justiça no prazo de quarenta dias, contado da data em que o fato foi comunicado, os quatro barões remeterão a causa aos demais dos vinte e cinco, os quais poderão declarar-se liberados dos deveres pertinentes à revelação da vassalagem, e nos denunciar, com o apoio de toda a comunidade, tomando nossos castelos, nossas terras, propriedades e quaisquer outros bens, exceto nossa própria pessoa, a rainha e nossos filhos, até que tenham alcançado a reparação exigida”.

Para manter a coroa e preservar a vida, não havia escolha a João-sem-Terra a não ser firmar esse tratado, abdicando de alguns de seus princípios absolutistas.

Eis o trecho, no idioma da Carta, em que os estudiosos modernos, a começar por Montesquieu, enxergam o *initium libertatis populorum*:

*Nullus liber homo capiatur vel impressionatur aut disseisetur, aut ultragetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec super eum in carcerem mittemus nisi per legalem iudicium parium suorum, vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negabimus aut differemus rectum aut justitiam.*(Sidou, 2000, p 62).

Traduzido para português: “Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem deportado ou exilado, nem privado de qualquer modo de sua liberdade ou de seus livres costumes, nem por tal modo o meteremos no cárcere, a não serem virtude de julgamento legal de seus semelhantes e segundo as leis do país. Não venderemos, nem recusaremos ou retardaremos o direito ou a justiça”.

Aí está o que dissera o pretor um milênio antes, e o que consignavam as velhas leis germânicas e praticavam os barões franceses, de acordo com o princípio segundo o qual o homem Livre só podia ser privado da liberdade depois de julgado com base nas leis a que devia obediência.

A Magna Carta estatui que: “nenhum homem livre será detido, a não ser em virtude de um juízo legal de seus semelhantes e segundo a lei”. Em 1215 o princípio libertário era resumido nessa frase.

O pacto, embora baseado no de Henrique I, cuidou principalmente dos direitos de personalidade. Foi a primeira carta que a Inglaterra possuiu depois da Conquista.

O que não deixa dúvidas ao estudioso do direito inglês é que a carta de 1215 foi a pedra inicial do novo estado de coisas, para a Inglaterra, para as nações-filha e para o Homem. Por onde se vê que a Inglaterra do rei João não era país de sonhos, povoado de fantasmas vaporosos, e de doutrinas abstratas; mas terra cheia de homens que tinham alma — verdade, que eles sabiam e conforme a qual conduziam as próprias ações. Sendo o direito processo de adaptação social, há de conservar a adaptação adquirida.

A constituição do imperador Constantino ao Prefeito do Pretório, do ano 354 (quase um milênio antes), compilada do Código de Justiniano, Livro IX, Título IV, Lei nº 2 (de custodia reorum), já trazia esse princípio: “O que cometa delito pelo qual deva ser detido e encarcerado numa prisão, primeiramente seja conduzido ante o juiz, para que seja ouvido, e se visivelmente parece que haja cometido o delito que se lhe imputa, seja conduzido a seguir à prisão, donde volvera à presença do Juiz, a fim de que seja de novo interrogado. Dessa maneira as diligências para apurar a culpabilidade no processo se farão quase públicas, do que resultará um certo freio que atenuará a severidade extremada dos juizes”.

Outra constituição, dos imperadores Graciano, Valentino e Teodósio, ao prefeito do Pretório, do ano 380 (Codex, 9.5) dispunha:

Ordenamos definitivamente e de uma maneira clara e por esta lei, que todos os presos sejam julgados o mais rápido possível, a fim de que desde logo sejam, conforme a sentença, ou castigados ou postos em liberdade e não padeçam inutilmente nos cárceres. (Chamamos a atenção para a disposição seguinte, a qual, como observamos, se assemelha a princípios contidos em Cartas fundamentais

vigentes.). O carcereiro deverá dar ao juiz, a cada trinta dias, relação dos nomes, qualidade e idade dos presos, com expressão dos delitos de que são acusados. A garantia da execução dessa ordem está assegurada pela seguinte forma: “Se assim não o cumprir, o ofício pagará ao nosso tesouro a multa de vinte libras de ouro, e o juiz negligente ou indigno do ofício que se lhe confiou pagará a de dez libras de ouro e será desterrado.”(Sidou, 2000, p 63)

Vejamos disposição sobre os cárceres privados, contra o que se erguia substancialmente o *interdito de homine libero exhibendo* e que eram combatidos com firmeza, como se lê na constituição do imperador Zenón, do ano 486, ao Prefeito do Pretório, recolhida no Codex, 9.5 (*de privatis carceribus inhibendis*), lei 1:

Proibimos absolutamente a quem quer que seja, tanto na cidade de Alexandria e na diocese do Egito, como em qualquer outro lugar de nosso Império, o ter sob a própria autoridade cárceres particulares, nem na cidade nem no campo. Encarregamos ao nobre Prefeito Augustal e a todos os governadores de províncias velem para semelhante delito não se cometer e se reprima por toda classe de meios. Ao nobre Prefeito Augustal e aos governadores de províncias se lhes castigará como réus do crime de lesa-majestade se, tendo conhecimento de que se haja cometido o que se trata, não vingarem a majestade ofendida. Reputamos igualmente culpáveis do delito os primados dos ofícios que saibam se tenha cometido esse delito e o não ponham ao conhecimento imediato dos juizes de que dependem para que eles castiguem os culpados. (Sidou, 2000, p 63)

Em confronto com os ditames acima, a Magna Carta só contém o compromisso do soberano inglês - “nós não poremos nem haveremos de pôr a mão sobre nenhum homem livre”, a não ser em virtude de um juízo legal, assim despojando-se do arbítrio monárquico divinatório.

Nisto, o documento do século XIII também não inovou. A Carta Magna não pode sequer postular precedência como jus scriptum contendo uma plataforma de direitos em prol da liberdade do homem, afirmativa em que se estremam juristas e historiadores. A precedência de um século pelo menos é, como dissemos, das constituições dos Henriques, o primeiro e o segundo desse nome. E anteriormente, é do edito pretório. Com uma circunstância em desfavor da Carta: nela há uma promessa abstrata de direitos, enquanto no sistema romano, numa época em que era a actio que determinava o jus e o direito formal antecedia o substancial, havia garantia do direito, ou o meio eficaz para efetivá-lo.

A Carta Magna foi uma composição ditada por emergência, entre o poder monárquico e os senhores feudais. Esse tipo de compromisso é de origem germânica e tinha largo emprego na época, uma autêntica cadeia contratual, entre os vassalos e os suseranos, entre esses e o monarca, versando sempre sobre a autoridade de uns e a obediência de outros.

A Carta reconhecia aos barões o recurso à insurreição: defendia-se a autenticidade e potencialidade do instrumento contratual sacrificando-se o contratante mais forte à reação

organizada dos contratantes mais fracos.

Esse recurso com o qual se resguardaram os senhores das terras, não ficou em palavras, mas foi empregado um ano depois de obtido quando o rei João perdeu o poder.

A Charta Magna que conquistou a história foi a promulgada por João-sem-Terra, a 15 de junho de 1215. Entretanto, esse estatuto foi, menos de dois meses depois, a 24 de agosto, anulado por uma bula do Papa Inocêncio III. Deste modo, o pacto político que dela se originou é produto de três sucessivas modificações, uma efetuada por Henrique III, já então rei, em novembro de 1216, outra em novembro de 1217 e finalmente em 11 de fevereiro de 1225.

Tendo sido a Magna Charta de 1215 anulada pelo papa no ano de sua edição, as garantias contidas não chegaram a ter vigência e assim não mais constaram das edições subseqüentes, de 1225 e 1227. (4)

Segundo Sidou (2000, p.64):

Uma vez que a Magna Charta de 1215 foi anulada pelo papa no ano mesmo de sua edição, as garantias citadas não chegaram a ter vigência. Ao diverso, a garantia interdital que o pretor romano criara nunca se deixou de aplicar, e vamos ter notícia da vigência do interdito de *liberes exhibendis* no direito português antigo e na infância do nosso.

Geralmente se considera esse triunfo libertário dos barões como fato apreciável, elo na evolução do parlamentarismo inglês: completa a fase que vem das Assembléias do tempo de Henrique I e que se ultima nas confirmações sucessivas do grande pacto.

Segundo Pontes de Miranda (1995, p.55): “O valor da Magna Carta é restrito à sua obtenção mesma: o interesse baronial, contra o despotismo do rei, tal a razão de ser do ato de 1215. Não se lhe peça concepção do homem como titular de direitos.”

Ao contrário, a garantia do interdito de *liberes exhibendis* que o pretor romano criara nunca se deixou de aplicar, e vamos ter notícia da sua vigência no direito português antigo e no começo do direito brasileiro. Enquanto isso, a garantia da Carta Magna de 1215 só surgiu em caráter formal.

Segundo Sidou (2000, p.65): A Magna de 1215 só surgiu em caráter formal e expresso com o *habeas corpus Act* de 1679; o qual, certamente por este motivo, é chamado por Blackstone segunda Carta Magna, muito embora se trate de um ato excelente, não introduziu qualquer princípio novo nem conferiu qualquer direito aos cidadãos.

Segundo Pontes de Miranda (1999, p.57): “O valor da Magna Carta é restrito à sua obtenção mesma: o interesse baronial, contra o despotismo do rei, tal a razão de ser do ato

de 1215. Não se lhe peça concepção do “homem como titular de direitos” - Introduzir-se essa significação seria anacronismo”.

### 1.3 Os “writs” saxônios

Em Roma, a preservação da liberdade do homem livre por meio do *interdito liberi exhibendis*, só tinha eficácia quando a violação exercida por indivíduos particulares, porque se neutralizava em face dos atos das magistraturas agindo em nome do Estado.

Esse panorama da Antiguidade permaneceu inalterado para a Idade Média e durante todo o seu longo transcurso prevaleceu. Não é correto, portanto, pensar que o habeas corpus, que surgiu depois da Carta Magna, teve aplicação para garantir a liberdade nela prometida e confirmada por seus signatários régios. Este writ, que podia ser de alguma valia nos casos de prisão exercida por particulares ou por autoridade, não propiciava qualquer garantia e não era utilizado contra o poder.

À época, com efeito, eram conhecidos três writs, inspirados no interdito romano e empregados dentro de sua limitação peculiar.

Segundo Sidou (2000, p.69):

O writ de *odio et atia* autorizava devolver a liberdade a uma pessoa detida sob a acusação de certos delitos graves, como o homicídio praticado com ódio e crueldade. O sheriff, funcionário incumbido de executar as leis e promover o andamento dos processos, apurava se o indivíduo agira odiosa e perversamente ou se, ao contrário, matara para defender-se, cabendo um novo writ (*tradas in bailivum*) se fosse caso de legítima defesa. A própria Carta, no art. 36, faz menção a esse recurso, que os historiadores dizem ter sido provavelmente muito útil e popular.

O writ de *mainprize* era empregado nos casos de prisão por alguma causa que admitisse fiança, ao contrário da precedente. A fiança era prestada por terceira pessoa, que se comprometia a apresentar o réu no dia e local do julgamento, conduzindo-o simbolicamente pela mão. Nisso se explica o termo (*mainprize*) do velho direito inglês, cuja origem, como instituto de fiança, assenta no século XI.

O writ de *homine replegiando* remonta ao século XIII e tinha emprego para forçar um sheriff a por o prisioneiro em liberdade provisória, no sentido de, mediante fiança, defender-se solto

## 1.4 Natureza jurídica originária do habeas corpus

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

A finalidade era de se evitar, a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas. Também naquele tempo, nos casos de prisão provisória, o acusado não devia ser tratado como os indivíduos já condenados, negando-se à prisão o caráter de pena. Por esse motivo, o paciente tinha e comparecer à justiça com as mãos e os livres.

O direito de ir, ficar e vir era vaga noção, sem as seguranças e garantias necessárias que o efetivassem. Direito subjetivo não havia; nem a pretensão, nem a ação. As violações ficavam impunes. Por toda parte indivíduos eram coagidos ilegalmente.

Como observa José Afonso da Silva (1991, pp. 383-384), no início o *writ* não era vinculado ao conceito de direito de locomoção, mas ao conceito de *due process of law*.

Antes do habeas corpus, todas as formas anteriormente referidas e relativas à liberdade pessoal emanavam do antigo direito e uso saxônico. A livre caução, por exemplo, que tantos bens produziu, tem origem concreta nos tempos de Henrique I e de Eduardo, o confessor; mas a essência da instituição é de origem ainda mais remota.

Segundo Pontes de Miranda (1999, p 57): “A liberdade pessoal era protegida pela antiga Constituição Judiciária Saxônica”. Escreveu Rodolphe Gneist ( apud MIRANDA, 1999, p 57):

La liberté personnelle était indubitablement entourée de forts remparts dans l'ancienne constitution saxone. Le jugement par les égaux juridiques (pairs) et la forme des conjurateurs pouvaient manquer au faible en présence d'un plus puissant. Ils étaient néanmoins d'autre part une forte barrière contre l'arbitraire des prévôts royaux. Aussi dans la décadence de l'ensemble de la vie publique et malgré les plaintes temporaires sur l'injustice, la procédure saxone paraît une procédure loyale, “a fair trial”. Précisément pour ceia, le droit territorial du tribunal des pairs est défendu, avec passion même, par les plus pauvres hommes libres.

Não havia então qualquer remédio jurídico que por suas virtudes se lhe pudesse

atribuir o ser fonte do habeas corpus. Esse, pois, é posterior à própria Magna Carta, de onde procede, contudo, em seus princípios de direito público subjetivo. A esse respeito opinou Hallam, autoridade de sumo valor em assuntos de história constitucional inglesa: “Desde os primeiros tempos da Constituição, nenhum homem livre podia ser detido, salvo se estivesse acusado ou condenado criminalmente, ou por dívida civil. No primeiro caso, podia sempre o paciente pedir à Corte do Banco do Rei um writ of habeas corpus ad subjiciendum”. (Pontes de Miranda, 1999, p.57).

## **1.5 Perpetuação do habeas corpus**

A origem do habeas corpus é muito controvertida. Os mais tradicionais vêm sua origem no direito romano.

Os Britânicos o vêm como uma invenção genuinamente inglesa, surgida para propiciar a liberdade dos povos.

Que a origem do habeas corpus, como instrumento de liberação, está no interdito romano, não há a menor dúvida.

Sobre o que os historiadores não discutem é quanto ao fato de ser bastante impreciso o writ of habeas corpus à época de Eduardo I (último quarto do século XIII) e ter evoluído durante os séculos seguintes, da forma de instrumento processual, para a de instrumento de liberdade física; de instrumento acessório de outros remédios, como writ of privilege (em garantia de julgamento de determinadas classes por tribunais especiais superiores), para a de instrumento autônomo de liberação.

Ainda no século XV o writ of habeas corpus era empregado como acessório de outro instrumento de defesa, no sentido de obter-se o deslocamento de competência jurisdicional. Neste caso, o corpo do homem deveria ter sido apresentado à corte para averiguação e decisão sobre qual o tribunal competente para o julgamento.

Ao analisar as várias espécies de habeas corpus, verificamos que pelo menos dois desses writs, ad respondendum e ad satisfaciendum, tinham, como instrumento processual, finalidade pró-autor, não vinculada à liberdade do preso, mas ao contrário, a finalidade de retomar o julgamento considerado inválido. Tomava-se o corpo do detido, por demanda do interessado, e apresentava-se ao juízo para ser devidamente julgado.

Em razão do nascimento de diversos de novos writs com finalidades quase idênticas, não se pode ter certeza se o habeas corpus ad subjiciendum é o mais antigo e submetido à lenta evolução até se perpetuar, ou se surgiu depois, consequência da instrumentalidade processual.

Segundo Othon Sidou (2000, p.70 e 71):

Neste torvelinho de hipóteses, agravado pelo brotamento em disparidade de novos writs com endereçamento a hipóteses quase idênticas, não se pode asseverar se o habeas corpus ad subjiciendum é o mais antigo e mais submetido a lenta evolução até cristalizar completamente, ou se surgiu depois, impelido pela própria instrumentalidade processual. Propendemos para a primeira assertiva. O fato de as demais espécies do writ haverem desbotado no correr dos séculos não pode significar que cederam ante o interdito da liberdade corpórea, senão que caíram em desuso mercê do próprio apuramento processual das hipóteses a que, quando embrionárias estas, aquelas atendiam.

O fato de as demais espécies do writ terem desaparecido no com o tempo não significa que sucumbiram ao interdito da liberdade corpórea, mas que caíram em desuso em função do aprimoramento processual das hipóteses a que atendiam.

O habeas corpus é, em sua concepção jurídica, uma instituição permanente, e em contínuo aperfeiçoamento, na proteção das ofensas à liberdade individual.

Hodiernamente, pode-se afirmar dizer que seu ciclo de aprimoramento se perfez no século XIX, com os atos ingleses que o implementaram.

Foi para completar o writ que o ato parlamentar de 1816, sob Jorge III, ampliou seu campo de aplicação, admitindo o habeas corpus contra a prisão de qualquer origem.

Toda pessoa privada de sua liberdade por motivos que não penais, estipula a sessão I, na Inglaterra e em todos os lugares submetidos ao privilégio aos quais se aplique a lei de 1679, deverá ver-se beneficiada a seu pedido, se estiverem presentes os requisitos daquela lei, por ordens de habeas corpus, às quais se dará resposta imediata ante o juiz que lhes expedir ou ante outro qualquer juiz.(Sidou, 2000, p 74 e 75)

O Ato estatuiu que, em se tratando de delito afiançável ou em caso de parecer duvidosa a resposta do coator, o magistrado emitirá a ordem para o paciente apresentar fiança assecuratória de seu comparecimento em juízo.

Na essência terminou aí a evolução do habeas corpus, uma vez que a outra norma, editada em 1862, tem apenas caráter adjetivo, no sentido de descentralizar geograficamente a invocação do remédio jurídico, garantindo-lhe atuação momentânea, pois deixou de depender unicamente das cortes londrinas para poder ser despachado por qualquer tribunal das unidades

integrantes do Império britânico.

Este ato de apenas dois artigos estatui que:

Nenhum mandado de habeas corpus será concedido por juiz ou corte de justiça para qualquer colônia ou possessão estrangeira da Coroa (foreign dominions) onde Sua Majestade tenha um tribunal ou cortes de justiça que detenha o poder de emitir a garantia e de assegurar-lhe a execução no interior dessa colônia ou possessão. (Sidou, 2000, p 75).

Da Inglaterra, o habeas corpus se espalhou pelas cinco partes do mundo. O Common Law sempre seguiu na mala dos súditos ingleses aonde quer que eles fossem morar. Quando eles iam morar em terra inculta ou de direito empírico, aplicavam imediatamente o seu sistema jurídico, como ocorreu na América e na Oceania; ao contrário, quando iam para uma terra de direito evoluído, o direito inglês se infiltrava, impondo aos poucos seus principais institutos.

Nos Estados Unidos, o habeas corpus foi introduzido muito antes da “Declaração dos Direitos da Virgínia”, firmada pelos representantes do povo reunidos em Williamsburg, em 1776.

Na América Hispânica, em que fora implantado um sistema jurídico tão avançado como o do Common Law, a tendência foi a recepção do amparo, recurso monista previsto pelos forais de Aragão e Castela.

No Brasil houve receptividade para o habeas corpus, visto que este é parecido com o interdito romano que tinha aplicação na Colônia para as causas da liberdade pessoal. Como garantia do princípio segundo o qual “ninguém poderá ser preso sem culpa formada”, inscrito na Constituição do Império, tanto poderia ter recepção o habeas corpus como podia ser confirmado o interdito de liberis exhibendis, devidamente atualizado.

## **1.6 Habeas Corpus Acts de 1679 e 1816**

### **1.6.1 Habeas Corpus Act de 1679**

Na Inglaterra, com o Habeas Corpus Act de 27 de maio de 1679, foi grande o passo que se deu para a liberdade. Daí o terem chamado “outra Magna Carta”. A violação da liberdade passou a criar o “direito ao mandado” (right to the writ).

Alguns doutrinadores vêem nele a origem do habeas corpus.

Segundo Demercian, somente em 1679, com o *Habeas Corpus Amendment Act*, e o estabelecimento de garantias essencialmente processuais, ele passou a receber os contornos atuais, como forma assecuratória da liberdade, prevenindo, outrossim, as prisões ilegais. O ato preconizava, entre outras garantias, o relaxamento de prisão ilegal, e fixava o prazo máximo de 20 (vinte) dias para a apresentação do preso ao juiz competente. (2005, p 581)

O conteúdo da lei de 1679. Tal lei de declaração de direito, sob o título de An Act for better securing the liberty of Lhe subject, and for prevention of imprisonments beyond the sea, era a seguinte e estatuía, em estilo de ato puramente processual:

1. Que toda pessoa presa, e não detida por um caso de traição ou felonía, especialmente indicada na ordem de prisão, deve: receber do lord chanceler, ou, à requisição desse de um dos magistrados presentes em Londres, dentre os doze juizes do reino, ordem de habeas corpus, em virtude da qual deve ser a dita pessoa conduzida à presença do magistrado que expediu a ordem, ou perante um outro juiz, obrigado a relaxar a prisão se a pessoa puder prestar uma caução, sob o ajuste de se apresentar aos tribunais ordinários; - que todas as pessoas presas por casos determinados de traição ou felonía podem exigir que as submetam à acusação, ou lhes admitam prestarem uma caução, na primeira semana da vacância mais próxima, ou primeiro dia da sessão seguinte dos juizes de correção, salvo se a impossibilidade de produzir os testemunhos do rei, nesses lapsos, for assentada por um juramento. A pessoa presa, que em seguida não tenha sido submetida à acusação e julgada na vacância ou sessão judiciária, deve ser relevada à prisão que se decretou contra ela pelo delito em questão.

2. Se alguma ordem de prisão for apresentada a um dos doze juizes ou ao Lord chanceler, e ele recusar um writ de habeas corpus, o magistrado que assim proceder incorre na multa de 500 libras esterlinas, em proveito da parte lesada.

3. Nenhum habitante da Inglaterra, à exceção dos criminosos condenados, que solicitam deportação, pode ser transportado como prisioneiro para a Escócia, para a Islândia, para as ilhas de Jérsei, ou outros lugares de além-mar, compreendidos, ou não, nos territórios do domínio britânico. Todo contraventor in corre, em proveito da parte lesada, na multa de 500 libras esterlinas, aumentada do triplo das custas, na perda da capacidade de exercer qualquer cargo honorífico e nenhum emprego público assalariado, assim como em penas de

proemunere, sendo proibido perdoar-lhe.

4. Se o oficial público ou o carcereiro se descuidar de fazer seus relatórios (returns) sobre a execução da ordem; se deixar de remeter ao prisioneiro, nas seis horas após o interrogatório, uma cópia da ordem de prisão; ou se fizer transportar o preso de uma prisão para outra, sem motivo suficiente, nem autorização, incorre na multa de 100 libras esterlinas e 200 libras no caso de reincidência, em proveito da parte lesada, e além disso na perda de seu ofício ou emprego.

5. Nenhuma pessoa, uma vez posta em liberdade por ordem de habeas corpus, pode ser presa, de novo, pelo mesmo delito, sob pena de multa de 500 libras esterlinas.

6. O prazo para levar um preso à presença dos juizes do reino é fixado em vinte dias no maximum.

Esses foram os dizeres da lei de 1679, a segunda Magna Carta. Os seus princípios já estavam no pacto dos barões de 1215; e o próprio nome habeas corpus já era usado havia séculos. Mas os direitos firmam-se quando têm garantias e o velho sistema processual do século X não oferecia tais garantias.

Essa segunda Magna Carta foi o centro de ação do sentimento jurídico inglês e se entranhou na alma inglesa; foi o símbolo da luta que a nobreza feudal sustentou, criando, em plena Idade Média, sociedade consciente. Nela as liberdades de todos os habitantes são defendidas por órgãos criados com essa finalidade.

Não se pode negar que foi um documento histórico, ainda assim levou tempo para que se pudesse ter a real dimensão deste documento para a história do direito.

## 1.6.2 Habeas Corpus Act de 1816

O Habeas Corpus Act de Carlos I era imperfeito porque só protegia as pessoas privadas de liberdade por serem acusadas de crime, porém não tinham direito de pedir habeas corpus as detidas por outras acusações e não havia outro remédio com que obtivessem uma decisão sobre a legalidade de sua privação de liberdade.

Por esse motivo foi editado o Habeas Corpus Act de 1816. Com sua vigência, se uma pessoa estivesse presa ou detida por outros motivos que não acusação criminal, podia usar-se o habeas corpus para apressar a decisão. Uma vez resolvida a questão da ilegalidade

do constrangimento do impetrante, lhe era restituída a liberdade, como ocorria com as detenções ilegais por suspeita de crime.

Com sua edição, qualquer que fosse seja a violação à liberdade física, cabia o remédio do habeas corpus. Dessa forma, se fosse provada a ilegalidade da prisão, independentemente da imputação, era expedido o writ.

Passou-se a conceder habeas corpus, por exemplo: a indivíduo que continua preso, sem ordem legal do juiz; a criança detida fora da casa dos pais; a pessoa sã que tenham internado, como louco ou doente, em hospício, casa de saúde ou hospital; a freira que quer deixar o convento etc.

#### 1.6.2.1 O caso do oficial condenado

Em 1859 um oficial inglês das Índias foi condenado a 4 anos de prisão e enviado à Inglaterra, a fim de cumprir a pena num presídio militar. A ordem que o conduzia era, contudo, tecnicamente irregular, defeituosa. Impetrado um habeas corpus, foi-lhe concedido o writ e o oficial foi posto em liberdade.

## 1.7 O habeas corpus nos Estados Unidos da América

“The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion, the safety may require it.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776).

É na Inglaterra que os Estados Unidos encontram o cerne e o fim das instituições por ser a origem de suas leis constitucionais e civis. Haja vista que o direito que rege a América, adaptando-se ao novo meio e criando formas novas, mas conservando, no fundo, a forma liberal da origem, formou-se na Inglaterra.

Para se ter déia do habeas corpus norte americano, trocando a palavra “rei” pela palavra “povo” encontramos o espírito do processo do habeas corpus na América do Norte.

A Magna Carta, o Habeas Corpus Act e o Bill of Rights, todos serviram de base ao direito americano.

Neles, os colonos procuraram se proteger contra as opressões exercidas pelo

reino. Estavam conscientes das suas liberdades históricas e reclamavam contra as medidas que consideravam violadoras de seus direitos individuais.

Os americanos queriam que a Magna Carta, a Petição, a Lei de Habeas Corpus, o Bill de Direitos, e a lei comum, os protegessem e garantissem. Essas leis faziam parte da sua essência.

Apesar de os americanos terem os mesmos direitos que os Ingleses, só queriam ser obrigados ao pagamento de impostos com o consentimento dos seus representantes. Além disso, presenciavam diversas violações do direito constitucional inglês, como a denegação do direito de serem julgados por um júri da vizinhança, a entrada à força em domicílios, a prisão de pessoas e a apreensão.

O governo, entendendo ter mais direitos do que o povo, negava que os colonos, embora súditos ingleses, tivessem direitos individuais em oposição ao interesse público. Esse confronto alienava direitos inerentes à pessoa, evidentemente inalienáveis.

No dia 28 de outubro de 1647 foi publicado o Agreement of the People, manifesto teve profunda repercussão na história jurídica dos Estados Unidos da América, demonstrando que o pensamento em favor da liberdade já recepcionou o Habeas Corpus Act de 1679.

Herdar o direito inglês foi bom para o povo americano, porém já estava traçado seu caminho para a liberdade e já fora plantada a semente do seu direito constitucional..

Sua luta pela independência é filha da sua luta pelo direito.

Segundo Miranda (1999), alguns autores afirmam que, para Georg Jellinek, a liberdade de religião, que nasceu nas colônias anglo- americanas, é a verdadeira causa da declaração dos direitos do homem (JELLINEK, apud MIRANDA, 1999, p.127).

A Constituição Americana só se referiu ao habeas corpus no art. 1º seção 9ª quando tratou das emergências em que pode ser suspenso: “The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended unless when, in cases of rebellion or invasion, the public safety may require it.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776).

Proibiu as leis pelas quais se condenasse sem a devida forma legal (bills of attainder) e as leis com efeito retroativo (ex post facto).

Só na emenda constitucional de 15 de dezembro de 1791, art 5º é que se diz que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo de lei: “No person shall be deprived of life, liberty or property, without due process law”. (IDEM, 1791).

Muitos escritores criticaram desfavoravelmente, o laconismo da Constituição americana, bem como a falta de exposição detalhada das liberdades e dos direitos. Woodrow

Wilson defende, afirmando que: “a Constituição não é um sistema completo, nem o podia ser - dá apenas os primeiros passos para a organização: ir além dos enunciados elementares seria bastante da sua elasticidade e da sua facilidade a se fazer adaptar”. (Woodrow Wilson apud Miranda, p 139).

Na Inglaterra, a Magna Carta e o Bill de Direitos poderiam ser ab-rogados pelo Parlamento, enquanto nos Estados Unidos, sendo a Constituição obra do Poder Constituinte, o Poder Legislativo não pode alterar princípios ou cláusulas, assim deixar de instituir o habeas corpus constitucionalmente o deixou exposto a enorme perigo.

## **1.8 Alcance histórico e suspensão do habeas corpus**

### **1.8.1 Alcance histórico do habeas corpus**

Como todas as ações judiciárias contra atos que importem negação do direito de ir, ficar e vir, o habeas corpus só se expedia quando houvesse motivos manifestos para a sua aplicação.

A prisão e o constrangimento podiam ser fundados em leis e essas não serem legítimas; por isso, a jurisprudência das cortes americanas afirmava que se podia verificar, em julgamento de habeas corpus, a constitucionalidade de lei dos Estados Unidos ou dos Estados-membros.

Nos Estados Unidos, aos olhos da lei, todos os obstáculos à liberdade física, quaisquer que fossem, onde e como se tenham efetuado, se equiparavam à prisão para os efeitos do habeas corpus.

A ordem podia ser solicitada pela pessoa, física, que sofresse o constrangimento, ou por outra em favor dela. Qualquer individuo podia usar ou estar sujeito a ela , contudo não se achavam nessa condição as pessoas jurídicas, que não podem sofrer restrições diretas em sua liberdade, que é inerente, por definição, à existência física. Ainda no caso de ser autora da violência, a corporação, por ser entidade abstrata, não oprime fisicamente; quem coage, por ela ou por si, é o agente, o empregado, e esse responde pela coação ilegal.

## 1.8.2 Suspensão do habeas corpus

A Constituição dos Estados Unidos da América estatuiu que o privilégio de habeas corpus não poderia ser suspenso senão em casos de rebelião ou invasão, quando a segurança pública o exigisse.

Na Inglaterra e nos estados Unidos, só grave emergência nacional pode justificar a suspensão do habeas corpus. A Constituição norte-americana restringe a suspensão a limites muito estreitos e só se admite quando a segurança pública o exige e apenas suspende o emprego ou o uso do habeas corpus; não legaliza, nem desculpa os atos que se praticarem durante sua vigência; Todos os demais recursos contra as prisões e constrangimentos permanecem em vigor.

Não se suspende o habeas corpus, apenas o benefício, a irrecusabilidade, a eficácia obrigatória, que o caracteriza. A cláusula constitucional é negação, excetuada apenas para os casos extremos de desordem pública. Ainda assim, não se trata, no caso, da suspensão de um direito, mas da irrecusabilidade de uma garantia, ou de um direito a ela. O privilégio de habeas corpus é o direito à ordem.

Segundo Miranda (1999, p 154):“O que se suspende não é o gozo dos direitos absolutos do indivíduo, liberdade de andar, de ir, de vir, e de ficar e de se mover, pois esses são da natureza humana. O que se excetua por algum tempo é o direito ao writ, isto é, o privilégio, não da liberdade física, que é inalienável, mas do remédio jurídico para as restrições que tal liberdade porventura sofra. O espírito da Constituição americana e a jurisprudência dos tribunais ajustam-se aos grandes princípios gerais do direito e da doutrina jurídica.

Gozo de direitos constitucionais não se suspende. Suspender direito constitucional é suspender a Constituição. Gozo extingue-se, desaparece, suprime-se, como, na pena de morte, o gozo do direito à liberdade e à vida; não se suspende. A reclusão, e o encarceramento, o degredo e a incomunicabilidade, não suspendem direito - suspendem exercícios de direitos.

A decisão legislativa que suspende, sem justa causa legal, o privilégio, é decisão inconstitucional; assim como os atos praticados pelo Governo e atentatórios da liberdade física são delitos puníveis como quaisquer outros.

A Suprema Corte Americana reconhece que somente se suspende o privilégio, e não o writ, e que se pleiteia habeas corpus, nos Estados Unidos da América, mesmo durante a vigência da suspensão

## **1.9 Habeas corpus no direito português**

Em Portugal, a regra era a opressão, em maior grau que na Espanha, Itália e França, mesmo assim, Portugal conheceu e aplicou, desde a antiguidade, algumas figuras de privilégio, que protegiam a liberdade, ainda que alguns historiadores as relembram à condição de “primo pobre” do habeas corpus.

Chamavam-se carta de segurança real e carta de seguro.

As Cartas surgiram com a fundação de Portugal ao separar-se do reino de Leão, e uma carta de segurança, datada de 1170 e expedida por D. Afonso Henriques, guarda na essência o mesmo sentido garantidor da Carta Magna. Esta abrangia os barões e, por extensão, os seus vassallos; aquela, a carta de segurança, concentrava-se nos mouros de Lisboa e de outros municípios portugueses, garantindo-lhes a liberdade e a inviolabilidade de suas pessoas e de seus bens contra quaisquer desmandos eventualmente partidos dos cristãos, e garantindo justiça.

Sua existência foi documentada ao tempo de Afonso Henriques (1128-1185). Este instituto garantidor da vida e da liberdade era o autêntico habeas corpus da época, e antecede pelo menos um século a pressão dos barões sobre o rei João-sem-Terra para obterem a Carta Magna (1215), o que, faz Portugal anteceder a Inglaterra no tocante à liberdade humana.

As cartas de seguro ou tuitivas eram instrumento assecuratório, como o habeas corpus o era. O direito português antigo conheceu um instrumento de liberação, como o habeas corpus viria a ser em 1679, e não só o interdito de homine libero exhibendo, assegurado da liberdade de locomoção.

Sidou (2000, 77):

Antes de apreciarmos o interdito de liberis exhibendis, de trânsito imodificado do direito romano justiniânico para o direito das Ordenações, como específico do desagravo ao constrangimento ilegal da pessoa, merece considerar que Portugal conheceu e aplicou ab antiquo algumas figuras de privilégio, que densamente se relacionam com a liberdade, malgrado os endeusadores dos writs ingleses as

releguem à condição de “parent peuvre”. Chamavam-se carta — de segurança real, de seguro e tuitiva.

Assim, tal como o habeas corpus ad subjiciendum, uma das muitas modalidades do writ, o interdito homine libero determinava a apresentação do homem e, conhecido o fato, tinha força para mandá-lo embora em liberdade.

O habeas corpus inglês se nutriu tanto no interdito homine libero, como no liberis exhibendis item ducendis, porque se admite também para causas propriamente civis, como as de relações familiares: para impedir que o marido confine a mulher; para garantir a esta a recusa de viver com aquele; para retirar o filho da guarda paterna, ou materna, por motivo de sevícia ou maldade;

Mas o habeas corpus brasileiro, que foi trazido para pó nosso direito pelo do Código Criminal de 1830 e disciplinado pelo Código de Processo Criminal de 1832, sempre foi instituto penal, nada tendo a ver, com o interdito liberis exhibendis, porém com o homine libero exhibendo, mais antigo.

O interdito homine libero desapareceu do cenário jurídico brasileiro quando surgiu o habeas corpus, em 1830, enquanto interdito liberis exhibendis, relacionado com a posse, existiu até a extinção da escravatura em 1888.

Outra diferença notada é que, apesar de fundidos interdictum e actio ainda no direito justiniâneo, o interdito homine libero não existiu como actio no direito das Ordenações, permanecendo como decretum, enquanto seu homônimo liberis exhibendis existiu como ação, as ações de liberdade.

## **2 O HABEAS CORPUS NO BRASIL**

### **2.1 O Habeas Corpus no Brasil-Império**

Com a partida de D. João VI, voltando para Portugal, o Príncipe Dom Pedro publicou o Decreto de 23 de maio de 1821, referendado pelo Conde dos Arcos, com o seguinte teor:

Vendo que nem a Constituição da Monarquia Portuguesa nem as disposições expressas da Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reforma da Justiça de 1782, com todos os outros Alvarás, cartas régias e decretos de meus Augustos Avós, têm podido afirmar, de um modo inalterável, como é de direito natural, a segurança das pessoas (Sidou, 2000, p 87);

“E constando-me que alguns Governadores, Juizes Criminaes e Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com os pesos de ferros, homens que se congregavam por os bens que lhes oferecera a instituição das Sociedades Civis, o primeiro dos quais é sem dúvida a segurança individual(Brasil, 1821);

“E sendo do meu primeiro dever e desempenho de minha palavra o promover o mais austero respeito à lei e antecipar quanto se possa os benefícios de uma Constituição liberal: Hei por bem excitar pela maneira mais eficaz e rigorosa a observância da sobremencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este Decreto ordeno(Brasil, 1821);

1º. Que desde sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal de território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente”.

2º. Que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes, assim o fato que em lei expressa seja declarado culposos, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue à prisão e

livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinqüente.”

3º. Que, quando se acharem presos os que assim forem indicados criminosos, se lhes faça ‘imediate’ e ‘sucessivamente’ o processo, que deve findar dentro de quarenta e oito horas peremptórias, improrrogáveis, e contadas do momento da prisão, principiando-se sempre que isso possa ser, por a confrontação dos réus, com as testemunhas que os culpavam, e ficando abertas e públicas todas as provas que houver, para assim facilitar os meios de justa defesa, que a ninguém se deve dificultar ou tolher, excetuando-se por ora das disposições deste parágrafo os casos que, provados, merecerem pelas leis do Reino pena de morte acerca dos quais se procederá infalivelmente nos termos dos § 1 e 2 do Alvará de 31 de março de 1742.”

4º. Que, em caso nenhum, possa alguém ser lançado em segredo ou masmorra estreita, escura ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer, e flagelar, ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quais ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final; entendendo-se, todavia, que os juizes e magistrados criminais poderão conservar por algum tempo em casos gravíssimos incomunicáveis os delinqüentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas, e nunca manietados ou sofrendo qual quer espécie de tormento.”

5º Determino, finalmente, que a contravenção, legalmente provada, das disposições do presente decreto seja irremissivelmente punida com perdimento do emprego e inabilidade perpétua para qualquer outro exercício de jurisdição”.

Esse foi o marco histórico das nossas liberdades, apesar de séculos de atraso. (14)

Segundo Miranda (1999, p.163):

Antes, porém, havia textos. Não se diga que o direito brasileiro, nem o português, desconhecia o instituto. O que não se usava era o nome. Pense-se, aliás, no *interdictum de liberis exhibendis*. Escritores portugueses falavam em *reivindicatio*, a despeito de aludirem à pessoa; vindicava-se, por exemplo, o filho que outrem prendia

### 2.1.1 Constituição de 1824

A constituição de 1824 tratou da liberdade no art. 179, § 8º:

Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, e, nestes, dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares de residência do juiz, e nos remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará atenta à extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seu acusador e das testemunhas, havendo-as. (BRASIL, 1824).

Antes do Código do Processo Criminal do Império (1832), com o advento do Decreto de 23 de maio de 1821, havia ação de desconstrangimento, sem o nome de habeas corpus, mas que podia ser classificada como tal e juízes e tribunais concediam a ordem de soltura quando a prisão era ilegal.

Assim, estava contemplado o habeas corpus, apesar de não ser citado textualmente.

Segundo Sidou (2000, p.88):

No entender do legislador constituinte, o instituto inglês estava consagrado no Brasil em sua finalidade libertária, com a dispensa apenas do nome, ainda mais porque, para a obrigação de apresentar o corpo do paciente, peculiar ao habeas corpus, supria-o o velho interdito de homine exhibendo, o qual já agora poderia ser acionado contra a coação ilegal partida de autoridade pública e, transpondo a era colonial, não conflitava com os rumos da nova nação, para só eclipsar-se de vez em 1830, ao advento do Código Criminal. As observações precedentes impõem reconhecer de logo que o Brasil-Império aplicou a garantia do direito de locomoção, contra a “prisão ou constrangimento ilegal”: como regra adjetiva, disciplinada pelo Código de Processo Criminal de 1832; como direito substantivo, por expresse reconhecimento do Código Criminal.

### 2.1.2 Código Criminal de 1830

Ao tratar dos crimes contra a liberdade individual, o Código Criminal de 1830 incluiu o habeas corpus pela primeira vez na sistemática brasileira, nos arts. 183 a 188:

Art. 183. Recusarem os juízes, a quem for permitido passar ordens de habeas corpus,

concedê-las quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos em que podem ser legitimamente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, ou deixarem de propósito, ou com conhecimento de causa, de as passar independentemente de petição, nos casos em que a lei o determinar.

Art. 184. Recusarem os oficiais de justiça, ou demorarem por qualquer modo, a intimação de uma ordem de habeas corpus, que lhes tenha sido apresentada, ou a execução das outras diligências necessárias para que essa ordem surta efeito.

Art. 185. Recusar ou demorar a pessoa, a quem for dirigida uma ordem legal de habeas corpus.

Art. 186. Fazer remessa do preso a outra autoridade; ocultá-lo ou mudá-lo de prisão, com o fim de iludir uma ordem de habeas corpus, depois de saber por qualquer modo que ela foi passada e tem de lhe ser apresentada.

Art. 187. Tomar a prender pela mesma causa a pessoa que tiver sido solta por efeito de uma ordem de habeas corpus passada competentemente.

Art. 188. Recusar-se qualquer cidadão de mais de dezoito anos de idade e de menos de cinquenta, sem motivo justo, a prestar auxílio ao oficial encarregado de execução de uma ordem legítima de habeas corpus, sendo para isso devidamente intimado.(BRASIL, 1830)

### 2.1.3 Código de Processo Criminal de 1832

Mesmo antes do Código do Processo Criminal do Império (1832), após o Decreto de 23 de maio de 1821, havia ação de desconstrangimento, sem o nome de habeas corpus, mas, entendida como tal, juízes e tribunais atendiam aos pedidos de soltura quando a prisão era ilegal.

Habeas Corpus é pretensão, ação e remédio. A pretensão data de 1830 (Código Criminal, arts. 183-188). A ação e o remédio, de 1832.

Onde não existe habeas corpus, não há garantia da liberdade física. Só a ação fácil, suspensiva como o habeas corpus, pode proteger à liberdade do cidadão.

Foi entendendo isso que os Brasileiros aperfeiçoaram essa forma processual importada da Inglaterra. Essa evolução do habeas corpus ocorreu de 1832 até nossos dias, com três períodos de retrocesso: de 1930 a 1934, de 1937 a 1946 e de 1964 a 1985.

O Código de Processo Criminal de 1832 adaptou o habeas corpus às peculiaridades brasileiras e de certa forma sentiu o ampliou. O habeas corpus, inspirado nos atos ingleses de 1679 e 1816 foi regulamentado sob o nome de “recurso extraordinário”:

O art 340 preceituava que: “todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem o direito de pedir uma ordem de habeas corpus em seu favor” (BRASIL, 1830). O Código no art. 342 impôs ao juiz mandar e fazer passar dentro de duas horas a ordem, “salvo constando evidente que a parte nem pode

obter fiança, nem por outra maneira ser aliviada da prisão” (IDEM)

Estatuía o art. 343 que na ordem “se deve explicitamente ordenar ao detentor, ou carcereiro, que, dentro de certo tempo e em certo lugar, venha apresentar, perante o juiz ou tribunal, o queixoso, e dar as razões do seu procedimento”. (BRASIL, 1830).

O dispositivo seguinte estabelecia que:

independente de petição qualquer juiz deve passar uma ordem de habeas corpus ex officio, todas as vezes que, no curso do processo, chegue ao seu conhecimento, por prova de documentos ou ao menos de uma testemunha jurada, que algum oficial de justiça, ou autoridade pública, tem ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção. (BRASIL, 1830.).

Os arts. 344 e 345 aparentemente admitiam o habeas corpus contra a pessoa particular ao falarem, esse, em “alguma pessoa particular ou pública”, e aquele, em “algum cidadão, oficial de justiça, ou autoridade pública”. Seria uma influência do interdito exhibendis. O Código de Processo Criminal usou a palavra “prisão” no sentido restrito de detenção em lugares legalmente destinados à reclusão de pessoas. A menção a “alguma pessoa particular” relaciona-se unicamente com os casos em que qualquer pessoa do povo pode prender em flagrante delito. Até porque, se emanasse de pessoas particulares, não havia uma prisão, porém um crime.

O direito inglês concede o habeas corpus contra pessoa particular, todavia por motivos diversos da prisão ou cerceamento da liberdade; não se entendendo disso que o habeas corpus nesse caso seja concedido necessariamente para efeito de resgatar alguém de um cárcere privado, ou submetido ao estado de escravidão, hipótese em que, tal como o entende o direito penal universal, configuraria não uma prisão, mas um crime.

Nove anos depois, a Lei nº 261, de 03.12.1841 reformou o Código de Processo Criminal e introduziu, no § 7º do art 69 o recurso ex officio manifestado pelo juiz das decisões concessivas da ordem, atualmente chamado de recurso em sentido estrito ou recurso criminal.

O Código Criminal de 1832 encontrou resistência a sua vigência no tocante à concessão de habeas corpus em confronto com a prisão preventiva.

Nesse sentido, Sidou (2000, p 92): “Absorvido com todo o seu resistente lastro de invulnerabilidade, não foi fácil acomodar o habeas corpus a duas figuras essenciais ao direito repressivo: a prisão preventiva e a incomunicabilidade. Discussões delongadas e eruditas feriram-se no Parlamento do Império, no sentido de admiti-las, mesmo em face do indômito interdito.

Cristalizou, afinal, o princípio sustentado lá fora por Garófalo e Careli (Apud Sidou, 2000, p 92), segundo quem a prisão preventiva não é somente uma necessidade social, mas um ato de justiça. Com efeito e seguindo o magistério de João Mendes, assim como no campo do direito civil o particular pode requerer para tutela de seus direitos o seqüestro e os interditos possessórios, assim também a polícia judiciária deve dispor de meios idôneos para a tutela dos direitos sociais. O indiciado não deve ser presumido inocente nem culpado; ele é o que é: um indiciado sobre quem as mais vezes a convicção social de sua criminalidade se manifesta no momento do crime e, grau em grau, à medida que cone o processo de instrução. Citando Lucchini (ano apud SIDOU, 2000, p.92), o excelso mestre brasileiro aponta para a prisão preventiva os seguintes fundamentos: impedir a fuga provável, impedir a reincidência, impedir represálias, assegurar a repressão, assegurar a satisfação, assegurar a celeridade do julgamento; cautelas que excepcionalmente devem subordinar a liberdade de um à segurança de todos.

#### 2.1.4 Período de 1871 a 1889

De 1832 a 1871, O Código do Processo Criminal (Lei de 29 de novembro de 1832) estatuiu no art. 340: “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” (BRASIL, 1832), assim o habeas corpus parecia ser privilégio de brasileiros. Em 1871, porém, a Lei n 2.033, de 20 de setembro de 1871, estatuiu no art. 18, § 8º “Não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de habeas corpus, nos casos em que esta tem lugar” (IDEM). Dessa forma, protegeu-se a liberdade de ir, ficar e vir, sem qualquer discriminação.

A ameaça não se configurava como constrangimento, sendo alçada a essa situação pela Lei nº 2.033, no §1º do art. 18: “Tem lugar o pedido de habeas corpus quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado” (IDEM). É o que se deve interpretar do Código de 1832.

A Lei nº 2.033, de 1871, lançou, no § 4º do art 18, o princípio de renovação do pedido perante autoridade superior, se negada a ordem de habeas corpus ou de soltura pela autoridade inferior; excluiu a prisão determinada por despacho de pronúncia da noção de que

era constrangimento ilegal, afirmando que “quaisquer que sejam as arguições contra tais atos, só pelos meios ordinários podem ser nulificados”; admitiu o recurso de decisão denegatória para juízo superior, nascedouro da norma vigente na Constituição de 1988 e criou o habeas corpus preventivo: “ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado”(BRASIL, 1832).

A partir desse momento, o habeas corpus passou a ser, como era da sua essência, a pretensão conferida pela lei a todo homem, nacional, ou estrangeiro, para impedir ou fazer cessar prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade.

Desse período, precisamos lembrar dois fatores: 1) a instituição do habeas corpus passou ao seu grau máximo, compatível com o regime e os seus costumes; 2) a tendência para as ampliações garantidoras da liberdade carreavam para o instituto c importância cada vez maior;

Todas as novas leis procuravam possibilitar novas aplicações.

Em relação à prisão de militares, o Aviso de 19 de fevereiro de 1834 explicou que a ordem não podia ser dada em favor deles, quando presos disciplinarmente, não só por ser contrário às leis que os regem, como por ser oposto à hierarquia e à disciplina do exército.

Como visto, no Império o habeas corpus limitava-se a garantir a liberdade física. Não obstante, questões interessantes eram levantadas, tanto no direito criminal como no direito civil.

Como resumo do habeas corpus no Brasil Império, podemos afirmar que a Constituição do Império, seguindo do Decreto de 23 de maio de 1821, no concedeu direito à liberdade; O Código Criminal de 1830 citou o habeas corpus, mas não o regulou e o Código do Processo Criminal de 1832 criou o remédio jurídico processual com o nome de habeas corpus.

Ao terminar o Império, o habeas corpus já tinha aplicação ampla, mas era corretamente limitado pelas seguintes circunstâncias: prisão efetuada durante estado de sítio; prisão determinada por sentença, pronúncia ou decisão judicial (art. 353, § 2º, a contrario, do Código de Processo Criminal); prisão de militares presos disciplinarmente (Aviso de 19.2.1834); prisão preventiva, prisão disciplinar e incomunicabilidade (Lei nº 2.033, de 20.9.1871).

De acordo com Miranda, 1999, p.170): “Habeas Corpus é pretensão, ação e remédio. A pretensão data de 1830 (Código Criminal, arts. 183-188). A ação e o remédio, de 1832”.

## 2.2 Habeas corpus na República, de 1889 a 1988

Enquanto era elaborada a Constituição da República recém proclamada, o Governo Provisório publicou o Decreto nº 848, de 11.10.1890, que substituiu o art. 340 do Código de Processo Criminal de 1832, no referente ao habeas corpus de competência da jurisdição federal; contudo, não modificou o perfil do instituto e estatuiu: “O cidadão ou estrangeiro que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, ou se acha ameaçado de sofrer uma ou outro, tem direito de solicitar uma ordem de habeas corpus em seu favor ou no de outrem”.

A Constituição de 1891 estatuiu: “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”. As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e a Constituição atual, de 1988, previram: “Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”(BRASIL, 1891).

Esse dispositivo que elevou o interdito penal à categoria de preceito constitucional e, propositadamente, transformou-o no habeas corpus mais amplo do mundo, em consonância com a já então consagrada doutrina brasileira sobre habeas corpus.

A doutrina e os tribunais verificaram que os parágrafos 13 a 16 do art 72 da Constituição de 1891 não estabeleceram o limite contra a ilegalidade e o abuso de poder na ofensa à liberdade corpórea, mas tutelaram uma ampla gama de direitos fundamentais, civis e políticos, mesmo aqueles ainda não elencados pela nova Carta. (18)

Segundo Miranda (1999, p.132):

“Se o legislador constituinte quisesse conservar o habeas corpus em sua primitiva função e em suas limitações de outrora, não teria que se esmerar na redação clara, segura, jurídica, intencional. frisante em sua virgulação exata e expressiva, com que consagrou, com amplitude inequívoca e sem referência ao velho instituto, esse remédio inestimável.”

Estabelecendo que se concederia habeas corpus sempre que o indivíduo sofresse qualquer coação à sua liberdade individual, o preceito constitucional não qualificava, restringia nem distinguia essa coação, exigindo unicamente que ela procedesse de uma

ilegalidade ou de abuso de poder. A Constituição assegurava ao indivíduo um livre-arbítrio, tendo como limite obviamente o que a lei não permitia, e quando essa liberdade sofresse restrição, ofertava a garantia do habeas corpus.

De acordo com Demercian: (2005, p 582).

“Bem se vê, pela redação da primeira Constituição da República, o caráter amplo que dava ao instituto, prestando-se à proteção do livre exercício de direitos, da liberdade de ação e de atos não proibidos por lei, exorbitando a seara estrita da liberdade de locomoção (como é concebido atualmente).

Não poderia ser diferente. A norma constitucional, como já se viu, não limitava o conhecimento e concessão da ordem à proteção estrita do direito de locomoção, até porque ainda não se achavam previstos outros remédios, como o mandado de segurança.”

Como preleciona Tourinho Filho (1989, vol. 4, p. 402), daí resultou a *doutrina brasileira do habeas corpus*, "definida no acórdão de 16.12.1914, pelo qual o STF assegurou a posse de Nilo Peçanha no governo do Estado do Rio de Janeiro.

No fim do século XIX, o entendimento que prevalecia era ainda o ortodoxo, e o Supremo Tribunal Federal entendia o habeas corpus tal qual já existia no Código de Processo Criminal e na Lei nº 2.033, de 1871, como um instrumento destinado unicamente a proteger a liberdade corpórea do cidadão, contra qualquer constrangimento ilegal ou sua ameaça. Segundo o STF (acórdão de 27/01/1897), o § 22 do art 73 da Constituição devia ser interpretado de acordo com as citadas leis e não se prestava, apesar da indeterminação de seu texto, a ser ampliado à ofensa de todos os direitos, sob pena não só de abranger a defesa dos direitos reais, e, portanto a posse dos bens, que seria absurdo.

A interpretação ampla, segundo a qual o habeas corpus de 1891 abrigava todos os direitos fundamentais que tivessem na liberdade individual o seu suporte, passou a ser universalmente conhecida como “teoria brasileira do habeas corpus” e, indefinida no começo do século XIX, estava plenamente amadurecida em sua segunda década. Ficava claro que, na sistemática pátria, o remédio tutelava qualquer direito violado, desde que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção. (19)

Segundo Miranda (1999, p.212):

Destarte, Constituição que assegure, como a do Brasil de 1891, a indenegabilidade do habeas corpus, cria nova “coação - proteção”, isto é, direito novo, pois dos elementos essenciais a um direito — sujeito ativo, objeto, sujeito passivo e regra social — é esse o único que acarreta, ao mudar de natureza, necessariamente, fenômeno jurídico de outra natureza. A “coação-proteção”, antes secundária, de

direito processual, não regulava a formação de fenômeno jurídico: determinava, apenas, como todo direito formal, as formas e meios pelos quais se podia ir a auxílio de direitos violados.

Dessa forma, verificava-se que todos os princípios constitucionalmente consagrados só podiam ser exercitados tendo como pressuposto a liberdade individual de ir, vir e permanecer em casa ou em lugares públicos, sem qualquer vedação além das expressamente elencadas na própria Carta.

Ficava claro que o habeas corpus instituído em 1891 cobria todas estas situações, contudo, não era meio para obter indenização pela propriedade destruída, que seria apurada civilmente. Entendia o proprietário com seu direito de ir à propriedade, nela ficar e dela sair com liberdade.

A doutrina que fundamentava o habeas corpus é clara e simples. Frequentemente se requerem ordens de habeas corpus, indicando os pacientes que estão presos, ou ameaçados de prisão, e pedindo que lhes seja restituída ou garantida a liberdade individual. Nessas condições, não declaram, nem precisam declarar, quais os direitos cujo exercício lhes foi tolhido, ou está ameaçado, já que a prisão prejudica o exercício de quase todos os direitos do indivíduo. A liberdade individual é um direito fundamental, condição do exercício de todos os demais direitos; Algumas vezes, a ilegalidade contra a qual se insurge paciente, não importa limitação da liberdade individual visto que apenas o impedem de ir, por exemplo, a um jogo de futebol, a um banco no qual trabalha.

A finalidade do habeas corpus é garantir a liberdade individual na acepção restrita, a liberdade física. O único direito em favor do qual se pode invocar o habeas corpus é a liberdade de locomoção. Pelo habeas corpus se pode defender a liberdade de imprensa. Quando a imprensa é violentada, porque ao redator de um jornal, por exemplo, não se permite ir ao escritório da folha, e lá escrever e corrigir os seus artigos, não há dúvida de que o caso é de habeas corpus. Mas esse caso é de habeas corpus porque foi violada a liberdade de locomoção. Quando a imprensa é violentada porque, por exemplo, se dá a apreensão de exemplares do jornal, ou de um livro, não é caso de habeas corpus como meio de fazer cessar a violação do direito. Além da liberdade de locomoção, não há outra garantida pelo habeas corpus.

No Brasil, verificou-se ampliação do instituto inglês, visto que o direito inglês aplica o habeas corpus civil, e a lei inglesa é clara ao estabelecer: A ordem de habeas corpus é um mandado de direito, que não pode ser recusado, mas deve ser concedido a todo homem que é enviado à prisão, ou nela detido, ou que sofra qualquer constrangimento, ainda que seja

por ordem do rei, do conselho privado ou de qualquer autoridade.

Verifica-se que, também no direito britânico, o habeas corpus não manteve a concepção de origem, mas teve sua ação ampliada em função do tempo e da aplicação em matéria penal estabelecida pelo ato de 1679, passando contemplar situações casos de privação da liberdade pessoal em caráter mais amplo, sentido atribuído pelo Habeas Corpus Act de 1816.

A situação em 1891 era a seguinte: A nova espécie de garantia surgiu de tal forma que nem as leis ordinárias, de direito material ou de direito formal, a poderão ab-rogar, criar exceções, dificultando-a. Os estatutos que lhe forem contrários perderão, por isso mesmo, o caráter de leis: serão julgados inconstitucionais.

Nesse sentido, Miranda (1999, p.237):

Qualquer que fosse o modo de acentuar, restringindo ou ampliando, as limitações do remédio, da forma, que o da Constituição de 1891, art. 72, § 22, equiparou a direito público constitucional, subjetivo, o que não se pode negar é a intenção do constituinte dando-lhe mais larga esfera de aplicabilidade. Boa, ou excessiva: pouco importaria

Na época do Império, o habeas corpus era a maneira pela qual a lei relativa à liberdade física produzia o seu efeito, quando violada. Hoje, e desde 1891, dada a sua consagração constitucional, nada mais nos resta que aceitar como o produto de evolução jurídica de forma de direito, ou remédio processual, para a categoria máxima, politicamente fundamental e juridicamente suprema, de direito constitucional.

Em relação aos crimes militares, a justiça civil não podia intervir na organização e funcionamento dos tribunais destinados ao julgamento de crimes militares (Constituição de 1891, art. 77).

Somente depois de findos os processos, o Supremo Tribunal Federal podia intervir, de acordo com o § 39 do art 81 da Constituição de 1891.

O art. 47 do Decreto n 848, de 11 de outubro de 1890, dizia:

O Supremo Tribunal Federal e os juizes de seção, dentro dos limites de sua jurisdição respectiva, farão passar de pronto a ordem de habeas corpus, nos casos em que a lei a permita, seja qual for a autoridade que haja decretado o constrangimento ou ameaça de o fazer, excetuada, todavia a autoridade militar nos casos de jurisdição restrita e quando o constrangimento ou ameaça for exercido contra indivíduos da mesma classe ou de classe diferente, mas sujeitos a regimento militar (BRASIL, 1890).

Conclui-se que, nos casos de jurisdição estritamente militar, não se podia conceder habeas corpus.

Nesse sentido, Pontes de Miranda (ano, p.279): “Tal o que decidiu o acórdão do Supremo Tribunal Federal n 4.699, de 16 de dezembro de 1918 (unânime), com o resto da jurisprudência”.

A reforma constitucional de 1926, cuidado do Governo contra a aplicação da teoria brasileira do habeas corpus, fez ressurgir o habeas corpus tradicional, assim enunciando: “Dar-se-á o habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”. Ficava explícito, portanto, que o habeas corpus somente protegia a liberdade de locomoção. Entenda-se o direito de ir, ficar e vir. O § 52 do art. 60 previa: “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a Justiça Federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração de estado de sítio, e a verificação de poderes, o recolhimento, a posse, a legitimidade e a perda do mandato aos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo”.

Segundo a nova redação, o habeas corpus só podia ser concedido para livrar alguém da prisão ilegal ou para evitar ameaça ilegal de prisão.

Logo veio a Revolução de 1930, e seu diploma legitimador, o Decreto nº 19.398, editado para substituir a Constituição, reconheceu o remédio, estipulando: “É mantido o habeas corpus em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os de competência dos tribunais especiais”(BRASIL, 1930).

Os anos de 1930 a 1932 foram política e juridicamente conturbados. Não havia verdadeiramente o habeas corpus, pois a ordem só era concedida nos casos em que o governo autorizava o judiciário a fazê-lo. A liberdade foi revogada; o remédio que ficara dependia de existirem restos de liberdade que ele protegesse.

Não se admitia a ação em favor dos prisioneiros por motivo político e também não se concedia em casos de prisão funcional, que se pode entender como prisão disciplinar, ou administrativa.

Só a Constituição de 1934 trouxe novamente o regime democrático e a liberdade.

Tão logo o país retornou à ordem jurídica, ainda que por um curto período de três anos, a Constituição de 1934 albergou a garantia nos seguintes termos: “Dar-se-á o habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o habeas corpus”(BRASIL, 1934).

Em razão da amplitude de sua definição, embora já tivesse sido instituído o

mandado de segurança, o habeas corpus ainda foi evocado com toda a sua força, como no primeiro quarto do século.

A Constituição outorgada em 1937 não aceitou a liberdade como direito do homem e deu a seguinte definição ao writ: “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 os casos de punição disciplinar”(IDEM).

Nela estava declarado o seguinte: “É declarado, em todo o país, o estado de emergência” (IDEM)..

Dois ministros do Supremo Tribunal Federal: Bento de Faria e Barros Barreto, afirmavam que o estado de guerra ou de emergência excluía, em qualquer caso, o remédio do habeas corpus. Porém outros ministros, liberais, afirmavam que o Writ sobrevivia sempre.

Findo o Estado Novo, a Constituição de 1946 consagrou o interdito nestes termos: “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”(BRASIL, 1946). e manteve a exceção quanto às transgressões disciplinares.

O mesmo enunciado figurou no Estatuto de 1967 e em sua Emenda nº 1, de 1969 (art. 153, § 20), até quando substituído, apenas na forma, pelo texto da Constituição de 1988, verbis:

Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Manteve a ressalva: “Nas transgressões disciplinares não caberá habeas corpus”, em coerência com o preceito básico inaugurado na Constituição de 1988, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 50, LX). (BRASIL, 1969).

Em dezembro de 1968 foi editado o Ato Institucional nº 5 (AI 5) o seguinte texto: “Fica suspensa a garantia de habeas corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”. Este texto posteriormente foi mantido no Art 182 da Emenda Constitucional nº I.

Esta Emenda Constitucional, além disso, restringiu a impetração de habeas corpus diretamente ao Supremo, independentemente de instância intermediária, o chamado habeas corpus originário e direto.

Essa impetração ao STF começou em 1890, com o Decreto nº 848, que estabelecia que “da denegação de habeas corpus haverá recurso para o Supremo Tribunal

Federal”(BRASIL, 1890). Quatro anos depois, a Lei nº 221, de 1894, no parágrafo único do art. 23, determinava que o recurso previsto naquele decreto podia ser interposto diretamente para o Supremo Tribunal, da decisão do juiz de primeira instância que houvesse denegado a ordem, independentemente de decisão de juízes ou tribunais de segunda instância, A Constituição de 1891 previa que as decisões dos juízes ou tribunais dos Estados nas matérias de sua competência poriam termo aos processos, salvo quanto aos habeas corpus, caso em que caberia recurso voluntário para o STF.

A Constituição de 1934 facultou o pedido do habeas corpus diretamente ao Supremo Tribunal Federal quando houvesse perigo de consumar-se a violência antes que outro juiz ou tribunal pudesse conhecê-lo.

O mesmo dispositivo foi mantido na Constituição de 1937 (art 101, 1, g), na Constituição de 1946 (art 101,1, I) e na de 1967 (art 114, 1, h), sendo eliminado constitucionalmente pela Emenda nº I.

Na constituição de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, os habeas corpus quando o paciente for o Presidente da República, o Vice-Presidente, membro do Congresso Nacional, ministro do próprio STF, o Procurador-Geral da República, ministro de Estado, membro dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União (art. 102, 1, 4) e processar e julgar originariamente o remédio quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância (art. 102,1, i) e, em grau de recurso, os habeas corpus decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102,11, a).

Ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e julgar originariamente os habeas corpus quando o coator ou o paciente for governador de Estado, Desembargador de Tribunal de Justiça, membro de Tribunal de Contas estadual, juiz dos Tribunais Regionais Federais Eleitorais e do Trabalho, membro de Conselho ou Tribunal de Contas municipais e do Ministério Público da União que officie perante tribunais (art. 105, 1, c) e, em grau de recurso, os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais de Justiça, quando a decisão denegatória (art. 105, II, a).

Aos Tribunais Regionais Federais cabe processar e julgar originariamente os habeas corpus quando a autoridade coatora for juiz federal (art. 108, 1, d) e aos juízes federais, do mesmo modo originário, quando em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição (art. 109, VII).

A Constituição, no art. 124, atribui à lei ordinária dispor sobre a competência da Justiça Militar. Neste sentido, o Código de Processo Penal Militar preceitua, no art. 466, os preceitos da lei processual penal, atribuindo o conhecimento dos habeas corpus ao Superior Tribunal Militar.

Excetuando-se a competência jurisdicional federal, todos os demais casos de habeas corpus recaem no âmbito da Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

## 3 CONCEITO E APLICAÇÕES ATUAIS

### 3.1 Natureza jurídica

O habeas corpus está posicionado no Livro I Título I Capítulo X do Código de Processo Penal, sob a rubrica: dos recursos em geral, transmitindo a idéia de que se trata de uma espécie de recurso.

A essência do habeas corpus não é de recurso, haja vista que o recurso pressupõe decisão não transitada em julgado e o habeas corpus pode ser impetrado de decisão que já transitou em julgado, nos termos do art 648, VI e VII, do CPP, pois, se o juiz era absolutamente incompetente e a sentença já transitou em julgado, poderá ser impetrado habeas corpus para desconstituí-la ou ainda, se já estiver extinta a punibilidade em face da prescrição da pretensão executória.

Além disso, o habeas corpus pode ser impetrado contra ato de autoridade administrativa e o recurso só pode ser interposto contra de decisão judicial e também porque o recurso é interposto na continuidade da relação jurídico-processual e o habeas corpus começa uma nova relação jurídica, sem ligação com aquela que deu origem à sua impetração ou ainda que não haja uma relação jurídica, ele a inicia.

Hélio Tornaghi atribui-lhe a função de remédio processual:

“Na realidade o habeas corpus é remédio judiciário contra o mal da ilegalidade, do excesso ou abuso de poder de que resulta violência ou coação na liberdade de e vir. Da ilegalidade, não da injustiça, que não se discute no processo de habeas corpus. Por isso o juiz não examina a prova da injustiça; mas a prova da ilegalidade pode instruir a petição de habeas corpus”. (1989, p 382).

Por essas razões, o habeas corpus não tem natureza jurídica de recurso e sim de ação autônoma de impugnação.

Vicente Greco Filho leciona:

“A ação penal de habeas corpus, em suas múltiplas finalidades, se vê envolvida num único processo e numa mesma jurisdição, não se espraiando para outro processo, posto que o mesmo inexistente em sede desse writ para efeito de eventual garantia. E que o processo que surge de sua impetração é único e se exaure dentro de seu próprio bojo, não dependendo de outra forma de jurisdição para conseguir a eficácia ou garantia de seu escopo.” (1991, p 379-380)

Pensam assim os Professores Tourinho Filho (1990, p 501) e Ada Grinover (1976, p 345).

Em doutrina, há o posicionamento divergente do Professor Magalhães Noronha, que entende ser o Habeas Corpus tanto um recurso como uma ação, dando-lhe o caráter misto (p. 408).

No habeas corpus, só pode haver provimento declaratório ou constitutivo.

Sua forma de instauração é o processo de conhecimento e poderá ter um provimento meramente declaratório, quando se declara extinta a punibilidade nos termos do art. 648, V ou constitutivo, quando rescinde sentença transitada em julgado, nos termos do art. 648, VI, sendo, neste caso, constitutivo negativo. Pelo fato de ter uma pretensão de liberdade, a ação de habeas corpus não admite provimento condenatório.

Assim, toda vez em que o habeas corpus é concedido para evitar prisão injusta, ou para impedir que a prisão se prolongue além do recomendado, aí está presente seu caráter cautelar.

Não sendo ainda cabível a coação ao *jus libertatis*, a prematura prisão do réu pode afetar, de maneira irreparável, o seu direito de ir e vir e a liberdade corporal. Se o processo se prolonga e o réu, em razão disso, é mantido preso, sua liberdade, constitucionalmente garantida estará sendo violada, de maneira ilegal, por ter sido ultrapassado o limite que a lei permite a supressão do *jus libertatis*.

### **3.2 Objeto do habeas corpus**

O objeto do habeas corpus é a liberdade corpórea do indivíduo em relação ao seu direito de locomoção. Sua liberdade de locomoção é um direito líquido e certo, específico, que somente pode ser amparado por habeas corpus e qualquer outro direito líquido e certo que não a liberdade de locomoção será tutelado por mandado de segurança (CF art. 5, LXIX). (BRASIL, 1988).

O habeas corpus foi criado para a proteção da liberdade física. Esse é o conceito das doutrinas inglesa, americana e brasileira. É, na essência, remédio urgente contra as violações da liberdade física. O writ pressupõe violência ou coação, que, para ensejar o

habeas, demonstram que só se concede habeas corpus quando se limitou ou se teme que se limite a liberdade física e onde não pode haver coação à liberdade física, não pode haver o habeas corpus. (PONTES de MIRANDA , 1999, p 13)

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal decidiu que cabia habeas corpus em favor de advogado para que pudesse ter acesso aos autos de inquérito em que figurava como indiciada pessoa de quem era procurador: Ora, o direito de defesa e sua face reflexa representada pelo livre exercício da profissão assegurado constitucionalmente - artigo 5º, XIII apresenta-se como garantia de idêntico interesse público, na exata medida que impõe limites à atuação estatal evitando-se arbitrariedades e garantido ao cidadão que ele não se torne "cera mole" na poderosa mão do Estado. Ou será que em nome de uma suposta eficácia da repressão, poder-se-á admitir alguma transigência com direitos e garantias individuais?

O Subprocurador-Geral opinou, concluindo pelo não conhecimento da impetração: "Como se pode ver, os impetrantes buscam, com o writ, fazer prevalecer uma das prerrogativas dos advogados, que é a de ter acesso aos autos de processo, sendo que toda a fundamentação do pedido gira, em torno deste ponto.

Ora, a este mister não se presta o habeas corpus, que tem como objeto a proteção ao direito de locomoção do indivíduo. Ressalte-se, o direito de locomoção protegido pelo habeas corpus é aquele direto, ou seja, em casos onde há real constrangimento, ou ameaça de constrangimento, à liberdade de locomoção, o que não se vislumbra na espécie.

No caso concreto, ao não terem os advogados acesso a dados sigilosos de investigação criminal e buscam, com o remédio constitucional, fazerem valer suas prerrogativas profissionais. Entretanto, em nenhum momento apontam qual seria o constrangimento à liberdade do paciente. Aliás, não informam se já há denúncia e nem tecem qualquer comentário acerca do fato ao qual se referem tais investigações. Tais considerações seriam importantes para que ficasse caracterizado algum constrangimento ilegal, mesmo porque, o mero indiciamento em inquérito, não traduz, por si só, constrangimento ilegal reparável pelo *remedium jûris*.

O Supremo Tribunal Federal já firmou orientação no sentido de que o habeas corpus não mais se presta para a defesa de interesses outros, que não seja, constrição ou risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física do paciente.”

Rejeito a preliminar de descabimento do habeas corpus.

A alegação é de cerceamento da defesa do paciente, malgrado nos limites em que exercitável no curso do inquérito policial.

É constrangimento que, se existente e ilegal, poderá refletir-se em prejuízo de sua

defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo *que*, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente.

Não se trata de fazer reviver a "doutrina brasileira do habeas corpus", mas sim de dar efetividade máxima ao remédio constitucional contra a ameaça ou a coação da liberdade de ir e vir, que não se alcançaria, se limitada a sua admissibilidade às hipóteses da prisão consumada ou iminente.

Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado - como tal, questionável mediante mandado de segurança - e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado - por isso legitimado a figurar como paciente no habeas corpus voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores.

No mérito, penso que a discussão do problema da oponibilidade ao advogado do indiciado do sigilo do inquérito policial tem sido conturbada pela intromissão indevida do art. 5º, LV, da Constituição:

Art. 5º (...)

LV-aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988)

Concluo, pois, que, ao advogado do indiciado em inquérito policial, titular do direito de acesso aos autos respectivos - que, na verdade, é prerrogativa do seu mister profissional em favor das garantias do constituinte, não é oponível o sigilo que se imponha ao procedimento.

O sigilo decretado do inquérito pode justificar apenas que se reclame do advogado a prova de sua constituição pelo interessado, que o Estatuto da Advocacia dispensa na normalidade dos casos; não que se lhe negue a informação necessária à assistência técnica a prestar ao cliente, que é direito deste e prerrogativa profissional do seu advogado.

Com essas observações, foi deferido o habeas corpus para que aos advogados constituídos pelo paciente fosse facultada a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, antes da data designada para a sua inquirição: é o meu voto.

Habeas Corpus Nº 82354/PR Supremo Tribunal Federal. Relator: Min Sepúlveda Pertence. Julgado em 10/08/2004.

A liberdade corpórea do indivíduo só pode ser limitada por ato legal emanado de autoridade competente ou por meio do devido processo legal, na forma estabelecida pela Constituição Federal (art. 5º, incisos LIV e LXI).(BRASIL, 1988)

A proteção da liberdade corpórea, de ir e vir, contra o abuso de poder ou a ilegalidade precisa ser mantida em toda a sua plenitude. O ato de qualquer autoridade, na contra-mão do direito de ir e vir, restringindo a liberdade, ou excedendo sua competência, ou decidindo contrariamente ao direito, caracterizando a ilegalidade, justificam o uso do remédio.

Nas palavras de Pontes de Miranda (1999, p.373):

a) só se dá o habeas corpus quando se feriu ou se teme que se fira a liberdade física; b) onde não pode haver coação à liberdade física, não pode haver o habeas corpus. E, mais: deve ser negado o habeas corpus: a) Quando não há coação, ou violência, ao direito de mover-se, *ultra et citra*; b) Quando não se apure da petição que o paciente esteja sofrendo, ou em iminente perigo de sofrer violência, OU Coação; c) Quando o constrangimento alegado não for ilegal.

Desde que a restrição ou perigo de restrição ao direito subjetivo de ir, vir e ficar resulte de ilegalidade ou abuso de poder, o writ of habeas corpus é o instrumento constitucional apto a remover a coação ou sua ameaça. Logo, a Magna Carta, tendo em consideração sempre o desejo de liberdade individual, principalmente quando ilegalmente suprimida ou ameaçado de sê-lo por ilegalidade ou abuso de poder a ela deu proteção maior e o fez, com razão e lógica de direito. Cumpre à Carta Política tutelar diretamente os bens mais preciosos do indivíduo como a vida, a propriedade, a liberdade, dentre outros de igual equivalência, para que o respeito a eles inerente tenha maior expressão no campo legal.

Na busca da proteção à liberdade material ou física do indivíduo, o Texto Magno, ao referir-se ao writ preventivo e liberatório, a condiciona à violência ou coação vinculada à ilegalidade ou abuso de poder, cuja inteligência necessariamente tem que ser explicitada.

Nas palavras de Mossin (1998, p.36): O habeas corpus jamais perderá suas cores constitucionais, quer quando o impetrante ou paciente postula junto ao órgão jurisdicional a reparação de seu jus libertatis, quer quando requeira ele o desfazimento da situação ilegal que ameace ou coloque em perigo sua liberdade corpórea, independentemente da natureza da pretensão processual por ele invocada: declaratória, constitutiva ou cautelar.

Violência e coação são palavras equivalentes, sinônimas.

Violência é o emprego de força física para dominar o paciente, para privá-lo, pela força, de sua liberdade de locomoção, para conduzi-lo, vencendo sua resistência por meio da violência física.

A coação implica na violência moral, na vis compulsiva, que pode ser decorrente da ameaça, do medo ou da intimidação.

Em se tratando da tutela constitucional da liberdade corpórea, tem-se que atribuir à violência ou coação um sentido e inteligência bastante abrangentes, colocando-se em sua esfera de incidência qualquer tipo ou modalidade de conduta positiva ou negativa que seja capaz e suficiente de imprimir um freio antijurídico ao direito de ir ou ficar. Assim, embora no cerne a violência tenha sentido abrangente compreendendo a forma física (material) ou moral (psicológica), o legislador constitucional para dar melhor ênfase ao Texto Magno, usou expressamente os termos violência ou coação, procurando não permitir que se lhe dê inteligência restritiva. Logo, para o Diploma Magno, o amparo à liberdade física é devido, quer a ação ou ato decorra de violência física, quer provenha de violência moral, O que basta para o direito constitucional é que sem causa legal, independentemente da forma com que o ato de violência seja praticado, a liberdade física do indivíduo não seja obstaculada ou ameaçada de sê-lo.

No dizer de Miranda (1999, p.245):

Na ordem político-jurídica, a nossa educação, nós a devemos ao habeas corpus, porque, dos três caminhos humanos (democracia, liberdade, igualdade), um deles depende do habeas corpus: a liberdade. A liberdade física dir-se-á. Mas, onde há outras liberdades e igualdade e democracia, se a liberdade física não existe?

As regras que garantem as liberdades são de diferentes espécies: ou consistem em preceitos gerais, abrangentes da garantia à Constituição mesma, como a declaração judicial da inconstitucionalidade das leis; ou protegem todas as liberdades, ou as liberdades e alguns outros direitos constitucionais, como acontece a respeito de remédios processuais para certos atos dos poderes públicos; ou se referem a certa liberdade, como, para resguardar ou restituir a liberdade física, ocorre com o habeas corpus, preventivo ou recuperativo.

Ao lado da violência ou da coação relativamente à liberdade física do indivíduo, o legislador constitucional pressupõe a existência da ilegalidade ou abuso de poder.

A ilegalidade é a falta de observância dos preceitos legais exigidos para a validade do ato, ou de um ou alguns deles exigidos como necessários.

Segundo Mossin (1998, p.19):

A ilegalidade a que se refere o legislador constitucional deve ser estendida a todo o ato ou ação que se promova contrariamente ao que está instituído em lei, ou que seja excedente ao seu teor. Assim sendo, a ilegalidade pode traduzir a arbitrariedade, quando se revela um excesso de autoridade ou a prática de ato abusivo ou não

autorizado legalmente. Enfim, a ilegalidade é a demonstração do que está em oposição à lei. Portanto, desde que o ato coativo ou ameaçado de sê-lo, em sentido amplo, não encontra parâmetro ou suporte legal é ele ilegal, passível de ser corrigido pelo remédio heróico do habeas corpus, o qual se eleva, também à condição de mandamus de índole constitucional

Não se pode cometer o grave erro jurídico e terminológico de se falar que cabe habeas corpus a favor de direitos individuais, direitos e garantias constitucionais, direitos constitucionais ou fundamentais, quando é notório que só cabe quando houver cerceamento da liberdade de ir e vir..

Outro equívoco é considerar o habeas corpus como recurso. Habeas corpus não é recurso, mas ação, haja vista que quem recorre pede a reforma, a alteração, a desconstituição da sentença ou decisão e quem impetra o writ pela primeira vez, ainda não obteve qualquer decisão. Não há recurso na petição e na “ação” de habeas corpus; o que pode acontecer é que se recorra da decisão que a respeito do pedido se profere, liminarmente, ou não. Mas isso é o que ocorre em qualquer ação quando há sucumbência.

Portanto, se deve denegar a ordem de habeas corpus quando não há coação, ou violência, ao direito de mover-se.

Não cabe o pedido de habeas corpus, por exemplo, se a soltura do paciente pode pôr em risco a incolumidade pública, ou de alguém, como é o caso das pessoas com problemas mentais e pessoas violentas; quando não se prove no pedido que o paciente esteja sofrendo, ou na iminência de sofrer violência, ou coação; quando o constrangimento não for ilegal; exemplo: a prisão preventiva legalmente decretada. Nesse sentido:

**EMENTA: HABEAS CORPUS. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGARAM A ORDEM.**

Trata-se de habeas corpus impetrado onde se requer a concessão da ordem, sustentando não estarem presentes os requisitos da prisão preventiva. Alega, ainda, existência de excesso de prazo, uma vez que preso há mais de três meses, sem que tenha sido realizada a audiência de instrução.

A liminar foi indeferida

O parecer do Ministério Público é pela denegação da ordem

Após apreciação dos autos, verifico que, de maneira insólita, o magistrado negou o pedido de liberdade provisória pleiteado pela defesa destacando a periculosidade do agente, sua condição de foragido bem como seu constante envolvimento com a justiça criminal, uma vez que já condenado por tráfico de entorpecentes e roubo, sendo também processado por roubo, circunstâncias que demonstram a necessidade de manter-se a segregação do paciente.

Assim, não há o que se falar em ausência dos requisitos da prisão cautelar. (Habeas Corpus Nº 70021454970, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dês. Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 03/10/2007). (RIO GRANDE DO SUL, 2007a)

Se a coação é ilegal e se o constrangimento atinge o direito de ir, ficar e vir é indicada a concessão do habeas corpus. Concede-se a ordem se o réu está preso há mais tempo que o prazo legal (29), sem que esteja concluído o sumário de culpa: nesse caso, manda o tribunal que se tire cópia do ofício do juiz informante, a fim de ser apurada a responsabilidade das autoridades faltosas, assim:

**EMENTA: LIBERTADO POR EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. GRAVIDADE DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE NOVOS MOTIVOS PARA A PRISÃO. APELAÇÃO EM LIBERDADE.**

Inexistindo motivos concretos que justifiquem a prisão, a gravidade do delito e quantum da pena são insuficientes e não podem servir como fundamento único da segregação cautelar. ORDEM CONCEDIDA. A sentença condenatória é recorrível e a gravidade do delito, por si só, e o quantum da pena não bastam para a manutenção da prisão, embora tenha sido concedida a liberdade por excesso de prazo, imprescindível motivos substanciais para que seja negado o direito de manter-se em liberdade.

A decisão que determinou a prisão está fundamentada em motivos processuais e não fáticos, não foram analisados outros elementos que a justifiquem. O Juiz sequer se reportou ao decreto preventivo. Certamente é possível determinar a segregação para apelar, entretanto, não ocorreram razões concretas novas, nem mesmo referiu a motivação anterior ou a examinou.

Não há notícia de que o réu possa frustrar a aplicação da lei penal, até porque, em liberdade, foi intimado da sentença condenatória e novamente preso, por determinação da Juíza sentenciante. Aliás, diga-se de passagem, o paciente passou cerca de uma semana em liberdade. É primário e não apresenta maus antecedentes (referido na sentença).

Não se vislumbrando razões concretas supervenientes para que se justifique a segregação, concede-se a ordem. Habeas Corpus Nº 700212111529 Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 04/10/2007. (RIO GRANDE DO SUL, 2007b)

Se a instância inferior decreta a prisão preventiva mesmo depois de a instância superior haver revogado o primeiro decreto, há constrangimento ilegal, e em consequência cabe o pedido de habeas corpus.

No habeas corpus, temos de verificar se ocorre ofensa ou temor de ofensa à liberdade física, ao corpus. Se o que se ameaça é a entrada de alguém ao lugar em que ela trabalha, está sendo ferida a liberdade de ir, ficar e vir; mas o habeas corpus não é o remédio processual que se deve usar para se assegurar a alguém o exercício do emprego, no entanto, pode caber habeas corpus para que alguém saia do local em que trabalha.

A ordem final de habeas corpus pode não ser de soltura, e pelas palavras do Inc LXIII do art 5º da Constituição de 1988, não se conclui que o habeas corpus seja garantia exclusiva contra prisão. Todas as espécies de habeas corpus podem ser usadas, uma vez que façam cessar a coação ou violência, por ilegalidade, ou abuso de poder.

### 3.3 Espécies de habeas corpus

Na ordem jurídica existem duas espécies de habeas corpus: o preventivo e o liberatório. O preventivo é concedido quando há ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção do indivíduo, ao concedê-lo, o juiz ou o tribunal expede um salvo-conduto ao paciente (§ 4º do art. 660 do CPP), determinando que ele permaneça livre. O liberatório é concedido quando a liberdade de locomoção já está sendo tolhida por violência ou coação e, nesse caso, concedendo a ordem, o juiz ou o tribunal expedirá alvará de soltura em favor do paciente (art 660, § 1º do CPP). (BRASIL, 1973)

Segundo Demercian:

“Será liberatório ou *repressivo* quando a coação ilegal, ou abuso de poder, já se consumou. A impetração, nesse caso, visa corrigir uma ilegalidade já cristalizada.

Será preventivo quando há ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção, por abuso de poder ou ilegalidade. Nesse caso, a ameaça deve ser séria e efetiva. O mero temor ou suspeita vaga não autorizam a concessão do "salvo-conduto" (direito de se locomover sem constrangimento). Deve existir, para a concessão da ordem, o mínimo de viabilidade fática.” (2005, p 585)

O habeas corpus pode ser empregado para evitar que o constrangimento aconteça; impede a coação à liberdade de ir, ficar e vir, qualquer que seja a sua espécie, e não só a prisão. Pode acontecer a ameaça do constrangimento e dar causa a pedido e deferimento de habeas corpus em todos os casos elencados no art. 648 do Código de Processo Penal e ainda em outros ali não previstos.

Espínola Filho conceitua assim o habeas corpus preventivo:

"Uma comunicação escrita, onde se dá conhecimento geral, extensivo a qualquer autoridade policial ou judiciária, de ter sido, pelo juiz signatário, ou pelo Tribunal nele referido, concedida ao paciente, cujo nome e qualificação declinará, uma ordem de *habeas corpus* contra a ameaça de coação, por fato que mencionará, temida da parte de autoridade, também designada, a fim de não poder efetivar-se o constrangimento, sob pena de responsabilidade funcional e criminal do infrator (neste caso, ante uma simples reclamação, o juiz ou o presidente do Tribunal concederá imediato alvará de soltura)". ( 1980, vol 7, p 274)

Nessa direção:

**HABEAS CORPUS PREVENTIVO - PACIENTE QUE ALEGA ESTAR NA IMINÊNCIA DE SOFRER CUSTODIAMENTO FÍSICO POR ORDEM JUDICIAL - ATO DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA, DESPIDO DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER - ORDEM DENEGADA.**

1. O habeas corpus destina-se tão-só coibir e acautelar as decorrências nefastas de ilegalidade e abuso perpetrados por autoridade pública contra o *status libertatis* do cidadão (*ut* artigo 5º, LXVIII, da CF/88, e 647/648, do CPP). E ilegalidade alça

identificação na multifacetada colisão com a lei; enquanto que o abuso surge quando a discricionariedade, faixa dentro da qual deve ater-se o exercício da autoridade, tiver seus lindes violados, dando margem ao arbítrio.

2. "Não satisfatórios os elementos contidos nos autos para convencer da ilegalidade da coação, não concederam a ordem" (*In* RJTJRS - 155/60).

I - Relatório.

Trata-se de Habeas Corpus Preventivo. O paciente teme ser custodiado fisicamente, diante de circunstâncias especiais noticiadas no aludido processo cível, onde levantou elevada quantia em dinheiro, mediante prestação de caução considerada inidônea, afirmando não possuir condições financeiras de restituir o numerário recebido.

Tendo em vista dos autos, a egrégia Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer chancelado pelo Doutor Humberto Francisco Scharf Vieira, opinando pela denegação da ordem.

Não se vislumbra, na peça preludeal, o temor alegado pelo impetrante, de que o paciente esteja na iminência de sofrer a medida vexatória de prisão.

Discorrendo sobre o remédio constitucional utilizado pelo impetrante, a doutrina assim se manifesta:

De regra, a inicial, deve vir acompanhada de prova documental pré-constituída, que propicie o exame, pelo juiz ou tribunal, do fatos caracterizadores do constrangimento ou ameaça, bem como de sua ilegalidade, pois ao impetrante incumbe o ônus da prova" (*In* Habeas Corpus, Recursos no Processo Penal, de GRINOVER, GOMES FILHO ; FERNANDES: Ver dos Tribunais, 1996, pág. 374, citação feita no parecer de fls. 101/104).

A impetração do habeas corpus não poderia ocorrer apenas com lastro no temor subjetivo do paciente.

O habeas corpus destina-se tão-só coibir e acautelar as decorrências nefastas de ilegalidade e abuso perpetrados por autoridade pública contra o *status libertatis* do cidadão. E ilegalidade alça identificação na multifacetada colisão com a lei; enquanto o abuso surge quando a discricionariedade, faixa dentro da qual deve ater-se o exercício da autoridade, tiver seus lindes violados, dando margem ao arbítrio.

O eminente parecerista assinala, *verbis*:

Sobreleva destacar, por importante, não se vislumbrar, *in casu*, ilegalidade ou abuso de poder. Aliás, não merece censura a decisão que determinou a devolução da quantia levantada através do Alvará Judicial, porquanto necessário à garantia do juízo de execução. Na verdade, minudente análise da documentação colacionada deixa ver, com clareza, que o paciente não está sofrendo qualquer constrangimento ilegal tampouco se encontra na iminência de ser preso". Habeas corpus 98.001340-2/Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Desembargador Orli Rodrigues. Julgado em 31/03/1998. (SANTA CATARINA, 1998.)

Para o habeas corpus preventivo, basta que haja fundamento para se temer a ofensa. Não se exige prova completa: são suficientes fundadas razões para receá-la.

Mirabete preleciona:

"O receio de violência deve resultar de ato concreto, de prova efetiva da ameaça de prisão". 1991, p 678)

Iminência de perigo de sofrer violência ou de constrangimento, expressão empregada na Constituição de 1891, art. 72, § 22, e mantida nas seguintes, é o mesmo que ser ameaçado de sofrer violência ou coação (Constituição de 1934, art. 113, 23; Constituição de 1946, art. 141, § 23; Constituição de 1967, com a Emenda n 1, art. 153, § 20; Constituição de 1988, art. 59, LXVIII).

Caso ocorra denúncia ou queixa ou notícia de denúncia ou de queixa, com possível constrangimento, e o fato não seja crime, pode ser concedido o habeas, ocorrendo o mesmo se o juiz for incompetente ou se o processo for nulo. Assim:

**HABEAS CORPUS - TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL - ESTELIONATO - EMISSÃO DE CHEQUE PRÉ-DATADO SEM A SUFICIENTE PROVISÃO DE FUNDOS - DESNATURAÇÃO DA FINALIDADE DA CÁRTULA COMO ORDEM DE PAGAMENTO À VISTA - QUITAÇÃO DA DÍVIDA ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA DE FRAUDE - ATIPICIDADE DA CONDUTA - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 246 DO STF - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DO INQUÉRITO CARACTERIZADA - ORDEM CONCEDIDA**

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, conceder a ordem para trancar o inquérito policial.

O advogado impetra a presente ordem de habeas corpus com o objetivo de obstar o prosseguimento de inquérito policial com o intuito de apurar possível infração ao art. 171, inciso IV (sic), do Código Penal, sob o argumento sintetizado de que o cheque utilizado para o pagamento da primeira parcela do acordo firmado em ação trabalhista, devolvido por insuficiência de fundos, foi emitido com pré-data de desconto, o que, segundo entende, descaracteriza o delito de estelionato, evidenciando a ausência de justa causa para instauração da peça inquisitória.

Ressalta, ainda, que após frustrado o pagamento da referida cártula, o débito dela decorrente foi integralmente quitado, razão pela qual estaria extinta a punibilidade dos pacientes.

A concessão da ordem, com o conseqüente trancamento do inquérito policial, na forma tal qual postulada pelo impetrante, é, no caso, a solução que se ministra.

Com efeito, pois de uma análise perfunctória dos documentos trazidos com a impetração se deduz que o pagamento da dívida trabalhista, para o qual se destinava o cheque sem provisão de fundos emitido, foi efetuado integralmente pelos pacientes, antes que tenha sido oferecida a inicial acusatória, evidenciando, portanto, a ausência do elemento subjetivo exigido pelo tipo penal, qual seja a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio, sendo entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal que se "comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos" (Sum. 246), inexistindo, destarte, justa causa para o prosseguimento do inquérito policial instaurado. (BRASIL, 2001)

Na mesma alheta, já decidiu este Sodalício:

**AÇÃO PENAL - TRANCAMENTO - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - CRIME DE ESTELIONATO - EMISSÃO DE CHEQUE SEM FUNDOS - PAGAMENTO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - ORDEM CONCEDIDA" (Habeas corpus n. 01.016124-9, de São Joaquim. Rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 25/09/2001) (BRASIL, 2001)**

Além disso, no caso dos autos exsurge, inequivocamente, que a cártula foi emitido para posterior desconto, como simples título de crédito, pois nela consignado "bom p/ 23/04/2001" (fl. 20), e não de acordo com sua função natural, isto é, como ordem de

pagamento à vista, restando desnaturada sua finalidade, o que também descaracteriza a alegada fraude e torna o fato atípico, consoante remansoso posicionamento jurisprudencial:

**PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CHEQUE DADO EM GARANTIA DE DÍVIDA. PRÉ-DATADO. DEVOLVIDO SEM FUNDOS. PRECEDENTES.**

A emissão de cheques como garantia de dívida (pré-datados), e não como ordem de pagamento à vista, não constitui crime de estelionato, na modalidade prevista no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça" (STJ - RHC n. 13793/SP. Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 02/12/2003). (BRASIL, 2003)

Ainda:

**CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - FALTA DE JUSTA CAUSA - ESTELIONATO NÃO CONFIGURADO - CONDUTA ATÍPICA - ORDEM CONCEDIDA**

Ausente justa causa, por conduta atípica, visto se tratar de cheque emitido para posterior desconto, ou seja, pré-datado, que não caracteriza crime de estelionato, deve ser concedido o writ para trancamento da ação penal" (Habeas corpus n. 2004.007635-5, de Xanxerê. Rel. Des. Amaral e Silva, j. em 20/04/2004). (BRASIL, 2004)

Por tais razões, pois, evidenciada a atipicidade da conduta é que, ausente a justa causa para a instauração do inquérito policial, concede-se a ordem. Habeas corpus 2006.000214-3/Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Relator:** Des. Gaspar Rubik. Julgado em 31/01/2006.

**EMENTA:** Habeas corpus. Prisão preventiva decretada por Juiz incompetente Nulidade (art. 567, CPP). Por ser ato eminentemente decisório, pois exige fundamentação (art. 315 do CPP), é recorrível, no caso de indeferimento (art. 581, V, CPP) e atinge o status libertatis, manter a prisão seria, ademais, sobrepor-se ao princípio constitucional de que ninguém será preso sem "ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente" (CF, art. 5o., inciso LXI). Ordem concedida. Prisão preventiva decretada por Juiz incompetente - Nulidade (art. 567, CPP). (BRASIL, 1973)

Por ser ato eminentemente decisório, pois exige fundamentação (art. 315 do CPP), é recorrível, no caso de indeferimento (art. 581, V, CPP) e atinge o *status libertatis*, manter a prisão seria, ademais, sobrepor-se ao princípio constitucional de que ninguém será preso sem "ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente" (CF, art. 5o., inciso LXI). Corroborando:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Conforme historiou, com precisão, o representante ministerial, tratam os autos de *habeas corpus* impetrado em favor de preso preventivamente na comarca de Rio do Sul, com base nos três permissivos do artigo 312, do Código de Processo Penal. Alega o impetrante que a medida cautelar além de não estar fundamentada seria injusta por todos os títulos, porquanto o paciente é primário, não registra antecedentes desabonadores, tem profissão definida e ocupação certa, estando a residir, de há muito, na cidade de Joinville, onde, aliás, constitui família. Alega, ainda, "que sua permanência no cárcere, nesta altura, importa em flagrante abuso de poder, pois o paciente está preso há mais de 03 (três) meses, e até hoje, não se ofereceu denúncia contra ele, tendo, inclusive, a autoridade coatora - o que é pior - se dado por incompetente *ratione loci*, ordenando tão-só a remessa do caderno indiciário à comarca de Curitiba, Estado do Paraná, sem revogar a custódia então decretada".

Prestando informações, o MM. Juiz *a quo* esclareceu que, de fato, declinou da sua competência (CPP, 70) e que aguarda a solução do *writ* para encaminhar, se assim decidido, os autos do inquérito, bem como o preso, à Justiça paranaense (fls. 52).

Oficiando, a douta Procuradoria emitiu parecer opinando pela concessão da ordem.

De fato. Nesta altura dos acontecimentos, manter o paciente na cadeia pública de Rio do Sul se erige em ato de manifesta arbitrariedade. É que, por força da declinatória de competência, o ato anterior do MM. Juiz, consubstanciado no decreto prisional, não pode, de modo algum, subsistir, porquanto se trata de ato decisório proferido - como ele mesmo entende - por Juiz incompetente, que, por isso mesmo, carece de eficácia legal (CPP, 564, I, e 567).

A propósito já decidiu o Excelso Pretório:

Do reconhecimento de incompetência decorre a nulidade dos atos decisórios (CPP, art. 567). Já considerou esta Corte, nas palavras do Ministro Rodrigues Aleckmin: 'Entendo que, da conjugação do disposto no artigo 567 e no artigo 108 do Código de Processo Penal, em sendo incompetente o juízo, os atos decisórios são nulos. Não o são, entretanto, os demais atos do processo, inclusive atos postulatórios e probatórios. Não o é a denúncia, nem o despacho que a recebe' (RTJ 69/765).

Não se anulando a denúncia, que poderá ser ratificada, aditada ou renovada, nem o despacho que a recebeu, da nulidade não escapa, porém, o despacho que decretou a prisão preventiva, por ser ato eminentemente decisório, pois exige fundamentação (CPP, art. 315), é recorrível, no caso de indeferimento (CPP, art. 561, V), e atinge o *status libertatis*. Manter, no caso, a prisão preventiva, decretada por autoridade incompetente, não se compadeceria, aliás, com o disposto no § 12, do artigo 153, da Constituição federal, onde se estabelece que 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente'.

Além disso, o paciente se encontra preso há mais de 90 (noventa) dias sem oferecimento de denúncia, convindo também frisar que o decreto prisional, a rigor, não fundamentou a necessidade da custódia.

Assim sendo, concedeu-se a ordem para que o paciente seja posto imediatamente em liberdade, se por al não estiver preso. Habeas corpus nr 9.864/Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relatora: Des. Thereza Tang. Julgado em 31/05/1991. (SANTA CATARINA, 1991)

### 3.4 Provas no habeas corpus

Qualquer diligência que possa servir à elucidação do pedido pode ser ordenada a requerimento do paciente, do impetrante, do coator, ou de ofício.

Se o paciente for apresentado, será interrogado pelo juiz, sem se atribuir a tal oitiva o caráter de interrogatório a réu. Interroga-se com a finalidade de tomada por escrito de declarações, como se tomaria depoimento de autor de qualquer ação.

No caso de impetração de habeas corpus para outrem, o juiz pode ouvir o impetrante ou o paciente.

Se existe processo criminal ou administrativo contra o paciente, o juiz ou tribunal competente pode requisitar os autos para acautelá-lo na decisão. Contudo, o habeas corpus não permite análise e valoração aprofundada da prova. Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTE - ALEGAÇÃO DE DÚVIDA QUANTO À DESTINAÇÃO DA DROGA E À CAPITULAÇÃO DO DELITO - EXAME DA PROVA INADMISSÍVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT.**

**ALEGAÇÃO DE COAÇÃO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO - PACIENTE PRESO HÁ CINCO MESES - PROCESSO NA FASE DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO - DEMORA NA CONCLUSÃO DO PROCESSO QUE ULTRAPASSOU OS LIMITES DA RAZOABILIDADE - EXCESSO NÃO JUSTIFICADO - CARACTERIZAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM CONCEDIDA.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* n. 04.021815-0, da comarca de Rio do Sul (Vara Criminal e da Infância e Juventude), em que é impetrante Harley Swarowsky, sendo paciente Valdir Batista Filho:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem ao paciente por excesso de prazo na formação da culpa, expedindo-se o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

Sem custas.

I - RELATÓRIO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Harley Swarowsky em favor de Valdir Batista Filho, alegando constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, por se encontrar preso há 133 (cento e trinta e três) dias.

Aduz ser o paciente primário, de bons antecedentes, com residência fixa e ocupação lícita. Argumenta, ainda, que se trata de delito de "consumo de entorpecentes", cuja pena é de seis meses a dois anos, pelo que o paciente seria merecedor do benefício do sursis, caracterizando constrangimento ilegal a sua não concessão.

A apreciação do pedido liminar foi postergada para depois das informações solicitadas à autoridade coatora (fls. 192/209).

\_\_\_\_\_ Negada a liminar (fls. 211/212), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Odil José Cota, opinou pela denegação da ordem.

II - VOTO: O presente *habeas corpus* foi impetrado sob três fundamentos distintos: de que o delito em apreço é de consumo de entorpecentes e como tal seu agente deveria ser beneficiado com o sursis; que está evidenciado o excesso de prazo na formação da culpa e de que o paciente possui bons predicados, motivo pelo qual a sua segregação seria desnecessária.

No que tange à primeira alegação, cumpre registrar da impossibilidade de a questão ser discutida em sede de habeas corpus. Se o entorpecente servia à comercialização ou era destinado ao uso é matéria que deverá ser analisada à vista das provas que vierem a ser colhidas na instrução, perante o Juízo *a quo*.

Este tem sido o entendimento acatado por esta Corte:

A via estreita do *habeas corpus* não permite análise e valoração aprofundada da prova, com vistas ao trancamento da ação penal ou à desclassificação do delito, se há indícios suficientes para a persecução criminal, com relação ao crime imputado (*Habeas Corpus* n. 01.000561-7, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos) (BRASIL, 2001).

Por sua vez, no que diz respeito ao alegado excesso de prazo, verifica-se que o paciente foi preso em flagrante no dia 25/03/2004, sendo interrogado em 1º/07/2004, estando

o feito, quando da impetração da presente ordem, na fase de encerramento da instrução, faltando a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação.

O prazo de 81 (oitenta e um) dias já se encontra superado, estando o paciente preso há mais de 5 (cinco) meses. Mesmo que tal prazo não possa ser utilizado como resultado preciso de uma operação aritmética, em atenção ao princípio da razoabilidade o excesso de prazo na instrução deve ser justificado.

A mora estará justificada quando se configurar caso de força maior provocada por processo complexo (v.g. vários réus, necessidade de citação por edital, e de expedição de carta precatória, instauração de incidente de insanidade mental), o que não ocorreu no presente caso.

A autoridade coatora informou que o retardamento da conclusão da instrução decorreu do fato do defensor do paciente ter impetrado sucessivos pedidos de "relaxamento de prisão" (fls. 102, 128, 136/144 e 150/166) atravancando o deslinde da instrução, aliado à circunstância de ter havido uma modificação de competência (fl. 110) com a remessa dos autos da comarca de Rio do Oeste (SC) para a de Rio do Sul (SC).

No entanto, tais fatos não são suficientes para justificar o atraso do encerramento da instrução, visto que corriqueiros no processo penal, não necessitando de maior delonga para sua solução, conforme já se decidiu em situação semelhante, *mutatis mutandis*:

**PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO. COMPETÊNCIA. DÚVIDA. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.** - Se o indiciado permanece preso por prazo superior ao permitido, por existir dúvida a respeito da competência do Juízo, está configurado o constrangimento ilegal" (TRF 4ª Região, HC 3300-RS, rel. Juiz Vladimir Freitas, DJU 12/06/02). (BRASIL, 2002).

E ainda:

**HABEAS CORPUS - EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA - PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE HÁ MAIS DE SEIS MESES, AGUARDANDO, AINDA, A OITIVA DE TESTEMUNHAS – RETARDO NO ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PATENTEADO - SEGREGAÇÃO QUE ULTRAPASSA OS LIMITES DA LEI E DA RAZOABILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE - ORDEM CONCEDIDA.**

Nunca é demais enfatizar que vigora no nosso sistema legal, por força de compromisso internacional a que o Brasil está obrigado a cumprir, o mandamento segundo o qual todo acusado tem o direito de obter, num prazo razoável, pronunciamento judicial que defina sua situação perante a lei" (STJ - RSTJ 97/321)" (*Habeas corpus* n. 01.016126-5, de Piçarras, rel. Des. Jorge Mussi).

Desta forma, resta demonstrado o excesso de prazo configurador do constrangimento ilegal.

III - DECISÃO: Pelo exposto, concede-se a ordem ao paciente por excesso de prazo na formação da culpa, expedindo-se o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso. Habeas corpus n. 04.021815-0 /Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Des. Torres Marques. Julgado em 10/09/2004. (BRASIL, 2004)

Se o paciente estiver solto, o juiz pode determinar a sua presença para ser interrogado e prestar declarações, se o juiz entender que é necessário.

Como direito público subjetivo, o habeas corpus, que é, por sua natureza, remédio processual e garantia fundamental, não pode ser deformado pelo Código de Processo Penal ou outra lei. Essas leis também não podem excluir regras que sejam enunciados de direitos e garantias essenciais ao habeas corpus.

O § 2º do art 5º da Constituição Federal preceitua: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Daí entende-se que o art. 648 do Código de Processo Penal, que enumera os casos em que a coação é ilegal, não encerra a lista imaginária e infinita resultante do comando constitucional.

### **3.5 Constrangimento ilegal**

Há diversas situações em que autoridades ou particulares praticam atos que cerceiam a liberdade, mas que nem por isso são ilegais, não ensejando, portanto, o habeas corpus. Vamos analisar diversas situações em que se permite e em que não se permite a impetração do writ.

1. De acordo com a Constituição de 1988, art. 5º, LXI à exceção do flagrante delito, ou dos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, a prisão só se pode executar mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, portanto, prisão de denunciado por crime afiançável, antes da pronúncia é constrangimento ilegal.

2. A extradição de brasileiro.

3. A extradição, deportação ou expulsão de estrangeiro, fora dos casos em que a lei a autorize.

4. Quando o fato que se imputa ao paciente não é crime tipificado em lei. Neste caso, só se concede habeas corpus caso fique patente o fato e não se concede quando houver

necessidade de exame de provas, caso em que o argumento para a concessão seria outro.

5. A ordem de prisão dada por juiz incompetente para o caso, evidentemente é caso de habeas corpus;

6. Manter alguém na prisão por mais tempo do que determina a lei;

7. Exigência de fiança em casos em que a lei a dispensa; a Constituição de 1988, art. 5º, LXVI, preceitua que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

8. A prisão civil sem justa causa;

9. Quando o juiz ordena o arquivamento do inquérito, não se pode iniciar a ação penal sem novas investigações, ou outras provas, razão por que, se não há tal pressuposto, cabe habeas corpus.

10. Se, no julgamento do júri se alegou legítima defesa e ela não foi incluída nos quesitos, há nulidade de julgamento e cabe habeas corpus para que o acusado seja submetido a outro júri.

### **3.6 Ilegalidade**

O Art 648 do Código de Processo Penal prevê: “A coação considerar-se-á ilegal: I — quando não houver justa causa; II — quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III — quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV — quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V — quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI — quando o processo for manifestamente nulo; VII — quando extinta a punibilidade.”

O que é ilegal? Ilegal é tudo que é contra a lei.

A simples investigação policial ou pela polícia judiciária não caracteriza constrangimento ilegal, porém, a investigação que cerceia a atividade da pessoa pode ofender a liberdade física. Idem se causa lesão.

O conceito de ilegalidade presente no texto constitucional abrange o de inconstitucionalidade e o de ilegalidade, no sentido contrário à lei ordinária. Não importa saber-se de quem parte o ato ilegal: do legislador; do Poder Executivo; dos juizes. As próprias emendas à Constituição, se forem inconstitucionais, podem ensejar habeas corpus julgado

procedente.

### 3.6.1 Evolução do conceito de ilegalidade

O Código do Processo Criminal de 1832, o Código de Processo Penal de 1941 e as leis processuais promulgadas entre eles erraram ao definir coação ilegal. Tentava-se enumerar os casos de coação ilegal e só seria ilegal a coação que estivesse enumerada em lei.

Segundo Mossin (1998, p.19): “ Embora o abuso de poder esteja compreendido dentro do contexto da ilegalidade, o legislador constitucional de forma sensata a destacou daquela, para dar-lhe melhor projeção e relevo, além de não lhe dar inteligêcia confusa quando da exegese do texto pertinente”.

A prisão que for comunicada ao juiz, por ser em flagrante delito, pode tornar-se ilegal se o juiz não observar a lei. O art. 5º, LXII da Constituição de 1988, estabelece que as prisões que não tenham sido ordenadas por juiz competente terão de ser imediatamente comunicadas ao juiz competente.

A Constituição refere-se a prisão. Existindo condenação, se a autoridade policial efetuar a prisão, deve comunicar que procedeu a ela, porque pode ser que tenha ocorrido prescrição, ou outra causa que não mais autorize a prisão do condenado. Toda prisão que não for comunicada é ilegal.

O que é essa comunicação? A Constituição não estabeleceu que o preso fosse imediatamente apresentado, ou que todo processo iria logo para o juiz; estabeleceu que seria comunicada a prisão. Também se previu que o juiz competente deverá relaxar a prisão, se for ilegal.

Nos casos de prisão em flagrante delito, a apresentação à autoridade judiciária competente é necessária. Se a pessoa apenas detém, a comunicação basta. A apresentação é à autoridade judiciária competente, se houve prisão em flagrante, mas de qualquer modo é indispensável a comunicação ao juiz competente.

A autoridade prende, ou detém, mas imediatamente comunica a prisão. Assim, terminada a lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade deve comunicar imediatamente a prisão ao juiz competente, remetendo-lhe o ofício. É necessário que o ofício informativo siga imediatamente. Se o foro estiver fechado ou se o juiz não for encontrado,

ainda assim tem de haver a comunicação imediata.

A Constituição estatui que a prisão de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

Se a comunicação demora, a prisão torna-se processualmente ilegal. Caso seja materialmente legal, caberá outra prisão processualmente legal.

Se houver prisão em flagrante, a comunicação deve ser acompanhada do auto de prisão em flagrante para que o juiz possa entender que a prisão está suficientemente instruída ou não.

Se a deficiência da comunicação for verificada pelo juiz ou alegada, o juiz deve reputar a prisão como ilegal, ou entender que precisa de informações e, nesse caso, deve determinar investigações para verificar a legalidade da prisão. A comunicação devolve a decisão do ato de prisão ao juiz competente. Não se dá só a notícia, mas os meios para se verificar se a prisão foi legal, ou não. Só o juiz, e nunca a autoridade coatora, pode dizer se a comunicação foi suficiente e julgar, em face dos dados que tem, se a prisão deve ser relaxada ou determinar que lhe seja remetido o auto de prisão em flagrante, e pode entender que os elementos não demonstram se o ato da autoridade é legal ou ilegal, para manter ou relaxar a prisão. Dessa maneira se o juiz a quem foi comunicada a prisão, não a relaxar, nem decretar o que lhe cabe decretar, se legal a prisão, assume toda a responsabilidade pela prisão.

### 3.6.2 Habeas corpus contra ato de particular

Existem discussões sobre se o habeas corpus cabe somente contra ato ilegal emanado de autoridade pública ou também contra violência oriunda de particular. Poder-se-ia impetrar habeas corpus contra do delegado de polícia, do juiz de direito, ou também contra ato de diretor de hospital que não deixa o paciente se ausentar do hospital enquanto a conta não for paga ou do diretor do colégio que prende o aluno por castigo pelas notas baixas, atingindo a liberdade de locomoção. Os que defendem a primeira opinião dizem que o ato de particular constitui crime, caso de investigação policial, sendo desnecessária a concessão da ordem de habeas corpus<sup>(34)</sup>. Na outra vertente, argumenta-se que a lei não exige que o constrangimento seja exercido por autoridade pública, bastando que ocorra prisão ou constrangimento ilegal, não importando se a coação parte de autoridade ou de particular.

Entendo que não cabe habeas corpus contra ato de particular, haja vista a origem do instituto e a índole do writ em nosso direito, de se opor a ato de autoridade, já que, contra ato de particular a autoridade substitui o ofendido para defendê-lo, o que não ocorre quando o ato for emanado de autoridade, ocasião em que o judiciário deve defender o cidadão contra esse arbítrio.

Segundo Tornaghi (1987, vol 2, p 382):

O habeas corpus só é cabível quando o coator exerce função (latu senso) pública. A coação exercida por um particular configurará o crime de cárcere privado (CP, art. 148), ou de constrangimento ilegal (CP art. 146), ou o de ameaça (CP art 147), e as providências contra o coator devem ser pedidas à polícia.

Nesse sentido Greco Filho (1990, p.37):

O writ nasceu para reparar a violação da liberdade de ir e vir praticada por autoridade, por agente público, e, normalmente, é ela que figura como coatora. Todavia, a jurisprudência e a doutrina têm admitido a impetração contra ato do particular que esteja causando restrição da liberdade de outrem. Ainda que tecnicamente tal solução seja discutível, porque contra ato de particular é admissível a ação policial ou administrativa, na prática convém admitir o habeas corpus contra o particular.

### 3.6.3 Elementos objetivos do habeas corpus

Se faltar justa causa, a prisão é ilegal. Justa causa é a situação causa que seria juridicamente aceita para ocorrer a coação. Se não houver acusação por fato que constitua crime, ou contravenção, ou, havendo, se a pena não for coercitiva da liberdade física, faltarà justa causa para a coação.

De acordo com Hélio Tornaghi:

"Não se trata de saber se a coação é justa ou injusta, o que só na sentença se decidirá, mas de ver se ela é ou não legal. A prisão de um homicida é justa, mas será ilegal se não se der em flagrante delito ou por ordem escrita do juiz competente. *Justa causa* é a causa suficientemente baseada em lei." (1987, vol. 2, p. 405)

Se faltarem elementos constitutivos do crime ou da contravenção, embora tenha ocorrido o fato abstratamente punível, não se encontra o que é indispensável à punibilidade concreta.

A justa causa é a causa que se aponta se a ela corresponde regra jurídica que dê a

sanção contra a liberdade de ir, ficar e vir. Se não houver prova de elementos fáticos, a questão escapará ao conceito de legalidade de coação ou de ameaça que baste para se deferir pedido de habeas corpus.

No dizer de Demercian:

“Quando a coação não tem base legal, falta justa causa. A CF assegura ao indivíduo o relaxamento da prisão pela autoridade judiciária, sempre que esta for ilegal (art. 5º, inciso LXV). Entretanto, para o trancamento da ação penal ou do inquérito policial, por falta de justa causa, ela deve resultar nítida, patente, incontroversa nos autos, não autorizando análise mais profunda e acurada da prova. Em outras palavras, quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade”. ( 2005, p 599)

Se não houver flagrante, mas for decretada pelo juiz a prisão preventiva, por haver todos os pressupostos necessários, a prisão é legal.

Se não houver auto de flagrante, ou decreto de prisão preventiva, não haverá justa causa para a prisão.

O fato de o réu ficar preso por mais tempo do que a lei determina, é, inegavelmente, violência ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder. Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS - FLAGRANTE PREPARADO - SÚMULA 145 DO STF - CONCESSÃO DA ORDEM - RECURSO EX OFFICIO - DECISÃO MANTIDA.**

Se a ação delituosa do acusado foi provocada por agente policial disfarçado, tornando impossível a consumação do crime, é nulo o flagrante, por preparado, consoante o disposto na Súmula 145 do STF.

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Trata-se de recurso *ex officio* interposto pelo Dr. Juiz de Direito da comarca de Barra Velha, ante decisão concessiva de habeas corpus impetrado pelo advogado Onofre Araújo Silva Júnior, em favor de Nivaldo da Silva, objetivando a soltura do paciente, em face da ilegalidade da prisão em flagrante pela ocorrência do chamado flagrante preparado, invocando, para tanto, a Súmula 145 do STF.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou no sentido de ser negado provimento ao recurso.

Com efeito, ao conceder a ordem em favor do paciente, assim se expressou o magistrado:

Da detida análise dos autos, efetivamente, percebe-se situação fática que autoriza a concessão da ordem.

É que os policiais civis, por ocasião da flagrância, atestaram que realizavam investigações naquela região onde encontrado o paciente, o qual, por eles abordado e indagado sobre a existência de tóxico para aquisição, disse aos agentes que iria buscar maconha, retornando, minutos após, àquele local, com certa quantidade da conhecida erva, oferecendo-a aos mesmos policiais que, então, lhe deram voz de prisão.

É de conhecimento comum que o uso e comércio da droga chamada 'maconha' reveste-se de ilegalidade, não sendo plausível que o paciente fosse oferecê-la livremente a pessoas que lhe eram completamente estranhas, sem que para tal fosse provocado.

Sabidamente, a abordagem realizada por traficantes, para oferecimento de drogas a terceiros, de ordinário, passa por diversos estágios, simpatia da vítima e evitar justamente a denúncia, culminando, então, com o oferecimento do entorpecente.

Não pairam dúvidas, na espécie, logo se vê, de que o flagrante foi provocado, já que não fosse a instigação dos policiais, incoerria o delito de tráfico, de sorte que, em razão deste elemento subjetivo, caracterizado plenamente o crime impossível" (fls. 14/15).

Assim, conforme salientou o magistrado, os próprios policiais confirmaram, no momento do flagrante, a abordagem feita ao recorrido com a intenção de adquirir tóxico, ocasião em que este disse que tinha droga para uso pessoal, indo buscá-la, e, ao retornar trazendo certa quantidade de maconha, foi preso, caracterizando a hipótese prevista na Súmula 145 do STF.

Para que haja flagrante, há necessidade de que a infração penal seja possível, isto é, tenha havido início de execução e ela possa, em tese, consumir-se. É o que preceitua a Súmula 145, do Supremo Tribunal Federal: 'Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação'. Esta situação é a que se denomina 'flagrante preparado', que, na verdade, não é flagrante, porque não há crime, já que impossível a consumação. [...]

Neste sentido é o entendimento jurisprudencial:

Crime impossível - Flagrante preparado - Ação delituosa provocada por agente policial disfarçado - Condenação inadmissível - Absolvição decretada - Aplicação do art. 386, III, do CPP e da súmula 145 do STF. Se a ação delituosa do acusado foi provocada por agente policial disfarçado é inadmissível a condenação, por se tratar de crime impossível, decorrente de flagrante preparado" (Rel. Des. Carlos Bueno - RT 678/315).

Prisão em flagrante - Comércio clandestino de entorpecentes - Terceiro incumbido pela Polícia para adquirir substância proibida - Flagrante preparado reconhecido - Aplicação da Súmula 145 do STF - 'Tratando-se de comércio clandestino de entorpecentes, nulo é o flagrante, por preparado, quando a autoridade policial incumbe terceiro de proposital aquisição da substância proibida, induzindo, desse modo, o agente à prática delituosa' (JUTACRIM 51/420).

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Jorge Mussi e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Demétrio Constantino Serratine. Recurso criminal n. 99.012356-1/Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Des. Nilton Macedo Machado. Julgado em 31/08/1999. (SANTA CATARINA, 1999)

## **4. HABEAS CORPUS E TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES**

### **4.1 Conceitos**

Em 13 de junho de 1910, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não era caso de habeas corpus o constrangimento resultante de prisão de militar, por autoridade militar, em caso de jurisdição restrita.

Segundo o Art 142 da Constituição Federal: "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.”

A Lei 6880, de 9 de dezembro de 1980, Estatuto dos Militares, preceitua, em seu Art 14: A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados. (BRASIL, 1980.)

O regime disciplinar nas Forças Armadas tem de ser mais rígido, com exigências maiores de observância das leis, dos regulamentos e das ordens. Com esse desiderato, o processo para a aplicação de penas disciplinares precisa ser ágil e simples em suas cominações, com maior autonomia e com a preexclusão, evidentemente respeitando os princípios constitucionais e legais, do controle judicial.

A Constituição do Império, no art. 147 estatuiu que era “essencialmente obediente” a força militar. Na Constituição de 1891, art. 14, já dizia que “as forças de terra e mar são instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da pátria no exterior e à manutenção das leis no interior”; e acrescentava: “A força armada é essencialmente obediente, dentro dos limites da lei, aos seus superiores hierárquicos”. A Constituição de 1934, art. 162 e a de 1946, art. 176, mantiveram a previsão, retirada na Constituição de 1937, que estabeleceu em seu art. 161: “As forças armadas são instituições nacionais permanentes, organizadas sobre a base da disciplina hierárquica e da fiel obediência à autoridade do Presidente da República”.

O comando constitucional afastando o habeas corpus no caso de aplicação de punição por transgressões disciplinares surgiu na Constituição de 1934, art. 113, 23), e passou à Constituição de 1937, art. 122, 16 (“salvo nos casos de transgressão disciplinar”), à Constituição de 1946, art. 141, § 23 (“nas transgressões disciplinares não cabe o habeas

corpus”), à Constituição de 1967, art. 150, § 20, à Constituição de 1967, com a Emenda n 1, art. 153, § 20 e à Constituição de 1988, art. 142, § 2º (“não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”). Nesse sentido:

**RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 12.867 - RS (2002/0056007-8)**

**RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ**

**EMENTA**

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . DIREITO MILITAR. SANÇÃO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR AO PACIENTE OS EFEITOS DO NOVO REGULAMENTO MILITAR ESTADUAL EM RAZÃO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE.**

1. Compete à Justiça Castrense processar e julgar o *writ* originário, pois a conduta imputada ao recorrente, a qual foi objeto de sindicância administrativa, encontra-se plenamente enquadrada como transgressão disciplinar pelo Regimento Militar da Brigada sul-rio-grandense, o que infirma a competência da Justiça Comum.

2. Inexiste a alegada violação ao princípio da hierarquia, porquanto, muito embora o comandante que lhe aplicou a sanção fosse de posto igual ao do recorrente, os servidores militares na ativa precedem os inativos, a teor do disposto no art. 15, § 3.º, do Estatuto da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

3. O Decreto Estadual n.º 41.067, de 24/09/2001, padece de inconstitucionalidade, porque o Regulamento Disciplinar da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul, aplicado ao recorrente, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi recepcionado como lei ordinária, razão pela qual não poderia ser revogado por decreto. Assim, não assiste razão ao recorrente quanto à súplica de, no caso, aplicar-se a lei mais benigna.

4. Recurso desprovido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 02 de agosto de 2005 (Data do Julgamento). Relatora MINISTRA LAURITA VAZ (BRASIL, 2001)

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul que, ao denegar o *writ* originário, manteve a sanção disciplinar de detenção aplicada ao paciente, em razão de críticas proferidas, ao comando da corporação, enquanto proferia palestra aos alunos-oficiais do curso de aperfeiçoamento da Escola Superior de Oficiais.

Infere-se dos autos que o recorrente, almejando afastar a aplicação da sanção disciplinar imposta pelo Comandante-Geral da Brigada Militar, após a conclusão de sindicância administrativa, impetrou pedido de *habeas corpus*, junto ao Juízo de Direito da 7.ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre.

Alegou, naquela oportunidade, que “naquela ocasião, ao proferir a palestra, agiu sob as matizes e prerrogativas do exercício profissional de jornalista, sem a incidência das insígnias do oficialato da Brigada Militar, e por conseguinte a punição que lhe foi imposta é ilegal, haja vista o que dispõe o art. 6.º, do RDBM (Decreto Estadual n.º 29.996, de 31/12/1980)” (fl. 249). (BRASIL, 1980)

Aduziu, ainda, que houve quebra do princípio da hierarquia, porquanto a punição foi ordenada por comandante de igual posto ao paciente.

O juízo comum, após a manifestação ministerial, declinou da competência ao juízo castrense (fls. 181/184).

Distribuídos os autos ao Tribunal *a quo*, *o writ*, ao final, restou, em 26 de setembro de 2001, denegado nos seguintes termos:

**PUNIÇÃO DISCIPLINAR IMPOSTA A OFICIAL DA RESERVA - CABIMENTO DA AÇÃO DE HABEAS CORPUS - DENEGAÇÃO DA ORDEM.**

Segundo a jurisprudência e doutrina dominantes, revela-se cabível a ação de habeas corpus objetivando a suspensão de punição de detenção imposta pelo Comando da Corporação, cumprindo, entretanto, ao Judiciário Castrense, examinar a espécie tão-somente quanto à inconstitucionalidade ou à ilegalidade do ato disciplinar.

Configurada a ocorrência da transgressão disciplinar e descartada a hipótese de incidência da norma inserta no art. 6.º do RDBM ao caso, ressurbra dos autos a inexistência de constrangimento ilegal.

À unanimidade, denegaram a ordem de habeas corpus, cassando a liminar concedida." (fls. 247/254)

Contra esse decisum, foram opostos embargos de declaração pelo paciente, sustentando que, com a vigência do novo regulamento castrense, o Decreto Estadual n.º 41.067, de 24/09/2001, os militares inativos somente estariam sujeitos à medida administrativa cautelar (fls. 258/261).

Os embargos declaratórios foram, em 27 de fevereiro de 2002, rejeitados nos seguintes termos:

**REGULAMENTO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES MILITARES DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (DECRETO ESTADUAL N.º 41.067). IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO PERÍODO DE 'VACATIO LEGIS'. FINALIDADE DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO REGULAMENTO.**

1. Tendo o novo regulamento disciplinar sido publicado no Diário Oficial do Estado na véspera do julgamento realizado pela Corte, fixando o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para a entrada em vigor, não havia que se cogitar da sua aplicação, eis que em vigência a lei precedente. Além disso, na espécie, não se poderia conferir ao novo regulamento, aprovado por decreto, disciplinando matéria de caráter administrativo disciplinar, o caráter de lei formal e erigir à categoria ou comparar à lei de caráter penal, e daí outorgar-lhe efeitos ou princípios que se aplicam à lei penal mais benigna, à qual, sabidamente, em razão dos princípios inseridos no art. 5.º, XL, e § 1.º, da Constituição Federal, tem aplicação imediata, não se sujeitando ao período de 'vacatio legis'.

2. Destinam-se os embargos declaratórios, a corrigir ou a explicitar o fundamento do julgado, não podendo ampliá-lo, reduzi-lo ou modificá-lo.

3. Ademais, é imperioso reconhecer que após a Constituição Federal de 1988, o Regulamento Disciplinar da Brigada Militar, aprovado pelo Decreto Estadual n.º 29.996, de 31.12.1980, passou a ter força e natureza de lei ordinária, não sendo admissível que uma lei ordinária venha a ser revogada por decreto, como é o caso do Decreto Estadual n.º 41.067/2001. Daí a inconstitucionalidade.

Embargos conhecidos e rejeitados, à unanimidade." (fls. 272/281)

Inconformada, a defesa interpôs o presente recurso ordinário, alegando, em suma, que:

a) A Justiça Comum é o órgão judiciário competente para conhecer, processar e julgar ordem de 'habeas corpus' em decorrência do cometimento de atos transgressivos disciplinares aonde o apenamento cerceia a liberdade de locomoção (fl. 288);

b) Ao tempo da afastável falta disciplinar, o regramento que vigorava era o Regimento Disciplinar da Brigada Militar (Decreto Estadual n.º 29.996, de 31/12/80), o qual aos inativos, ilidia por seu artigo 6.º, qualquer punição, quanto as manifestações públicas, salvo assuntos de natureza policial militar de caráter sigiloso ou funcional" (fl. 289); e,

c) No caso sub judice, a prisão administrativa exemplarmente banida pelo atual RDSMERGS, foi substituída por outras punições sem segregação e eleva-se na condição, caso perdurando, como verdadeira prisão comum, devendo ser tratada com os mesmos restritivos, logo, socorrendo-se dos beneplácitos da 'lei punitiva mais benigna', plena e escorreitamente balizada pelo direito pátrio" (fl. 289).

Requer, assim, o provimento do recurso para que seja afastado o cumprimento da sanção disciplinar.

Contra-razões apresentadas às fls. 294/299.

A Douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 304/308)

**RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 12.867 - RS (2002/0056007-8)VOTO MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA).**

Inicialmente, impende dizer que o objeto do presente inconformismo persiste pois, com o ingresso na justiça do questionamento da legalidade da sanção disciplinar, foi suspenso o cumprimento da punição de detenção de 24 (vinte e quatro) horas imposta ao recorrente.

Passo, a seguir, ao exame dos argumentos defensivos.

Ao contrário do que se alegada, observa-se, na hipótese, a competência da Justiça Castrense pois a conduta imputada ao recorrente, a qual foi objeto de sindicância administrativa, encontra-se plenamente enquadrada como transgressão disciplinar pelo Regimento Militar da Brigada sul-rio-grandense, o que infirma a competência da Justiça Comum, *in verbis* :

**II - TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES.**

(...)

3. Concorrer para a discórdia ou desarmonia ou cultivar a inimizade entre camaradas.)

Não há, outrossim, que se falar em quebra do princípio da hierarquia, porque, como bem asseverou o acórdão ora recorrido, muito embora o comandante fosse de posto igual ao do recorrente, os servidores militares na ativa **precedem** os inativos, a teor do disposto no art. 15, § 3.º, do Estatuto da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

Por fim, verifica-se que o Tribunal *a quo*, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do Decreto Estadual n.º 41.067, de 24/09/2001, escorreitamente, ao argumento de que o Regulamento Disciplinar da Brigada Militar, aplicado ao recorrente, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi recepcionado como lei ordinária, razão pela qual não poderia ser revogado por decreto.

Assim, não assiste razão ao recorrente quanto à súplica de, no caso, aplicar-se a lei mais benigna.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso ordinário.

É como voto.

**RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 12.867 - RS (2002/0056007-8)/Superior Tribunal de Justiça. Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ. Julgado em 02/08/2005.**

**HABEAS CORPUS Nº 33540-AM - SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**

**EMENTA:** Militar. Punição disciplinar

Habeas corpus com caráter preventivo com relação a um dos pacientes.

A expressa vedação da lei, em caso de transgressão disciplinar, não comporta a utilização do remédio heróico (CF. art. 142, § 2º. CPPM, art. 466, parágrafo único. alínea – “a”).

Pedido conhecido e ordem denegada, por falta de amparo legal.

Diante disso o habeas corpus assume caráter preventivo com relação ao Sei. Oliveira. Contudo, em ambos os casos, trata-se de prisão decretada por autoridade competente e respaldada no Regulamento Disciplinar da Marinha, segundo as informações da autoridade coatora.

A expressa vedação legal, em caso de transgressão disciplinar, não comporta a

utilização do remédio heróico (Constituição Federal, art. 142, § 2º. e CPPM. art. 466, parágrafo único, alínea 8S.).

Nessas condições, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, à unanimidade, em conhecer do pedido e denegar a ordem, por falta de amparo legal. HABEAS CORPUS Nº 33540 – AM Superior Tribunal Militar. Relator: MINISTRO ALMIRANTE DOMINGOS ALFREDO SILVA. Julgado em 13/06/2000. (BRASIL, 2000)

Antes da Constituição de 1946, o Decreto-Lei n 925, de 2 de dezembro de 1938 (Código da Justiça Militar), estatuiu no art. 272: “Todo aquele que sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, por ato de alguma autoridade militar, judiciária e de sorteio militar, poderá requerer ao Supremo Tribunal Militar uma ordem de habeas corpus, ou administrativa, ou de junta de alistamento, por si ou por procurador”. No § 4º: “A ordem de habeas corpus só poderá ser requerida por qualquer pessoa em favor de outrem, em caso de prisão ou ameaça de prisão”. No § 6º previa: “Nas punições disciplinares não cabe o habeas corpus”.

Sempre que, de acordo com o sistema jurídico, o ato praticado for considerado “transgressão disciplinar” ou “penas disciplinares”, ou, “punições disciplinares militares”, ou “contravenções militares”, e essa sanção estiver dentro dos limites da legalidade, não se pode conceder habeas corpus. Existe a questão prévia sobre se poder considerar, de acordo com a Constituição, “punição disciplinar militar”. Se a ofensa ou a ameaça de ofensa à liberdade de ir, ficar e vir for considerada crime comum ou militar, mesmo que haja igual conceito em transgressão disciplinar militar, não se exclui a propositura do habeas corpus.

## **4.2 Hierarquia**

A Lei 6880/80 – Estatuto dos Militares prevê no Art 14: A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

O Regulamento Disciplinar do Exército define, em seu Art. 7º: A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, por postos e graduações.

O Regulamento Disciplinar para a Marinha define, em seu Art 3º: Hierarquia Militar é a ordenação da autoridade em níveis diferentes, dentro da estrutura militar.

Parágrafo único - O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte define, em seu Art. 5º : A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes. Dentro da estrutura das Forças Armadas e das Forças Auxiliares por postos e graduações.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Ceará define, em seu Art.3º: Hierarquia militar estadual é a ordenação progressiva da autoridade, em graus diferentes, da qual decorre a obediência, dentro da estrutura da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, culminando no Governador do Estado, Chefe Supremo das Corporações Militares do Estado.

### **4.3 Disciplina**

A Lei 6880/80 – Estatuto dos Militares prevê no Art 14, § 2º: Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

O Regulamento Disciplinar do Exército define, em seu Art 8º: A disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar.

§ 1º São manifestações essenciais de disciplina:

I - a correção de atitudes;

II - a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos;

III - a dedicação integral ao serviço; e

IV - a colaboração espontânea para a disciplina coletiva e a eficiência das Forças Armadas.

§ 2º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos permanentemente pelos militares na ativa e na inatividade.

Art. 9º As ordens devem ser prontamente cumpridas.

O Regulamento Disciplinar para a Marinha define, em seu Art. 2º: Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Parágrafo único - A disciplina militar manifesta-se basicamente pela:

- obediência pronta às ordens do superior;
- utilização total das energias em prol do serviço;
- correção de atitudes; e
- cooperação espontânea em benefício da disciplina coletiva e da eficiência da instituição.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte define, em seu Art. 6º: A disciplina policial-militar rege-se pela rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamento, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo policial militar.

§ 1º - São manifestações essenciais de disciplina:

- 1) a correção de atitude;
- 2) a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos;
- 3) a dedicação integral ao serviço;
- 4) a colaboração espontânea à disciplina coletiva e à eficiência da instituição;
- 5) a consciência da responsabilidade;
- 6) a rigorosa observância das prescrições regulamentares.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Ceará define, em seu Art.9º: A disciplina militar é o exato cumprimento dos deveres do militar estadual, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e ordens, por parte de todos e de cada integrante da Corporação Militar.

§1º - São manifestações essenciais da disciplina:

- I - a observância rigorosa das prescrições legais e regulamentares;
- II - a obediência às ordens legais dos superiores;
- III - o emprego de todas as energias em benefício do serviço;
- IV - a correção de atitudes;
- V - as manifestações espontâneas de acatamento dos valores e deveres éticos;
- VI - a colaboração espontânea na disciplina coletiva e na eficiência da Instituição.

#### **4.4 Concessão de Habeas Corpus para transgressões disciplinares militares**

Evidências históricas demonstram que algumas civilizações antigas como Índia, Atenas, Pérsia, definiram alguns delitos militares e seus agentes eram julgados pelos próprios militares, especialmente em tempo de guerra. Porém, foi com os romanos que o Direito Penal Militar mais evoluiu, alcançando o status de instituição jurídica.

A política de Roma foi sempre dominar os povos pela força das armas e consolidar a conquista pela justiça das leis e sabedoria das instituições. Assim, os romanos serviram de guia aos povos modernos na legislação e na arte militar.

Foi na Idade Moderna, com a Revolução Francesa, que os princípios da jurisdição militar moderna foram estabelecidos, ao ser regulamentadas as relações do poder militar com o poder civil.

A primeira legislação penal militar no Brasil refere-se aos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, aprovados em 1763.

Com a chegada de D. João VI ao Brasil em 1808, foi criado o Conselho Supremo Militar e de Justiça.

O objeto do Direito Penal, comum ou militar, é a proteção dos bens ou interesses juridicamente relevantes.

O conceito de bem jurídico é variável no tempo, pois está ligado às concepções ético-políticas dominantes. No tocante ao ordenamento jurídico militar, a lei penal militar visa exclusivamente aos interesses do Estado e das instituições militares.

Além da legislação penal militar, as Forças Armadas dispõem de normas complementares, contidas nos Regulamentos Disciplinares, que permitem às autoridades militares

aplicar sanções disciplinares a seus subordinados por fatos de menor gravidade, com o intuito de resguardar a hierarquia e a disciplina militar.

O Código Penal Militar dispõe em seu artigo 19: "este Código não compreende as infrações dos regulamentos disciplinares", e os Regulamentos Disciplinares procuram definir a transgressão disciplinar como "toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento.

As transgressões militares contidas nos Regulamentos Militares e os delitos tipificados na legislação penal militar atentam contra o ordenamento jurídico militar, contudo, a transgressão militar se diferencia do crime militar que é a ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.

Os militares estão sujeitos a inúmeros deveres com origem na lei, nos regulamentos e nas ordens superiores e que condicionam a disciplina militar. O crime militar, em razão de sua gravidade, pressupõe a violação de uma de uma norma legal e a infração disciplinar, de menos gravidade, pressupõe a violação de um regulamento militar.

Militares e civis estão sujeitos ao Código Penal Militar pela prática de crime militar, no entanto, só os militares estão sujeitos a seus regulamentos, que não alcançam os civis.

O crime militar está sujeito ao princípio da reserva legal *nullum crimen, nulla poena sine lege* ao qual não se sujeitam as transgressões disciplinares, sujeitas à discricionariedade da autoridade militar, existindo transgressões não tipificadas.

A diferença precípua entre o crime militar e transgressão disciplinar reside na espécie de pena aplicável às infrações de um e de outro e ao controle jurisdicional, não existente em transgressões disciplinares.

Juridicamente, o crime se diferencia da transgressão disciplinar porque é tipificado em lei, enquanto a transgressão disciplinar é pode ser genericamente prevista como falta a qualquer dever ou não condizente, como também são previstas as sanções. Por esse motivo existem faltas que são previstas tanto como crime militar quanto como transgressão disciplinar.

O crime militar, como qualquer crime, é em regra doloso e excepcionalmente culposos, porém, para a caracterização da infração disciplinar só importam a voluntariedade da conduta e os resultados.

Os Regulamentos Disciplinares prevêem transgressões disciplinares muitas vezes correspondentes às previstas no Código Penal Militar, contudo, enquanto o crime militar se sujeita a interpretação restritiva, prevista em lei em razão do princípio da reserva legal, a

transgressão disciplinar não se sujeita a esse princípio, o que permite que seus dispositivos sejam imprecisos, às vezes vagos, autorizando um grau maior de discricionariedade na aplicação da pena.

A diferença entre as penas previstas para os crimes e para as transgressões militares têm escopo e justificativa diferentes que os fundamentam, condicionam e justificam e que têm a ver com a substância e natureza das penas previstas e não com seu grau., daí resultando a possibilidade da aplicação alternativa de uma das duas.

Juridicamente, o crime se diferencia da transgressão disciplinar porque é tipificado em lei, enquanto a transgressão disciplinar pode ser genericamente prevista como falta a qualquer dever. Por esse motivo existem faltas que são previstas tanto como crime militar quanto como transgressão disciplinar.

Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar, apesar de as responsabilidades nas esferas criminal e administrativa serem independentes entre si e poderem ser apuradas concomitantemente.

Em caso de absolvição criminal com sentença transitada em julgado, que negue a existência do fato ou da sua autoria, a responsabilidade administrativa do militar será afastada, não ensejando punição disciplinar.

Havendo concurso entre crime e transgressão disciplinar, ambos da mesma natureza, a transgressão será absorvida pelo crime e só será aplicada a pena relativa ao crime, devendo a autoridade competente para aplicar a pena disciplinar aguardar o pronunciamento da Justiça para futura avaliação da questão no âmbito administrativo.

Se, por ocasião do julgamento do crime, houver descaracterização para transgressão ou se a denúncia for rejeitada, a falta praticada deverá ser apreciada, para efeito de punição disciplinar, pela autoridade a que estiver subordinado o faltoso.

A expressão transgressão disciplinar militar refere-se, necessariamente, a:

- a) Hierarquia, pela qual existe o dever de obediência de acordo com os regulamentos internos e as ordens emanadas de autoridade superior;
- b) Poder disciplinar, que supõe a atribuição de direito de punir disciplinarmente;
- c) pena possível de ser aplicada disciplinarmente, sem ser pela via judiciária.

Havendo hierarquia, existe poder disciplinar, ato disciplinar e pena disciplinar; qualquer interferência da justiça na administração da condução administrativa seria prejudicial às regras jurídicas que estabelecem o dever de obediência e o direito de comandar, inerente às forças da hierarquia. Dessa forma, havendo os atos exclusivamente disciplinares, e

dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, os pressupostos da hierarquia e da disciplina, não se pode conceder habeas corpus. Além disso, o Poder Judiciário só pode apreciar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade dos atos dos poderes públicos, não a injustiça intrínseca, naquilo em que qualquer dos poderes tiver de poder discricionário. O habeas corpus não pode ser concedido para impedir que a autoridade competente exerça atos que se compreendem na esfera das suas atribuições legais.

Nesse sentido ensina Mirabete:

"Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal reza no seu artigo 142, § 2º, que não caberá *Habeas Corpus* em relação a punições disciplinares militares, dispõe ela em seu artigo 5º, inc. XXXV, que a Lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. 2. Assim, como qualquer ato administrativo, o ato de punição disciplinar não pode fugir ao controle jurisdicional no sentido de que seja aferida sua legalidade pelo exame dos requisitos de que deve achar-se revestido (*JSTJ* 4/452)" (Mirabete, 1991, p. 753).

E ainda:

"Não mais impede a impetração do *writ*, porém, ocorrência de punição disciplinar, o que se vedava expressamente em norma constitucional anterior, mesmo porque foi abolida pela nova Carta a possibilidade de decretação da prisão por autoridade administrativa (prisão administrativa). Resta, porém a impossibilidade do *habeas corpus* "em relação a punições disciplinares militares" (art. 142, § 2º, da CF). Entretanto, como a própria Constituição Federal assegura que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV), e a punição é ato administrativo, deve ele atender aos requisitos necessários para sua validade, quais sejam os da competência, motivo, forma, objeto e finalidade; sob pena de ser ilegal, abusivo ou arbitrário, pode ele ser discutido no *mandamus*." (2005, p 744)

O fundamental é que o ato de sanção à indisciplina respeite as regras jurídicas concernentes à mesma hierarquia e à disciplina cuja falta ele tem finalidade de punir. As regras jurídicas podem ser constitucionais, legais, regulamentares, ou outras, mas têm de ser admitidas constitucional e legalmente.

A legalidade é pressuposto essencial porque a disciplina supõe que entre as pessoas exista hierarquia. Se a subordinação fere a Constituição, lei ou regulamento, não há pena disciplinar que se possa considerar legítima, no sentido do art. 142 da Constituição Federal.

Se alguém age contra as ordens recebidas do superior, pratica ato de indisciplina. Ocorre isso em qualquer setor público em que haja hierarquia, inclusive no Poder Judiciário, no Poder Legislativo e no Poder Executivo; é necessário diferenciar o ato ilícito que é infração disciplinar militar do ato ilícito que não é. Essa não é uma distinção fácil.

A disciplina hierárquica é que limita a legitimação ao exercício da ação de habeas corpus. Sem tal ressalva, estaria a justiça a invadir a atribuição excepcional das autoridades, no que concerne ao regulamento interno. É necessário não intervir no que concerne à disciplina, porque o que se tem por fito é assegurar-se o dever de obediência. Assim, não há recurso, nem ação de habeas corpus em relação a punições disciplinares militares. Assim:

**PROCESSUAL PENAL - AUDITORIA MILITAR - DECISÃO QUE DENEGOU HABEAS CORPUS PREVENTIVO - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA - RECURSO DESPROVIDO**

Não há afronta aos princípios da legalidade, moralidade ou dignidade da pessoa humana quando a punição disciplinar militar é justificada em procedimento disciplinar administrativo devidamente instaurado e processado de acordo com o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina - RDPMSC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2005.020523-4, da Comarca da Capital/Auditoria Militar, em que é recorrente Edson Luiz Veiga Gonçalves:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

**I - RELATÓRIO:**

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por contra decisão que denegou ordem de **habeas corpus**, por inexistir qualquer ilegalidade ou abuso de poder na punição administrativa imposta.

O recorrente sustenta, em síntese, nulidade do ato de punição administrativa, por não estar vinculado ao exercício da função, alegando se tratar de ato de vingança. Alega, ainda, que não há prova de que estivesse em local incompatível com sua posição social ou com o bom nome da corporação.

Mantida a decisão (fl. 197), a d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, preliminarmente, pelo reconhecimento da falta de objeto, diante do provável cumprimento da sanção disciplinar. No mérito, pelo desprovimento do inconformismo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

**II - VOTO:**

1 - *Data venia*, primeiramente, observo que não há nos autos qualquer notícia de que o recorrente já tenha cumprido a punição disciplinar, pelo que entendo que o recurso não está prejudicado.

2 - No mérito, o inconformismo não merece prosperar.

Não vislumbro qualquer afronta aos princípios da legalidade, moralidade ou dignidade da pessoa humana, eis que a punição disciplinar foi justificada em procedimento disciplinar administrativo devidamente instaurado e processado de acordo com o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina - RDPMSC.

Ainda, conforme bem analisado pelo digno Juiz da Auditoria Militar, a conduta do recorrente é prevista como transgressão disciplinar pelo art. 13, item 1, anexo I, do RDPMSC, não havendo qualquer ilegalidade na aplicação da respectiva punição.

Constou da decisão do culto e operoso Juiz, Dr. Getúlio Corrêa (fls. 150/154):

Quando se analisam sanções disciplinares é necessário ter um cuidado especial em relação aos princípios de hierarquia e disciplina, que correspondem ao fundamento das instituições militares.

Embora o art. 142, §2o, da CF, seja expresso em vedar **habeas corpus** em relação a punições disciplinares, estas podem sofrer uma reavaliação do Judiciário, até em atendimento ao preceituado na mesma Carta Magna (art. 5º, LXVIII).

Assim a análise deve restringir-se a manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

2 Punição por ato não relacionado à função

Alega o impetrante que o ato pelo qual o paciente foi punido não tem ligação com a função que exerce. No entanto, o Policial Militar tem uma série de obrigações relacionados à ética policial militar, previstas no Estatuto dos Policiais Militares (Lei Estadual 6.218/83), em especial no art. 29, que muitas vezes não tem uma relação direta com as funções que este exerce na corporação, mas que sendo descumpridas podem caracterizar transgressão disciplinar.

No caso, o paciente foi punido por freqüentar lugar incompatível com seu nível social e o decoro da classe, o que caracteriza transgressão disciplinar consoante item 43 do Anexo 1 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina - RDPMSC, situação que encontra respaldo nos artigos 12 e 13 do mesmo regulamento, que tratam da definição de transgressão disciplinar:

Art.12 - Transgressão disciplinar é qualquer violação dos princípios da Ética, dos deveres e das obrigações policiais-militares na sua manifestação elementar e simples e qualquer omissão ou ação contrária aos preceitos estatuídos em leis, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crime.

Art.13 - São transgressões disciplinares:

- 1) todas as ações ou omissões contrárias à disciplina policial-militar especificadas no Anexo I do presente Regulamento;
- 2) todas as ações, omissões ou atos, não especificados na relação de transgressão do Anexo I citado, que afetam a honra pessoal, o pundonor policial-militar, o decoro da classe ou o sentimento do dever e outras prescrições contidas no Estatuto dos Policiais-Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra regras e ordens de serviços estabelecidas por autoridades competentes.

"Desta forma, o fato que deu origem a punição disciplinar, embora não tenha relação direta com as funções exercidas pelo impetrante, é previsto no art. 13, item 1 e Anexo I, ambos do RDPMSC como transgressão disciplinar, não existindo ilegalidade na aplicação da punição por este motivo.

3 - Ausência de audiência e de produção de provas

Também sustentou o impetrante que a inexistência de audiência e a falta de produção de provas, tornam a aplicação da punição disciplinar nula.

Para aplicação de uma punição disciplinar no âmbito da Polícia Militar de Santa Catarina, devem ser atendidas as exigências do RDPMSC e do Regulamento de Processo Administrativo Disciplinar (Portaria n. 009/PMSC/2001). (BRASIL, 2001)

No que se refere ao RDPMSC, deve-se observar a competência das autoridades para aplicação da punição, conforme art. 9º, assim como a forma (art. 28) e sua duração ( Anexo III), o que foi obedecido pela autoridade impetrada.

Em relação ao Regulamento de Processo Administrativo - RPAD, foi observado o procedimento previsto nos arts. 62 a 64, ou seja, o sumaríssimo, no qual há oportunidade para que o processado apresente defesa, o que o fez na forma do art. 63, IV, conforme o documento de fls. 93, não procedendo a alegação de que a falta de audiência e de produção de provas tornam a punição nula, pois logo após a apresentação da defesa, o paciente poderia ter apresentado testemunhas e solicitado a produção de provas (art. 63, V do RPAD)".

Esta Corte já decidiu:

**RECURSO CRIMINAL - AUDITORIA DA JUSTIÇA MILITAR - DENEGAÇÃO DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO EM PRIMEIRO GRAU - AUSÊNCIA DE EFETIVA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - TEMOR INFUNDADO QUE NÃO AUTORIZA A CONCESSÃO**

**DA ORDEM - EXCESSO DE PRAZO QUE NÃO ACARRETA VIOLAÇÃO AO DIREITO DO AGENTE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO"** (Rec. Crim. n. 01.000002-0, da Capital, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

Recurso criminal aforado contra decisão denegatória de *habeas-corpus* proferida por juiz auditor militar. Análise restrita à manifesta ilegalidade ou abuso de poder. Exceção ao artigo 142, § 2º, da Constituição Federal, conforme entendimento desta Corte. Constrangimento não comprovado. Improvimento" (Rec. Crim. n. 99.010180-0, da Capital, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

3 - Pelo exposto, não vislumbrando ilegalidade ou abuso de poder na punição disciplinar, nego provimento ao recurso.

III - DECISÃO:

Acompanham o voto do relator. Negaram provimento ao recurso.

Recurso Criminal n. 2005.020523-4 / Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Des. Amaral e Silva. Julgado em 31/08/2005. (SANTA CATARINA, 2005)

Quando se transgride disciplina infringe-se regra jurídica.

O Estatuto dos Militares, Lei n 6.880, de 9 de dezembro de 1980, diz em seu Art 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

§ 1º As penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias.

O Regulamento Disciplinar do Exército define, em seu Art 14: Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

§ 1º Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar.

O Regulamento Disciplinar para a Marinha define em seu Art 6º: Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime.

O Regulamento Disciplinar da Aeronáutica prevê no Art 8º: Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento.

Distingui-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.

E no Art 9º: No concurso de crime militar e transgressão disciplinar, ambos de idêntica natureza, será aplicada somente a penalidade relativa ao crime.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte define, em seu Art 13: Transgressão disciplinar é qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres e das obrigações policiais-militares, na sua manifestação elementar e simples, e qualquer omissão ou ação contrária aos preceitos estatuídos em leis, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crime.

O Regulamento da Polícia Militar do Estado do Ceará prevê, em seu Art12: Transgressão disciplinar é a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres militares, cominando ao infrator as sanções previstas neste Código, sem prejuízo das responsabilidades penal e civil.

§1º - As transgressões disciplinares compreendem:

I - todas as ações ou omissões contrárias à disciplina militar, especificadas no artigo seguinte, inclusive os crimes previstos nos Códigos Penal ou Penal Militar;

II - todas as ações ou omissões não especificadas no artigo seguinte, mas que também violem os valores e deveres militares.

A pena disciplinar não está sujeita aos mesmos princípios rígidos a que estão as penas criminais nem estão sujeitas ao princípio da reserva legal.

Quanto ao habeas corpus, estando presentes os elementos para a aplicação da pena disciplinar militar, qualquer ingerência que permitisse à Justiça cassar ou suspender decisões disciplinares, feriria o princípio constitucional da separação e harmonia entre os poderes.

**CRIMINAL. RHC. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. LIBERDADE DE IR E VIR. INDÍCIOS DE CRIME MILITAR. INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA.**

**OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. VIA ADEQUADA. RECURSO PROVIDO.**

I . A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, em se tratando de punição disciplinar por transgressão militar, só se pode admitir a análise da legalidade do ato, via *habeas corpus* , quando se encontrar em jogo a liberdade de ir e vir do cidadão, que é a hipótese dos autos.

II . Verificada a presença de indícios de infração penal, a instauração de sindicância configura ofensa ao devido processo legal e, em consequência, está eivada de vício, pois a via adequada para tal apuração é o inquérito policial militar.

- I I I .Sobressai ilegalidade flagrante no procedimento atacado, no tocante à deficiência da defesa do paciente por ofensa ao devido processo legal.  
IV. Deve ser cassado o acórdão recorrido para restabelecer a decisão do Julgador de 1º grau concessiva de *habeas corpus* ao recorrente.  
V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de recurso ordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que deu provimento a recurso *ex officio* para denegar ordem de *habeas corpus* anteriormente impetrada.

Os autos revelam que o paciente, no exercício de suas funções de controlador de tráfego aéreo, teria sido ameaçado de prisão durante o horário de seu expediente pelo Major Celso de Araújo, motivo pelo qual pugnou ao seu superior hierárquico, o Comandante do Destacamento de Controle do Espaço Aéreo de Natal – DTCEA/NT, pela instauração de inquérito policial militar – IPM para apurar suposta ocorrência do crime de ameaça.

Reiterado o pleito e não tendo sido tomada qualquer providência pelos Comandantes titular e interino do DTCEA/NT, o recorrente dirigiu-se ao Comandante da Base Aérea de Natal – BANT, reiterando a pretensão anteriormente aduzida, bem como requerendo a instauração de IPM para apurar contra as autoridades do DTCEA/NT, pela suposta prática do crime de prevaricação.

No entanto, o Comandante da BANT determinou a abertura de sindicância, com base na qual foi iniciado procedimento disciplinar contra o recorrente, do qual poderia resultar punição disciplinar de prisão, bem como a instauração de inquérito policial militar pelo eventual cometimento de denúncia caluniosa no âmbito militar.

Inconformado, o recorrente impetrou *habeas corpus* perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

O Magistrado singular deferiu a liminar e determinou a expedição salvo-conduto em favor de Diógenes Gomes Vieira (fls. 107/109), entendendo que, se os fatos narrados pelo recorrente caracterizam, em tese, crimes, a Autoridade superior não poderia ter instaurado sindicância, sob pena de ofensa ao item 1.2.11 da Instrução do Comando da Aeronáutica 111-2 (ICA 111-2), a qual dispõe a respeito de sindicância no âmbito do Comando da Aeronáutica:

“No âmbito do COMAER, é o procedimento sumário, formal e escrito, de caráter meramente investigatório, utilizado para a apuração de fato ou ocorrências anômalas que não constituam crime, as quais caso confirmadas poderão ensejar a abertura do competente processo.”

A Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Norte opinou pela concessão da ordem (fl. 121).

Posteriormente, o Julgador de 1º grau proferiu sentença, concedendo a ordem de *habeas corpus* ao paciente, confirmando a liminar anteriormente deferida (fls. 331/337).

Remetidos os autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em razão do recurso *ex officio* em *habeas corpus*, o Ministério Público opinou pelo seu desprovimento, a fim de que fosse mantida a decisão monocrática.

Contudo, a Corte de origem deu provimento ao recurso *ex officio* para denegar a ordem, pois reputou possível a instauração de sindicância pela Autoridade militar para fins de investigações preliminares quando da notícia de suposta ocorrência de crime, nos termos do art. 10, alínea *f*, do Código de Processo Penal Militar.

A ementa do aresto, na parte relacionada ao mérito do feito, possui o seguinte teor:

**MÉRITO. COMUNICAÇÃO DE CRIME. REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. APURAÇÃO DOS FATOS MEDIANTE SINDICÂNCIA. ART. 10 DO CPM. ADMISSIBILIDADE.**

A autoridade militar, ao receber notícia da prática de crime, não está obrigada a instaurar de imediato o Inquérito Policial Militar, podendo proceder a investigações preliminares por meio de sindicância, com o fim de verificar a efetiva ocorrência dos fatos narrados.

De acordo com o Código de Processo Penal Militar, a sindicância pode servir de base à instauração de IPM, quando dela resulte indício da existência de infração penal militar (art. 10).

Não configura constrangimento ilegal o fato de o Comandante da BANT, com base na conclusão da sindicância, ter formalizado acusação em desfavor do paciente.

Recurso ex officio provido, para denegar a ordem.” (fl. 356)

Daí o presente recurso, por meio do qual se sustenta que o acórdão impugnado não interpretou corretamente o art. 10, alínea *f*, do Código de Penal Militar, bem como a ICA111-2, os quais determinam a instauração de inquérito policial militar quando há indícios de infração penal.

Aduz-se, ainda, que a punição do paciente configuraria constrangimento ilegal, em virtude da ilegalidade da instauração da sindicância, em afronta ao devido processo legal.

Trata-se de recurso ordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que deu provimento a recurso *ex officio* para denegar ordem de *habeas corpus* anteriormente impetrada.

Os autos revelam que o paciente, no exercício de suas funções de controlador de tráfego aéreo, teria sido ameaçado de prisão durante o horário de seu expediente pelo Major Celso de Araújo, motivo pelo qual pugnou ao seu superior hierárquico, o Comandante do Destacamento de Controle do Espaço Aéreo de Natal – DTCEA/NT, pela instauração de inquérito policial militar – IPM para apurar suposta ocorrência do crime de ameaça.

Reiterado o pleito e não tendo sido tomada qualquer providência pelos Comandantes titular e interino do DTCEA/NT, o recorrente dirigiu-se ao Comandante da Base Aérea de Natal – BANT, reiterando a pretensão anteriormente aduzida, bem como requerendo a instauração de IPM para apurar contra as autoridades do DTCEA/NT, pela suposta prática do crime de prevaricação.

No entanto, o Comandante da BANT determinou a abertura de sindicância, com base na qual foi iniciado procedimento disciplinar contra o recorrente, do qual poderia resultar punição disciplinar de prisão, bem como a instauração de inquérito policial militar pelo eventual cometimento de denúncia caluniosa no âmbito militar.

Inconformado, o recorrente impetrou *habeas corpus* perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

O Magistrado singular concedeu a ordem, confirmando o anterior deferimento da liminar, que determinou a expedição salvo-conduto em favor de DIÓGENES GOMES VIEIRA, entendendo que, se os fatos narrados pelo recorrente caracterizam, em tese, crimes, a Autoridade superior não poderia ter instaurado sindicância, sob pena de ofensa ao item 1.2.11 da Instrução do Comando da Aeronáutica 111-2 (ICA 111-2), a qual dispõe a respeito de sindicância no âmbito do Comando da Aeronáutica.

Remetidos os autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em razão do recurso *ex officio* em *habeas corpus*, a Corte de origem denegou a ordem, pois reputou possível a instauração de sindicância pela Autoridade militar para fins de investigações preliminares quando da notícia de suposta ocorrência de crime, nos termos do art. 10, alínea *f*, do Código de Processo Penal Militar.

Daí o presente recurso, por meio do qual se sustenta que o acórdão impugnado não interpretou corretamente o art. 10, alínea *f*, do Código de Processo Penal Militar, bem como a ICA111-2, os quais determinam a instauração de inquérito policial militar quando há indícios de infração penal.

Aduz-se, ainda, que a punição do paciente configuraria constrangimento ilegal, em virtude da ilegalidade da instauração da sindicância, em afronta ao devido processo legal.

Inicialmente, a jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, em se tratando de punição disciplinar por transgressão militar, só se pode admitir a análise da legalidade do ato, via *habeas corpus*, quando se encontrar em jogo a liberdade de ir e vir do cidadão.

Nesse caso, ainda que em sede de punição disciplinar militar, cabível o ataque via *writ*, mesmo diante do art. 142, § 2º, da Constituição Federal, o qual prevê que “*não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares*”.

Essa é a hipótese dos autos, eis que em decorrência da instauração de sindicância, foi iniciado procedimento disciplinar contra o recorrente, do qual pode resultar punição disciplinar de prisão, bem como a instauração de inquérito policial militar pelo eventual cometimento de denúncia caluniosa no âmbito militar.

Passo à análise da irrisignação, merecendo reparos o acórdão recorrido.

A interpretação do Tribunal *a quo* ao art. 10, *f*, do CPPM não se mostra adequada, pois o que o referido dispositivo legal revela, ao dispor que “*o inquérito é iniciado mediante portaria (...) quando, de sindicância feita em âmbito de jurisdição militar, resulte indício da existência de infração penal militar*”, é que, se no decorrer de sindicância surgirem elementos que indiquem, além de transgressão disciplinar, a suposta ocorrência de infração penal, o feito deve ser remetido à autoridade competente para a instauração de inquérito policial militar.

Dessa forma, como bem destacou o Ministério Público em 1º grau de jurisdição, não significa que a sindicância seja uma espécie de “pré-inquérito policial militar” ou seja uma fase preparatória do procedimento investigatório, já que o próprio IPM é uma fase preliminar de apuração de infração penal, não dependendo de nenhuma outra providência.

De outro lado, a sindicância não é a via apropriada para a apuração de indícios da prática de crime, conforme se depreende do item 1.2.11 da Instrução do Comando da Aeronáutica 111-2, que disciplina a sindicância no âmbito do Comando da Aeronáutica:

No âmbito do COMAER, é o procedimento sumário, formal e escrito, de caráter meramente investigatório, **utilizado para a apuração de fato ou ocorrências anômalas que não constituam crime**, as quais caso confirmadas poderão ensejar a abertura do competente processo. (g.n.).

Dessarte, verificada a presença de indícios de infração penal, como bem destacou o Magistrado singular, a instauração de sindicância configura ofensa ao devido processo legal e, em consequência, está eivada de vício, pois a via adequada para tal apuração é o inquérito policial militar.

Nesse sentido, ressaltar-se, mais uma vez, trecho da manifestação ministerial de 1ª instância:

Não interessa para essa discussão se houve ou não a transgressão disciplinar por parte do impetrante, se ele feriu ou não a hierarquia, pois **a sindicância que foi realizada não possui aptidão e consistência jurídico-formal para oferecer esses elementos, diante da violação ao devido processo legal**. (fl. 120 – g.n).

Assim, sobressai ilegalidade flagrante no procedimento atacado, no tocante à deficiência da defesa do paciente por ofensa ao devido processo legal.

Por conseguinte, deve ser cassado o acórdão recorrido para restabelecer a decisão do Julgador de 1º grau concessiva de *habeas corpus* ao recorrente..

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

**RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 17.422 - RN (2005/0041451-2) / Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 26/09/2006.(BRASIL, 2006)**

#### **HABEAS CORPUS. MILITAR nº 32.711-8/SP.**

#### **HABEAS CORPUS. MILITAR. PRISÃO.**

Transgressão disciplinar já cumprida - Paciente em liberdade – inexistência, na espécie, de constrangimento ilegal a ser corrigido pela via heróica – Pedido que não se conhece.

Passou o Tribunal a decidir.

Prima facie, o remédio heróico do habeas corpus, amparado em dispositivo constitucional, ao entendimento de muitos, não é cabível em sede de prisão disciplinar, como no caso dos presentes autos.

Entretanto, tal restrição é relativa, pois o comando da norma estatuída pelo inciso XXXV, art. 5º da Constituição Federal, diz: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, tem o significado de revisão, controle e policiamento na legalidade dos atos, nas relações existentes “Hominus ad hominen” cujo comando normativo advém de uma cláusula Pétrea, como verdadeiro anteparo do cidadão no Estado de direito.

Por outro lado, as normas constitucionais não são vistas isoladamente em razão de serem parte de um conjunto de princípio e sistema como um todo.

Verdadeiramente, como tem reconhecido pacificamente jurisprudência remansosa, o mérito da sanção disciplinar é que não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, ou seja, não a legalidade do ato e competência da Autoridade que determinou a pena.

Este é o entendimento esposado no voto do habeas corpus nº 65.573-4/DF, relator o Eminentíssimo Ministro Célso de Faria, verbis:

Quanto à excludente do remédio mandamental, nos atos disciplinares, lembro a lição de Carneiro (1959, p.136) que ilustrou a magistratura castrense, como Auditor e Ministro do Superior Tribunal Militar. Afirma ele que a invocação pura e simples do preceito constitucional proibitivo do habeas corpus e do mandado de segurança em matéria disciplinar, não impede que o Tribunal tome, preliminarmente, conhecimento do pedido.

Tal afirmação encontra fundamento, assim na doutrina, como na jurisprudência. Naquela, porque, ainda quando não seja possível apreciar o mérito do ato disciplinar, deve-se examinar dois requisitos de controle jurisdicional e eventual invalidação se o agente é incompetente ou se padece, o ato mesmo, do vício do abuso de poder ou desvio de finalidade cuida-se pois, de preliminar que envolve o próprio mérito do pedido.

**HABEAS CORPUS Nº 32.711-8/SP.** Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Antonio Carlos de Nogueira. Julgado em 22/03/1991.(BRASIL, 2001)

As penas disciplinares militares são penas funcionais. Quem as aplica é superior hierárquico.

O poder disciplinar é poder de supremacia especial, já que não advém de função soberana típica do Estado. O sistema de punição disciplinar não impede que haja a pena disciplinar e a pena criminal (não há, pois, o ne bis in idem). No sistema penal, quando ocorre prescrição, extingue-se a punibilidade; a punibilidade disciplinar é extrajudicial.

O direito disciplinar e as regras de disciplina somente incidem enquanto há o vínculo mantido pela subordinação. Se o militar pede licenciamento ou é licenciado, ou por outro motivo deixa de ser militar, deixa de existir subordinação e, em consequência, desaparece o poder disciplinar.

Estabelecer o limite da disciplina é função das normas jurídicas ou das normas de vinculação especial. Para os militares, vêm em primeiro lugar os excessos e omissões no desempenho das funções. Em seguida, estão os atos que possam prejudicar esse desempenho, inclusive os atos exteriores que possam tornar o militar incompatível com as funções militares, dentre esses, os atos que ferem o pundonor militar ou o decoro, como exemplificam os nr 34 e 42 do Anexo I do Regulamento Disciplinar do Exército: “Esquivar-se de satisfazer compromissos de ordem moral ou pecuniária que houver assumido, afetando o bom nome da Instituição” e “Frequentar lugares incompatíveis com o decoro da sociedade ou da classe”;

também o nr 34 do Art 7º do Regulamento Disciplinar para a Marinha: “Portar-se sem compostura em lugar público”;

O militar pode ser atingido por atos anteriores à sua vinculação, porém esses atos, tornando-o indigno com a profissão, só podem dar causa anulação da incorporação ou expulsão, como previsto no nr 2) do Art 141 do Regulamento da Lei do Serviço Militar “pela prática de ato contra a moral pública, pondonor militar ou falta grave, que, na forma da lei ou de regulamentos militares, caracterize o seu autor como indigno de pertencer às Forças Armadas”, mas nunca uma punição com pena privativa da liberdade, pois depois de sua incorporação, não praticou nenhum ato de indisciplina.

A própria discricionariedade é relativa, devendo o aplicador se ater aos limites da razoabilidade e proporcionalidade, porque não há disciplina sem limites. Cada Força Armada e cada corporação de Força Auxiliar – Polícia Militar e Corpo de Bombeiro deve ter suas própria normas, desde que sejam constitucionais e legais, e prever, o quanto for possível a tipicidade das transgressões, faltas ou contravenções disciplinares.

O poder disciplinar não é mera faculdade nem é sempre discricionário. Não há obrigatoriedade de tipificação, mas sempre que for possível, deve haver tal previsão.

O ato de punição disciplinar se militar não afasta o controle judicial, inclusive em ação de habeas corpus, se ocorrer inconstitucionalidade, ilegalidade ou em outra situação, por exemplo, quando o superior que pune disciplinarmente não tem competência para punir disciplinarmente, ou quando ocorre ofensa a regulamentos ou qualquer outra norma, mesmo que interna.

A transgressão disciplinar não admite tentativa e não precisa haver a análise quanto ao resultado naturalístico desejado ou alcançado por quem a pratica, portanto, a tentativa de transgressão já é transgressão.

A finalidade das punições disciplinares é reprimir a transgressão para que não se repita. O objetivo é o funcionamento normal do serviço. Por esse motivo, mesmo a pena de exclusão a bem da disciplina, prevista no Art 24 do Regulamento Disciplinar do Exército, é considerada punição, pois, ao excluir aquele militar transgressor, inibe a ocorrência de faltas da mesma natureza no seio da corporação militar.

Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares do Exército são, em ordem de gravidade crescente:

- I - a advertência;
- II - o impedimento disciplinar;

- III - a repreensão;
- IV - a detenção disciplinar;
- V - a prisão disciplinar; e
- VI - o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

Quando a Constituição de 1967, como as anteriores, afastou a concessão de habeas corpus em casos de “transgressões disciplinares”, conceito mais amplo do que “punições disciplinares militares”, retirou do Judiciário a apreciação do conteúdo de qualquer constrangimento decorrente de coerção estatal contra a prática de transgressão disciplinar militar.

A Doutrina e a Jurisprudência têm indicado que o que não pode ser apreciado por meio 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 verificação da competência da autoridade que impôs a pena. Se ilegal a punição, ou incompetente a autoridade que a aplicou, não se pode mais falar de transgressão disciplinar, posto que fere o princípio da legalidade, e o habeas corpus deve ser concedido.

De acordo com o art 10 do regulamento disciplinar do Exército, a competência para aplicar as punições disciplinares é definida pelo cargo e não pelo grau hierárquico, sendo competente para aplicá-las:

I - o Comandante do Exército, a todos aqueles que estiverem sujeitos a este Regulamento; e

II - aos que estiverem subordinados às seguintes autoridades ou servirem sob seus comandos, chefia ou direção:

a) Chefe do Estado-Maior do Exército, dos órgãos de direção setorial e de assessoramento, comandantes militares de área e demais ocupantes de cargos privativos de oficial-general;

b) chefes de estado-maior, chefes de gabinete, comandantes de unidade, demais comandantes cujos cargos sejam privativos de oficiais superiores e comandantes das demais Organizações Militares - OM com autonomia administrativa;

c) subchefes de estado-maior, comandantes de unidade incorporada, chefes de divisão, seção, escalão regional, serviço e assessoria; ajudantes-gerais, subcomandantes e subdiretores; e

d) comandantes das demais subunidades ou de elementos destacados com efetivo menor que subunidade.

Pode existir hierarquia sem existir o poder disciplinar. Acontece de o militar

hierarquicamente superior a outro não ter o poder de aplicar pena disciplinar ao seu subalterno. A hierarquia e o poder disciplinar, necessário para punir, são pressupostos da punição disciplinar. Havendo hierarquia e poder disciplinar, a pena referente à transgressão disciplinar pode ser aplicada e o Judiciário estaria ferindo a independência e a harmonia entre os poderes caso analisasse esse ato e concedesse a ordem de habeas corpus.

Um exemplo recente ocorreu no caso do lançamento de livro sobre os desaparecidos durante a guerrilha de 1967-1972, ocasião em que o Ministro da Defesa se pronunciou dizendo que o militar que fosse contra o livro e o afirmasse, seria punido; o Comandante do Exército se pronunciou contra o que o Ministro disse e, apesar de ser seu subordinado, o Ministro nada pode fazer por não ter poder disciplinar definido em Lei ou Regulamento; se o Comandante do Exército fosse punido, caberia o habeas corpus.

Ainda que a autoridade tenha hierarquia superior e tenha poder de punir, a pena tem de estar dentro dos limites legais para a punição disciplinar que é de trinta dias de prisão; se, por exemplo, o Presidente da República decidisse punir o Comandante da Marinha com 60 dias de prisão, caberia habeas corpus porque essa punição não está prevista em Lei nem no Regulamento Disciplinar para a Marinha, que prevê a pena máxima de prisão rigorosa de 10 dias.

A lei ou o regulamento deve fixar o prazo máximo para a pena de prisão disciplinar bem como exigir o processo legal a ser aplicado para a apuração da transgressão. Se a autoridade não cumprir as formalidades, legitima o deferimento da ordem;

O Regulamento Disciplinar do Exército prevê o contraditório e a ampla defesa, inovando em matéria de transgressão disciplinar, em seu Art 35: O julgamento e a aplicação da punição disciplinar devem ser feitos com justiça, serenidade e imparcialidade, para que o punido fique consciente e convicto de que ela se inspira no cumprimento exclusivo do dever, na preservação da disciplina e que tem em vista o benefício educativo do punido e da coletividade.

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

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

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

II - ser ouvido;

III - produzir provas;

IV - obter cópias de documentos necessários à defesa;

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

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

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

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

Dessa forma, ainda que a autoridade preencha todos os pressupostos para aplicar a pena disciplinar, se não seguir o processo estabelecido no novel Regulamento a punição será ilegal e caberá habeas corpus.

No direito constitucional brasileiro, o habeas corpus passou a ser direito. Mesmo tendo de ser circunscrito por outros remédios, necessariamente inferiores a ele em eficácia, essa demarcação não pode ir até onde implique violação do preceito constitucional. Torna-se preciso, portanto, que se constitucionalize a nossa jurisprudência a respeito de tão relevante remédio.

É erro de terminologia jurídica dizer-se que em tais circunstâncias não caberia o habeas corpus. O habeas corpus é remédio jurídico processual que se constitucionalizou. 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 punitivo sem abrigo do habeas corpus.

A regra jurídica que exclui o habeas corpus, em verdade estatui unicamente a legalidade do constrangimento. Por isso, o melhor seria falar de pressupostos de legalidade e não de habeas corpus. Na interpretação de leis que preexcluem o habeas corpus, é preciso dizer que esse afastamento ofende o art. 59, LXVIII.

No direito constitucional moderno, o habeas corpus é a fusão de interesse individual (direito público subjetivo) e do interesse da ordem pública (publicização, constitucionalização das regras jurídicas sobre habeas corpus).

#### 4.4.1 A possibilidade de análise do mérito da transgressão disciplinar pela via do Habeas Corpus

O princípio da separação de poderes de Montesquieu implica em que os poderes da República são independentes e harmônicos, cabendo ao legislativo elaborar as leis, ao

Executivo administrar de acordo com as leis e ao Judiciário cuidar da legalidade dos atos praticados, sem restrição de qualquer espécie. o direito constitucional moderno, o habeas corpus é a fusão de interesse individual (direito público subjetivo) e do interesse da ordem pública (publicização, constitucionalização das regras jurídicas sobre habeas corpus).

Em face disso e em razão do estatuído no inciso LXVIII do art 5º da Constituição Federal, que prevê que se concederá habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder e no inciso XXXV, que estatui que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, é necessário que seja analisado mediante interpretação restrita o previsto no art 142 § 2º da Constituição Federal, segundo o qual não caberá habeas corpus em relação a transgressões disciplinares militares, pois, segundo meu entendimento, no afã de resguardar o poder hierárquico e disciplinar dos militares, o constituinte inseriu essa vedação na Constituição.

O legislador constituinte outorgou a proteção à liberdade de todos e o Estado Democrático de Direito não deve admitir restrições aos Direitos e Garantias Fundamentais de qualquer parcela da sociedade, por isso, entendo que o habeas corpus, no tocante a transgressões disciplinares militares, deve ser analisado inclusive no mérito da punição, com o objetivo de proteger militares de possíveis punições injustas, temidas e indesejadas por muitos militares e por grande parte da sociedade.

Vou além; fazendo um estudo recente da história do Brasil, afirmo sem medo de errar que se os militares, à época dos lamentáveis episódios de tortura ocorridos na década de 1970, contassem com a garantia da análise de suas transgressões disciplinares pelo Judiciário, muitas vítimas teriam sido poupadas, já que alguns fizeram o que fizeram, sem dúvida, por medo de, não cumprindo a ordem recebida, apesar de manifestamente ilegal, sofrer punição disciplinar e não ter seu mérito analisado pelo Judiciário, ficando portanto a análise de se a ordem era manifestamente ilegal, ao puro arbítrio da administração militar.

Com esse entendimento, em 2007 foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição nº 180, em que o autor, Deputado Geraldo Magela, justifica, verbis:

“A proposta de revogar o parágrafo 2º e o inciso V do parágrafo 3º do artigo 142 da Constituição Federal vem no sentido de resgatar à luz contemporânea a história dos militares no Brasil.

É inconcebível que em um país que vive o pleno estado de direito, há quase duas décadas, renegue genuínos cidadãos à segunda categoria de brasileiros, impedindo-os de exercer o poder de questionar decisões proferidas e o direito político partidário.

Em tempos em que se ampliam os direitos e garantias individuais, não podemos nos furtar à responsabilidade que pesa sobre o parlamento, que é a de corrigir as dissonâncias atuais, que impossibilitam os militares de gozar dos plenos direitos da democracia.

É inconcebível ao bom entendimento, aceitar que não haja sequer a possibilidade de habeas corpus à prisão militar, muitas vezes motivada por situações banais, que no meio civil sequer encontrariam formas de tipificação.”

## 5. CONCLUSÃO

Ao finalizar este trabalho e depois de análise e reflexão sobre a legislação, a doutrina e a jurisprudência que dimensionam o tema, cheguei às seguintes conclusões:

1. Em Roma, a liberdade de uma pessoa só podia ser limitada pela lei; para se opor à limitação da liberdade ao arripio da lei, os romanos criaram os interditos exhibitórios, por meio dos quais o juiz mandava que lhe fosse levado o homem que tivesse perdido a liberdade sem amparo legal. Assim surgiu o interdito de *homine libero exhibendo*, que para ser concedido, bastava que fosse anteriormente livre a pessoa cuja liberdade se queria recuperar.
2. Dez séculos depois surgiu a Magna Carta, promulgada em 15 de abril de 1215 e que foi imposta ao Rei João-sem-Terra, que pretendia governar sem limites e a quem os barões, pela força das armas, convencera a restabelecer as antigas liberdades. O nome completo do documento era *Magna Charta seu Concordia inter regem Johannem et Barones preconcessione libertatum Ecclesiae et Regni Angliae* e foi um pacto dirigido aos barões, mas que contemplou o povo. A Magna Carta resumiu em uma frase seu espírito libertário: “nenhum homem livre será detido, a não ser em virtude de um juízo legal de seus semelhantes e segundo a lei”.
3. Habeas corpus eram as palavras iniciais da fórmula no mandado que o Tribunal concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. Sua finalidade era de se evitar a prisão injusta ou excessivamente prolongada e originariamente não era vinculado ao conceito de direito de locomoção, mas ao conceito de *due process of law*.
4. Com o Habeas Corpus Act de 1679 a violação da liberdade passou a criar o direito ao mandado e assim foram estabelecidas as garantias processuais essenciais para

assegurar a liberdade, porém era imperfeito porque só protegia as pessoas privadas de liberdade acusadas de crime, mas não tinham direito de pedir habeas corpus as detidas por outras acusações e não havia outro remédio com que obtivessem uma decisão sobre a legalidade de sua privação de liberdade. Assim, editou-se o Habeas Corpus Act de 1816 com cabimento para qualquer caso de violação à liberdade física, passando a ser expedido o writ se fosse provada a ilegalidade da prisão, independentemente da imputação. Terminou aí a evolução do habeas corpus e da Inglaterra, o habeas corpus se espalhou pelo mundo.

5. No Brasil, o marco histórico da liberdade foi o Decreto de 23 de maio de 1821, do Príncipe Dom Pedro, publicado após a partida de D. João VI, voltando para Portugal. A constituição de 1824 protegeu a liberdade, concedendo o habeas corpus, apesar de não cita-lo textualmente.
6. O Código Criminal de 1830 incluiu o nome habeas corpus no direito brasileiro ao tratar dos crimes contra a liberdade individual. O Código de Processo Criminal de 1832 adaptou-o às peculiaridades brasileiras e de certa forma o ampliou, regulamentando-o sob o nome de “recurso extraordinário”.
7. A Lei nº 2.033, de 1871, instituiu o princípio de renovação do pedido perante autoridade superior, quando negada a ordem de habeas corpus ou de soltura pela autoridade inferior, admitiu o recurso de decisão denegatória para juízo superior e criou o habeas corpus preventivo.
8. A Constituição de 1891 estatuiu: “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”, o que elevou o writ à categoria de preceito constitucional e transformou-o no habeas corpus mais amplo do mundo.
9. As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e a Constituição atual, de 1988, previram: “Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

10. Em relação aos crimes militares, a justiça civil não podia intervir na organização e funcionamento dos tribunais destinados ao julgamento de crimes militares (Constituição de 1891, art. 77), ou seja, nos casos de jurisdição estritamente militar não se podia conceder habeas corpus.
11. O habeas corpus está posicionado no Livro I Título I Capítulo X do Código de Processo Penal, sob a rubrica: dos recursos em geral, transmitindo a idéia de que se trata de uma espécie de recurso, porém sua essência habeas corpus não é de recurso, já que o recurso pressupõe decisão não transitada em julgado e o habeas corpus pode ser impetrado de decisão que já transitou em julgado, além disso, pode ser impetrado contra ato de autoridade administrativa e o recurso só pode ser interposto contra decisão judicial.
12. O habeas corpus foi criado para a proteção da liberdade física. Seu objeto é a liberdade corpórea do indivíduo em relação ao seu direito de locomoção. Sua liberdade de locomoção é um direito líquido e certo, específico, que somente pode ser amparado por habeas corpus e qualquer outro direito líquido e certo que não a liberdade de locomoção será tutelado por mandado de segurança.
13. Existem duas espécies de habeas corpus: o preventivo e o liberatório. O preventivo é concedido quando há ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção do indivíduo; ao concedê-lo, o juiz ou o tribunal expede um salvo-conduto ao paciente (§ 4º do art. 660 do CPP), determinando que ele permaneça livre. O liberatório é concedido quando a liberdade de locomoção já está sendo tolhida por violência ou coação e, nesse caso, concedendo a ordem, o juiz ou o tribunal expedirá alvará de soltura em favor do paciente (art 660, § 1º do CPP). (BRASIL, 1973).
14. A Lei 6880, de 9 de dezembro de 1980, Estatuto dos Militares, preceitua, em seu Art 14 A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. O regime disciplinar nas Forças Armadas tem de ser mais rígido, com exigências maiores de observância das leis, dos regulamentos e das ordens. Com esse desiderato, o processo para a aplicação de penas disciplinares precisa ser ágil e simples em suas cominações, com maior autonomia e com a preexclusão, evidentemente respeitando os princípios

constitucionais e legais, do controle judicial.

15. O comando constitucional afastando o habeas corpus no caso de aplicação de punição por transgressões disciplinares surgiu na Constituição de 1934, art. 113, 23), e passou à Constituição de 1937, art. 122, 16 (“salvo nos casos de transgressão disciplinar”), à Constituição de 1946, art. 141, § 23 (“nas transgressões disciplinares não cabe o habeas corpus”), à Constituição de 1967, art. 150, § 20, à Constituição de 1967, com a Emenda n 1, art. 153, § 20 e à Constituição de 1988, art. 142, § 2º (“não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”).
16. A expressão transgressão disciplinar militar refere-se, necessariamente, a hierarquia, pela qual existe o dever de obediência de acordo com os regulamentos internos e as ordens emanadas de autoridade superior, poder disciplinar, que supõe a atribuição de direito de punir disciplinarmente e pena possível de ser aplicada disciplinarmente, sem ser pela via judiciária.
17. Havendo hierarquia, existe poder disciplinar, ato disciplinar e pena disciplinar; qualquer interferência da justiça na administração da condução administrativa seria prejudicial às regras jurídicas que estabelecem o dever de obediência e o direito de comandar, inerente às forças da hierarquia. Dessa forma, havendo os atos exclusivamente disciplinares, e dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, os pressupostos da hierarquia e da disciplina, não se pode conceder habeas corpus. Além disso, o Poder Judiciário só pode apreciar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade dos atos dos poderes públicos, não a injustiça intrínseca, naquilo em que qualquer dos poderes tiver de poder discricionário. O habeas corpus não pode ser concedido para impedir que a autoridade competente exerça atos que se compreendem na esfera das suas atribuições legais.
18. O legislador constituinte outorgou a proteção à liberdade de todos e o Estado Democrático de Direito não deve admitir restrições aos Direitos e Garantias Fundamentais de qualquer parcela da sociedade, por isso, entendo que o habeas corpus, no tocante a transgressões disciplinares militares, deve ser analisado inclusive no mérito da punição, com o objetivo de proteger militares de possíveis punições injustas, temidas e indesejadas por muitos militares e por grande parte da sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Florêncio de. *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v.5.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da infância e da juventude*. São Paulo: Saraiva, 2005

ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Da prova no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1944.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *A theory of legal sentences*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998.

ÁVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo Lopéz. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Akal/Iure, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, n. 23, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. A interpretação como fator de desenvolvimento e a atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORRICAND, Jacques; SIMON, Anne-Marie. *Droit pénal/Procédure pénale*. 3.ed. Paris: Dalloz, 2002.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Persecução penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 70021454970, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dês. Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 3 out. 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus Nº 17.422 - RN (2005/0041451-2) Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 26 set. 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus Nº 32.711-8/SP. Relator: Ministro Antonio Carlos de Nogueira. Julgado em 22 mar.1991.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 33540 Relator: Ministro Almirante Domingos Alfredo Silva. Julgado em 13 jun. 2000.

BRUNO, Anibal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUENO, José Antônio Pimenta. Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1922.

CAAMAÑO, Francisco. *La garantía constitucional de la inocência*. Valencia: Universidad de Valencia/Tirant lo Blanch, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTELO BRANCO, Tales. *Da prisão em flagrante*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*. 3.ed. Madrid: Ed. Reus, 1977. t.2.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1986 e 1996.

COSTA PIMENTA, José da. *Processo penal: sistemas e princípios*. Lisboa: Livraria Petrony, 2003.t.1.

COSTA RIBEIRO, Diáulas. *Prisão temporária (Lei 7.960, de 21.12.1989): um breve estudo sistemático e comparado*. Rio de Janeiro: RT, 1990.

COUTINHO, Jacinto N.Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTO, Carlos Magno. Uma hipótese de suspensão condicional do processo. *Boletim IBCCrim*, Local, n. 69, ago. 1998.

DELMANTO, Celso. Código penal anotado e legislação complementar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Código penal anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DEMERCIAN, Pedro Enrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 3.ed. São Paulo: Forense, 2005.

DEMORO HAMILTON, Sérgio. *Processo penal: reflexões*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

DESSPORTES, Frédéric; LE GUNEHEC, Francis. *Droit pénal général*. 9.ed. Paris: Economica, 2002.

DÍEZ, Luiz Alfredo de Diego. *Identificación fotográfica y reconocimiento en rueda del inculgado*. Barcelona: Editorial Bosch, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.

\_\_\_\_\_. *Litisconsórcio*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. . *Código de processo penal anotado*. Campinas: Booseller, 2000.v.7.

\_\_\_\_\_. *Código de processo penal brasileiro anotado*.6 ed. histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, vol 5,6, 7.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constitution of the U S of América*. Estados Unidos, 1776.

FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Barcelona: Labor, 1952.t.1.

FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionar rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal: lições do Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias coligidas por Maria João Antunes*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1988-1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FLORIÁN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona: Bosch, 1934.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v.1.

GARCEZ RAMOS, João Gualberto. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GARLAND, Norman M.; STUCKEY, Gilbert B. *Criminal evidence for the law enforcement officer*. Exclusionary rule. Glencoe McGraw-Hill, 2000.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El control de la fiabilidad probatoria: Prueba sobre la prueba en el proceso penal*. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 1999.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. Inquérito policial e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Local, n..54, maio/ jun. 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES COLOMBER, Juan-Luis. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch, 1979.

GOMES DEL CASTILLO, M. *El comportamiento procesal del imputado (silencio y falsedad)*. Barcelona: Bosh, 1979.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.

\_\_\_\_\_. *As nulidades do processo penal*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Os caminhos da jurisprudência constitucional brasileira. In: **AUTOR**. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 2.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoria y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, Malheiros, 2001.

HÄBERLE, Peter. *El concepto de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III-BOE, 1994.

\_\_\_\_\_. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

\_\_\_\_\_. *Contribuciones en Antonio López Pina: la garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia, e Italia. Madrid: Civitas, 1991.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal anotado*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste-Gulbencian, 1997.

LESSONA, Carlos. *Teoría general de la prueba en derecho civil*. Madrid: Reus, 1957.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.v.1.

LOPEZ GARRIDO, Diego et al. *Nuevo derecho constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Local: Forense, 1944. v. 6.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio de proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de dercho procesal penal*. Buenos Aires: EJE, 1951.v.2.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.  
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*, n.14., 2000.

MERLE, Philippe. *Les présomptions légales en droit pénal*. Paris: LGDJ, 1970.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Processo penal*. 2.ed. e 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993 e 1994.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal interpretado*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Processo penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004; 17.ed. 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. 1.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*: atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. T 1.

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

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional III. :processo penal*. 11. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

\_\_\_\_\_. *El derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORESO, José Juan. *Conflictos constitucionales*. In: CABONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973; arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.

MOSSIM, Heráclito Antônio. *Habeas corpus*. São Paulo: Atlas, 1995.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*, v 4. São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_. *Comentários à lei de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MOSSIM, Heráclito Antônio. *Recursos em matéria criminal*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOUGENOT BONFIM, Edílson. *Direito penal da sociedade*. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998.

\_\_\_\_\_. *Júri: do inquérito ao plenário*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *El principio de proporcionalidad em el proceso penal: España y Brasil*. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 2005.

\_\_\_\_\_; CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_; MOUGENOT BONFIM, Márcia Monassi. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de processo penal 3*. Jaú: HM, 2003.

MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 2.ed. London: LexisNexis Butterworths, 2003.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32.ed. São Paulo: Saraiva.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Bauru: Edipro, 2002. v. 1.

NORONHA, E Magalhães. *Curso de direito processual penal.*, 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Sobre la cosa juzgada*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

\_\_\_\_\_; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho procesal penal*. Introducción. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *As provas ilícitas na Constituição*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

PEREIRA DE FARIAS, Edilsom. *Colisão de direitos*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio A Fabris Editor, 2000.

PEREIRA LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do processo*. 5.ed. São Paulo: Thompson-IOB-Síntese, 2004.

PICÓ I JUNOY, J. El principio de la buena fe procesal. Barcelona: Bosch, 2003.

\_\_\_\_\_. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997.

PEIRANGELI, José Enrique. *Processo penal, evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

PINTO FERREIRA, L. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

PORTO, Hermínio Marques. *Júri*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

PRADEL, Jean. *Procédure pénale*. 11.ed. Paris: Ed. Cujas, 2002-2003.

RANGEL, PAULO. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RECASÉNS SICHES. *Filosofía del derecho*. 13.ed. México: Porrúa, 1998.

RECURSO. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva. v. 63.

RIFA SOLER, José María; VALLS GOMBÁU, J.F. *Derecho procesal penal*. Madrid: Iurgium, 2000.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus N° 700212111529 Julgado em 04 out. 2007.

RODRÍGUEZ, Ángel. *Integración europea y derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2001.

ROSSI, Pellegrino. *Lineamenti di diritto penale e costituzionale*. Palermo: 1953.

ROUMIER, William. *L'Avenir du Jury Criminel*. Paris: LGDJ, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2003.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. Habeas corpus 98.001340-2. Relator: Desembargador Orli Rodrigues. Julgado em 31 mar. 1998.

\_\_\_\_\_. Habeas corpus n. 04.021815-0 Relator: Des. Torres Marques. Julgado em 10 set. 2004.

\_\_\_\_\_. Recurso criminal n. 99.012356-1 Relator: Des. Nilton Macedo Machado. Julgado em 31 ago. 1999.

\_\_\_\_\_. Regulamento de Processo Administrativo Disciplinar. Portaria n. 009/PMSC/2001.

\_\_\_\_\_. Recurso Criminal n. 2005.020523-4 Relator: Des. Amaral e Silva. Julgado em 31 ago. 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, ano 3, n.12, mês 2003.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Breves considerações sobre o emendatio libelli e a mutatio libelli. *Ajuris. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, n. 49, p.103-111, mês ano.

SIDOU, J. M. OTHON. Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *O proporcional e o razoável*. RT, n. 798, 2002.

SOTO NIETO, Francisco. *Correlación entre acusación y sentencia*. Madrid: Ed.Montecorvo, 1979.

STEINER, Sylvia Helena F. *O Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br) >. Acesso em : 25 jun. 2001.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *A sucessão das leis penais*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: RT, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TOVO, Paulo Cláudio. *Nulidades no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

\_\_\_\_\_. *Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

\_\_\_\_\_. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VAGGIONE, Luiz Fernando. *Teoria e prática de processo penal*. São Paulo: Paloma, 2001.

VALBUENA GONZÁLEZ, Félix. *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004.

VALLEJO, Manuel Jaén. *Principios y garantías del proceso penal*. Managua: Area de Publicaciones del Instituto Centroamericano de Estudios Penales de la Universidad Politécnica de Nicaragua, 2004.

VARELA GOMES, Bernardino. *El recurso de apelación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

VIDMAR, Neil. *World Jury Systems*. New York: Oxford Socio-Legal Studies, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1987.