

O ASPECTO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS

Antonio José Azevedo Pinto

I — Introdução

1. O homem, a sociedade e o direito

O homem, já o dizia *Aristóteles*, é um animal social e político, porque destinado a viver em sociedade, ao lado de seus semelhantes. Essa sua sociabilidade é, antes de tudo, um imperativo de sua própria natureza, de modo que homem e sociedade constituem um verdadeiro binômio, havendo necessidade de que essa convivência seja caracterizada por uma forma sadia.

Todavia, a vida do homem em sociedade, desde os primórdios, foi caracterizada por conflitos, por lutas e violências que não raras vezes punham em risco a própria sobrevivência do grupo social.

Para procurar limitar as conseqüências desses conflitos, a religião muito contribuiu com seus princípios e mandamentos imperativos, refletindo a vontade dos deuses adorados.

Graças à evolução constante das sociedades, foram surgindo novas normas e regras criadas pelo homem para o controle da vida em sociedade, uma vez que nem só os princípios religiosos tornaram-se suficientes.

O direito, assim criado pelo homem, como um conjunto de regras destinadas a tornar possível a convivência humana, como produto da cultura e do desenvolvimento dos povos, era, primitivamente, nitidamente de cunho religioso, refletindo suas regras, seus princípios, antes de mais nada, comandos religiosos. Daí porque afirmar-se que foram os sacerdotes os primeiros juizes das sociedades.

Com muita propriedade afirma *Paulo Dourado de Gusmão* que "as normas do direito primitivo eram executadas espontaneamente, mas, talvez seja melhor dizer, instintivamente, pelo medo de suas sanções draconianas e desumanas".

De fato, o direito nos povos primitivos possuía um caráter muito severo, com a imposição de sanções por vezes cruéis, vez que buscavam acima de tudo resguardar a figura do soberano.

Aos poucos, e em decorrência da própria evolução da estrutura social, o direito foi se aperfeiçoando, surgindo as primeiras construções doutrinárias, delineando-se os primeiros institutos jurídicos, alicerces da própria sociedade, que encontrou nesse conjunto de regras o meio de manter a própria vida coletiva.

Uma das maneiras encontradas pela sociedade para tornar possível a existência coletiva foi o Estado, instituição política fundamental criada pelo homem e que pode ser considerado como "a

organização do poder com o objetivo de, em determinado território, proporcionar segurança e desenvolvimento a um povo nele fixado”.

2. O Estado e o indivíduo. Tarefa do Estado

As sociedades humanas organizaram-se. Aperfeiçoaram-se os princípios do direito. O soberano, o chefe, passou a dispor de um mecanismo de controle da atividade social de grande porte.

Ao Estado, assim, desde logo, coube a tarefa de exercer todo esse controle.

Surgiu a idéia de ordem jurídica, “complexo de normas jurídicas positivas dominante, em um momento histórico, numa sociedade determinada”.

O direito, imbuído de princípios filosóficos, estabeleceu verdadeiros dogmas, afirmando o ideal de justiça como sendo uma de suas constantes. Desde logo afirmou-se que o homem era o destinatário de todo e qualquer direito.

A idéia de que, um direito que não estava escrito nas leis, mas que a todas elas era superior, ganhou corpo em quase todas as civilizações.

Os gregos, que tinham como dogma racional a observância às leis, ainda que injustas, “porque o bom cidadão deve mesmo obedecer às leis e nunca induzir outros a desobedecerem àquelas necessárias e para garantia do Estado, o que é indispensável à convivência”, embora não indagando a respeito dos direitos do homem como indivíduo contra o Estado, afirmavam que ao lado do justo segundo as leis existia um justo segundo a natureza, baseado em leis não escritas, mas de caráter eterno e imutável.

Como afirma *Vicente Greco Filho*, a concepção filosófica dos gregos não concebia um sistema de garantias dos indivíduos contra o Estado ou os governantes, “porque a violação da personalidade do cidadão merecia a reprovação da *polis* por força de um julgamento ético e político e não juridicamente institucionalizado”.

Todavia, certo é que, por razões filosóficas e mesmo religiosas, tendo para isso o cristianismo muito contribuído, o perfil da existência de certos direitos individuais próprios da pessoa humana, e que pairam até mesmo acima do Estado, foi sendo marcadamente traçado nas sociedades através dos tempos.

Esses “direitos naturais” começaram a sensibilizar o direito positivo que passou a reconhecê-los e a incluí-los em seus ordenamentos. O direito à vida, à liberdade pessoal, à propriedade, à honra, etc., porque inerentes e comuns a todos os homens, impostergáveis por isso mesmo, integraram a “ordem jurídica” do Estado, não sem antes muita luta e muito sangue derramando.

3. O Estado e o Direito

O Estado moderno e mesmo o Estado antigo organizou-se em torno da lei.

Por exemplo, o regime jurídico de Atenas, segundo *Sánchez Viamonte*, citado por *Sahid Maluf* "repousava na existência de uma ordem constitucional, criada pela vontade popular, mediante leis".

Quer para os gregos, quer para os romanos na antiguidade, quer para os ingleses na atualidade, o conceito de constituição confundia-se com o próprio "conjunto institucional do Estado, a sua forma, o seu governo, em suma, todo o complexo normativo e costumeiro referente ao poder político organizado de uma determinada nação". (*Afonso Arinos de Melo Franco*).

O Estado, chamado a traçar as normas básicas da organização social, através de lento processo de elaboração consolidou as principais diretrizes desse ordenamento social, valendo-se, para tanto, do direito. Se, em razão de lutas e dolorosas conquistas foram reconhecidos certos direitos fundamentais do homem, que a todos interessam, competindo ao próprio Estado assegurá-los, resultando daí que são direitos que limitam os próprios poderes do Estado, certo é que o próprio Estado, por imposição de lógica jurídica, viu-se na contingência de estabelecer as garantias necessárias para esses direitos.

Tornou-se imperioso mesmo que o Estado fosse o guardião desses direitos fundamentais e absolutos do homem, direitos esses erigidos, transformados em cânones constitucionais. Assim, as constituições dos povos, ao mesmo tempo em que afirmavam o respeito devido a tais direitos, estabeleciam a forma de garanti-los não só contra os abusos praticados pelos próprios cidadãos uns contra os outros, como também os abusos cometidos pelo Estado.

II. O Habeas Corpus — Suas Origens

Afirma-se constantemente que a Magna Carta é o ponto decisivo entre o sistema das garantias individuais e o sistema do arbítrio real, onde prevalecia a vontade do soberano sobre qualquer outra.

André Maurois, entretanto, declara que, por ocasião de sua elaboração não existiam, ainda, as idéias modernas de liberdade, que não tinham sido formadas.

Ocorre que, as idéias jurídicas surgidas com a Magna Carta motivaram a fixação da idéia da afirmação e reconhecimento de direitos fundamentais do homem.

Assim é que, nenhum homem livre podia ser preso sem que fosse condenado por seus pares, ou pelas leis do país, *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*.

Como afirma *Pontes de Miranda*, o Direito inglês odiava a detenção injusta do homem livre, procurando, por isso mesmo, conceder meios de direito contra essa ilegalidade.

Segundo *João Mendes Júnior*, o Direito inglês conhecia quatro meios de fazer cessar a prisão mal fundada: o *writ of mainprise*; o *writ de odio et atia*; o *writ de homine replegiando* e o *writ de habeas corpus*.

Aos poucos, porém, segundo ainda a lição do festejado autor, os três primeiros caíram em desuso, substituídos pelos *writs of habeas corpus*: o *habeas corpus ad respondendum*, *ad satisfaciendum*, *ad deliberandum*, sendo o mais importante o *writ of habeas corpus ad subjiciendum*, dirigido ao indivíduo que detém um outro ilegalmente, intimando-o a apresentá-lo, declarando ao mesmo tempo em que dia e por que motivo foi preso (*apud Tourinho Filho*).

A expressão *habeas corpus* adviria das palavras da fórmula ou mandado que o Tribunal concedia, "e era, segundo afirma *Pontes de Miranda*, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda o corpo do detido".

Pontes de Miranda, com a autoridade de sempre, afirma que tais medidas se fizeram sentir naquela época, em razão de o direito de ir, ficar e vir ser "vaga noção teórica, sem as garantias necessárias que a efetivassem".

Todavia, é segundo o referido autor, "... essa ordem que era eficiente nas espécies de prisão executada por particulares, não o seria quando o opressor fosse o príncipe ou o rei, ou, por ele, alguém que o representasse", surgindo, assim os desmandos, os abusos e a violação dos direitos do povo inglês.

Foi então que, em 1679 surgiu o famoso *Habeas Corpus Act*, no reinado de Carlos II, Act esse considerado por muitos como uma segunda Magna Carta, tal a força de seus termos.

Mais uma vez *Pontes de Miranda* afirma que a importância do *Habeas Corpus Act* de 1679 é muito discutida, não sendo certa a afirmação de que esse *bill* fosse a verdadeira origem do *habeas corpus*, posto que os seus princípios já estavam contidos nos pactos dos barões de 1215 e o seu próprio nome já era usado há séculos.

A grande imperfeição do *Habeas Corpus Act* de 1679 consistia em só se referir às pessoas privadas de liberdade por serem acusadas de crime, não tendo qualquer direito de pedir *habeas corpus* aqueles simplesmente detidos por qualquer outro motivo.

Somente em 1816, com outro *Habeas Corpus Act* é que tal irregularidade, porque atentava contra a própria índole do povo inglês, foi sanada, cercado-se, daí em diante, com essa garantia, o direito de ir, ficar e vir dos cidadãos.

Dai para a frente, o *habeas corpus* ganhou o prestígio como instituto primordialmente de direito processual constitucional porque inserido nos mandamentos constitucionais.

Sua esfera de aplicação, no entanto, como observa *Frederico Marques*, é, mais intensamente, a esfera da justiça criminal, razão por que se encontra nas leis processuais penais o seu disciplinamento legislativo.

Importante é assinalar-se que, o *substractum* desse instrumento de garantia, em que pese o seu disciplinamento legislativo ser cometido às leis processuais penais, continua sendo o Direito Constitucional.

Modernamente, o *habeas corpus*, não se reveste apenas do significado de apresentação do indivíduo que se acha detido.

1. O *habeas corpus* no Direito Constitucional Brasileiro

Fontes de Miranda, referindo-se ao *habeas corpus* na Constituição do Império, declara: A Constituição do Império do Brasil não falou do *habeas corpus*. Todavia, o seu artigo 179, § 8.º era de liberalismo que podia comportar perfeitamente esse remédio jurídico processual.

Segundo o autor, "estava de tal modo propagado o amor da liberdade no espírito brasileiro, na primeira metade do século XIX, graças aos nossos políticos educados na Europa (abeberados de direito inglês e idéias liberatórias da França contemporânea, que se misturavam em sua formação moral) e aos fatores mesmos da alma secular do mundo, que a inserção do *habeas corpus* derivou, facilmente, da nossa primeira carta constitucional".

Do *habeas corpus* fala-nos a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 nos artigos 61, § 1.º e 72, § 22.

Com relação ao citado artigo 72, § 22, declara a Constituição que: "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminência de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder", sendo certo que o remédio jurídico se aplicava a todo e qualquer indivíduo não se restringindo, como no *caput* do artigo 72 a cidadãos e estrangeiros.

A emenda de 1926 veio aperfeiçoar ainda mais o *habeas corpus*, uma vez que o referido parágrafo 22 passou a ter a seguinte redação: 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".

Houve, assim, uma ampliação, pelo menos técnica, com a substituição dos termos "cidadão" brasileiro e estrangeiro, e indivíduo.

Com a Constituição de 1934, novamente o *habeas corpus* foi mantido, figurando no Capítulo II referente aos Direitos e Garantias Individuais.

A posterior Constituição de 16 de julho de 1934, acima referida, dispunha em seu artigo 113, § 21 que: Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

No parágrafo 23 vinha expresso o *habeas corpus*, afirmando que “dar-se-á *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 *habeas corpus*”.

As posteriores Constituições de 1946 e 1967 mantiveram-se fiéis aos preceitos liberais que inspiram o *habeas corpus*.

Vê-se, assim, que esse instituto é medida judicial destinada a tutelar e proteger a liberdade de locomoção de qualquer pessoa física que sofra ou se veja na iminência de sofrer violência ou coação. A liberdade de locomoção expressada nas formas de ir e vir é constitucionalmente garantida pelo Estado, a quem, por seu turno, compete zelar pela sua preservação.

Como o *habeas corpus* encontra a sua intensidade na esfera criminal, como instrumento capaz de remover a ilegalidade ou abuso de poder que firam a liberdade de ir e vir, vamos encontrar em nossas leis ordinárias a sua regulamentação.

Na época das Ordenações, nenhuma referência havia, de forma expressa, ao *habeas corpus*, vigorando o interdito de *Liberis Exhibendis*, que tinha a finalidade de obter o desagravo por constrangimento ilegal à liberdade, “qualquer que fosse a sua natureza”.

A primeira lei que cuidou da matéria, ainda no Brasil Império, foi a lei de 29 de novembro de 1832, o Código de Processo Criminal do Império, que dispunha em seu artigo 340 que “todo cidadão que entender que ele, ou outro, sofrer uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* a seu favor”.

A conseqüente aplicação desse dispositivo muito concorreu para ampliar o instituto, de modo que a Lei n.º 2.033, de 1871, em seu artigo 18, § 1.º determinava que a simples ameaça na liberdade de ir e vir justificava o pedido de *habeas corpus*. Com isso estabeleceu-se o *habeas corpus* preventivo.

Com o advento da República e, conseqüentemente, com a institucionalização do *habeas corpus* como efetiva forma de garantia

constitucional, pretendeu-se ver no mesmo um remédio contra todo direito que estivesse “ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade”, no dizer de *Rui Barbosa*.

O Supremo Tribunal Federal, no pensamento de *Luiz Eulálio Bueno Vidigal*, citado por *Frederico Marques*, optou, entretanto, pela posição de reconhecer o *habeas corpus* como remédio protetor da liberdade de ir e vir.

Muito contribuiu para isso o Decreto n.º 3.084, de 5 de novembro de 1898, a Consolidação das Leis da Justiça Federal, que em seu artigo 360 dispunha sobre a prisão ilegal. O atual Código de Processo Penal veio regulamentar a matéria em seus artigos 647 a 667.

2. A natureza jurídica do *habeas corpus*

A natureza jurídica desse instituto tem ensejado grandes debates doutrinários.

Remédio heróico, recurso ou ação, são as posições tomadas por alguns estudiosos.

O nosso Código de Processo Penal coloca-o no quadro dos recursos. *Frederico Marques*, com a sua inegável autoridade de processualista, esclarece que “o instituto do *habeas corpus*, como já se móstrou, tem caráter proteiforme, uma vez que o seu *nomen juris* é empregado com alusão e referência, à pretensão de *habeas corpus*, à ação de *habeas corpus*, ao processo de *habeas corpus* e ao procedimento do *habeas corpus*.”

“A rigor, prossegue o autor, o *habeas corpus* seria o pedido de “reivindicação da liberdade”, quando lesado o *jus libertatis*, ou proteção à liberdade quando esta se encontre ameaçada de lesão. No entanto, como esse pedido deve ser feito em juízo, há uma ação de *habeas corpus*, a qual instaura processo de igual nome, caracterizado especificamente, pelo procedimento sumaríssimo, através do qual se movimenta a instância e seus atos se sucedem coordenadamente.”

Nega-lhe o autor o caráter de recurso, mesmo encarado o instituto sob o ângulo estritamente processual, apesar de o Código de Processo assim entender.

Fernando Tourinho rotula-o como *remedium juris*, destinado a tutelar, de maneira eficaz e imediata, a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir.

Gama Coelho, afirmara por seu turno, “é um recurso extraordinário a uma violência dada, na falta de outro que faça desaparecer, ou a evite”.

Contra essa afirmação insurgiu-se *Galdino Siqueira*, "porquanto é interposto, processado e decidido entre agentes e por agentes do Poder Judiciário".

Afirmava ele que o *habeas corpus* é um recurso ordinário e, pela sua maneira de ser processado, um recurso especial.

Borges da Rosa vê nele um "remédio que a lei concede para fazer cessar a violência ou coação ilegal iminente contra a liberdade de ir e vir de alguém".

Pontes de Miranda, por sua vez, menciona ser o *habeas corpus* "remédio jurídico, ação garantia".

Como recurso encara-o *Lafayette Rodrigues Pereira*. Essa concepção doutrinária do *habeas corpus* merece, assim, ser melhor examinada.

Entendemos ser o *habeas corpus*, primordialmente, um instituto de natureza constitucional, ou melhor, de Direito Processual Constitucional. Visto sob esse prisma é, sem dúvida alguma, uma ação judiciária, posto que tem como objetivo fulminar de ilegalidade o ato do Poder Público, representado por uma autoridade mandatária, que se caracteriza por violar o preceito da Lei Maior.

Ora, para obter-se a revogação ou a modificação dessa ilegalidade, ou desse abuso de poder, somente assumindo a natureza de ação, que encontra na Constituição a sua gênese, é que o *habeas corpus* pode atender aos seus fins.

Diga-se de passagem que pelo fato de estar o *habeas corpus* rotulado como recurso em nossa legislação processual, e também pelo fato de, em alguns casos, ser usado para atacar despacho ou decisão nulos, tal não lhe tira o caráter de ação, porque, na verdade, é ele ação visando o pedido de determinada providência jurisdicional em virtude da violação ou ameaça de violação da liberdade de locomoção, liberdade essa que se constitui um verdadeiro direito de cunho constitucional.

Assim, e repetindo a lição de *Rogério Lauria Tucci*, "é o *habeas corpus* ação pela qual, originada a instauração de um processo do mesmo nome, exteriorizado em procedimento sumaríssimo, se reivindica a liberdade de locomoção".

Se o *habeas corpus* é aqui entendido como uma ação penal, resta-nos questionar que tipo de ação penal ele é.

A ação, como direito abstrato que é, fundada em norma de direito constitucional, consoante afirma *Frederico Marques* é uma só como instituto jurídico em que se contém as regras sobre o direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado.

Entretanto, é ela um direito instrumental conexo a uma pretensão e, como figura de direito processual, pode agrupar-se em diver-

sas categorias que se distinguem entre si em razão da tutela jurisdicional invocada.

No Direito Penal encontramos diversos tipos de ação de conhecimento, em que a prestação jurisdicional consiste numa decisão sobre a situação jurídica disciplinada pelo Direito Penal. Esta pode ser declaratória, constitutiva e condenatória.

Ao lado dessas ações, figura, ainda, a ação penal de execução, que tem por finalidade tornar definitiva a sanção estabelecida em sentença condenatória, havendo, sempre, como pressuposto, a existência de um título executivo.

Resta, finalmente, a ação cautelar, cuja finalidade é efetuar providências provisórias visando assegurar os efeitos de um procedimento principal.

O *habeas corpus*, como ação que é, reveste-se de uma roupagem de garantia constitucional; assume a natureza de uma ação declaratória, de uma ação constitutiva, ou mesmo de uma ação cautelar.

Esse tríplice aspecto de que o *habeas corpus*, como ação, se reveste, funda-se na sua própria finalidade, pois que objetiva ele, de imediato, um pronunciamento meramente declaratório, constitutivo ou uma providência cautelar, tudo visando à liberdade individual.

Como ação cautelar, visa o *habeas corpus* impedir a prisão injustificada ou por tempo indeterminado. É por exemplo o que se vê do disposto no artigo 648, números II, III, IV e V do C.P. Penal.

Como ação constitutiva, objetiva desfazer uma situação jurídica limitadora da liberdade de locomoção, como se vê dos incisos VI e VII do referido artigo.

Finalmente, como ação declaratória, visa ele obter a simples declaração de uma situação jurídica, como por exemplo no caso da extinção da punibilidade.

3. O *habeas corpus* no Código de Processo Penal

O nosso Código de Processo Penal disciplina o *habeas corpus* no Capítulo X, do Título II, que trata "Dos Recursos em Geral".

Preceitua o artigo 647 do diploma processual que, "dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Da leitura desse artigo vislumbra-se, logo, que o instituto pode ser aplicado em dois casos: ou se já houve a violência ou coação ilegal, ou se estes estão iminentes.

Temos, assim, dois tipos de *habeas corpus*: o liberatório, no primeiro caso e o preventivo, no segundo.

No primeiro, busca-se restabelecer a liberdade de locomoção restringida; no segundo, objetiva-se evitar que essa restrição à liberdade de ir e vir se materialize.

Imperioso é que a liberdade de ir e vir seja abalada por ato ilegal, ilegalidade essa precisada pelo artigo 648.

Ora, há que se associar essa ilegalidade às noções de violência e coação, uma vez que a só existência dessas duas não autoriza pura e simplesmente o pedido.

Interessante é notar-se que o Código não define, nem explicita os casos em que se considera a violência ilegal, a exemplo do que faz com a coação.

É de *Borges da Rosa*, entretanto, a seguinte lição: “no caso de *habeas corpus*, a violência caracteriza-se pela prática de ato que force alguém, impedindo, cerceando ou reduzindo a sua liberdade de ir e vir”.

“Para ter cabimento o *habeas corpus*, é imprescindível que seja ilegal a violência à liberdade de ir e vir do paciente. A prisão deste é sempre um ato de violência, senão física, pelo menos moral. Mas, se tal ato provém de origem legal da autoridade, por motivo de crime praticado pelo paciente (crime que dê lugar à prisão), não tem lugar o *habeas corpus*, porque a violência não é ilegal, e, sim, legítima.”

“A violência será ilegal”, prossegue o autor: “a) quando o caso não a comportar ou permitir; b) quando não houver justa causa; c) quando quem a ordenar ou praticar não tiver competência para fazê-lo; d) quando for praticada sem o cumprimento das exigências legais; e) quando houver cessado o motivo que a autorize.”

Dentre as hipóteses versadas pelo artigo 648 do Código de Processo Penal, merece ser vista a “justa causa”.

Pedro Nunes, entende que justa causa é o “motivo lícito, conforme o Direito”.

Partindo dessa idéia, a falta de justa causa haveria sempre que não existisse um motivo lícito conforme o Direito, para justificar o ato de tutela da liberdade.

Bento de Faria, afirma que há falta de justa causa “se o ato de que se queixa o cidadão ou não tem sanção da lei ou não satisfaz seus requisitos”.

Florêncio de Abreu sustenta dizendo que “o conceito de justa causa não se pode estabelecer *a priori*, cabendo ao juiz apreciá-la no caso concreto”.

Essa é, inclusive, a opinião de *Oliveira Machado*, citado por *Sadi Cardoso de Gusmão*: “justa causa não pode ser definida em absoluto.

Depende da integridade e escrupulosa apreciação do juiz que aequilibrando os motivos ocasionais determinantes da prisão, qualificará a injustiça da causa para declarar legal ou não o constrangimento corporal ou ameaça”.

Desse modo, não sendo a causa *secundum jus*, o cerceamento ou ameaça ao direito de ir e vir será ilegal, vale dizer, portanto, que haverá justa causa para o *habeas corpus*.

É de se observar que o fato de o ato coativo não ser contrário à lei, nela encontrando dispositivo legal que a ampare, não torna todo ato inóceno de ser rotulado como carente de justa causa. Desde que o aludido constrangimento fira um princípio da já referida “ordem jurídica”, ter-se-á como presente o motivo para a ordem.

Assim, basta que um dos preceitos constitucionais seja violado, para que se torne caracterizada a falta de justa causa, pois, em última análise, compete à Constituição velar pela existência e aplicabilidade desses preceitos.

Justa causa importa, ainda, em legítimo interesse que ocorre sempre que o ato coativo provenha da prática ilícita por parte do indivíduo que sofre a coação. Desse modo, só haverá legítimo interesse na prática de ato coativo quando houver correlação deste com algum fato ilícito que torne justificável o cerceamento da liberdade.

Esse é o entendimento da jurisprudência: “*Habeas corpus* — Não configura constrangimento ilegal mero indiciamento em inquérito policial determinado pelo juiz, em face de requerimento do Ministério Público, à vista de fatos apurados em autos de inventário” (RHC n.º 49.630 — SP; RTJ 61, 355).

“Verificado que a prova indiciária não passa de mera suposição que não autoriza a conclusão de haver o paciente constituído o crime, concede-se-lhe a ordem de *habeas corpus*” (“Rev. Forense”, vol. 211).

Modernamente, o critério e entendimento sobre o conceito da justa causa, como bem observa *Sergio Demoro Hamilton*, vêm tomando feição bem mais ampla do que a do seu sentido histórico, ganhando elasticidade cada vez maior.

O critério de ilegitimidade de ato passa, assim, a integrar o conceito de justa causa.

Por exemplo, a 2.^a Câmara Criminal do T.J. do antigo Estado da Guanabara, no RHC n.º 29.886, fulminou de ilegitimidade o constrangimento da autoridade policial de obrigar o cidadão a comparecer à Delegacia de Polícia para prestar esclarecimentos que nada tinham a ver com o fato delituoso.

Forçoso é reconhecer-se que, no âmbito do inquérito policial, terá cabimento o *habeas corpus* quando o fato *in thesi* não constituir crime.

Com referência à justa causa, surgem alguns problemas interessantes, como por exemplo, o que diz respeito à indagação da prova. No rito sumaríssimo do *habeas corpus*, evidentemente que a pesquisa acerca da prova não tem total e pleno cabimento.

Todavia, é de se reconhecer que inúmeros são os julgados que admitem um exame da prova no processo sumaríssimo do *habeas corpus*.

A reação inicial oposta a esse exame foi cedendo lugar a uma corrente mais ampla que se orientou no sentido de admitir que se examinasse a prova, salvo se tal exame penetrasse no terreno profundo da prova.

Realmente, tal verificação da prova, não só nos casos de aferição da justa causa, como naqueles casos em que se busca, via do *habeas corpus*, o trancamento da ação penal é de todo necessária e conveniente, uma vez que as situações alegadas nem sempre emergem do fato alegado. A verdade a respeito da chamada justa causa é que esta, tanto envolve a matéria de mérito como a própria questão processual em seus múltiplos aspectos.

Exemplo típico é o do RHC n.º 12.647 do T.A. Crim. de S.P. da 3.ª Câ. Crim., datado de 30-10-75, que entendeu: "*Habeas corpus*. Inquérito — Trancamento. Não é o *habeas corpus* terapêutica adequada para o trancamento de inquérito. Ilide-se esta regra geral salvo quando a atipicidade do fato que se pretende apurar é constatável à primeira vista".

No mesmo sentido, a decisão que entendeu: "*Habeas corpus* — Constrangimento ilegal. Cognição dos Fatos. Em *habeas corpus* a cognição dos fatos perseguidos no inquérito ou na ação penal é parcial e limitada, mas a cognição dos fatos qualificados de constrangimento ilegítimo deve ser exaustiva e que propõe ao imperante o dever da informação suficiente" (RHC n.º 14.221, do T.J. do R.S.).

Outra questão, dentre as muitas que o *habeas corpus* suscita, que merece ser posicionada, ainda que com brevidade motivada pela natureza despretensiosa do presente trabalho, é a referente ao trancamento do processo.

Dispõe o artigo 651 do C.P. Penal que "a concessão do *habeas corpus* não obstará, nem porá termo ao processo desde que este não esteja em conflito com os fundamentos daquele".

Esse princípio não é regra absoluta. Em verdade, muito dependerá do caso. Assim sendo, quando concedida a ordem por

falta de justa causa, é evidente que o trancamento da ação penal, vale dizer do processo, ocorrerá. É ele, aqui, verdadeira ação penal constitutiva que impede todo o prosseguimento do processo.

Todavia, no caso do inciso VI do artigo 648, muito embora visto como ação constitutiva, não trancará, evidentemente, o processo, pois, anulado este, nova relação processual se estabelecerá, já agora sanada da nulidade que a afetava.

No caso da *abolitio criminis*, reveste-se o *habeas corpus* do conteúdo de uma ação declaratória que trancará o processo, face à ausência das condições de procedibilidade necessárias.

Nesse caso, pode-se afirmar que a própria *persecutio criminis* morrerá, atacada pelo *habeas corpus*.

Se, a finalidade do *habeas corpus*, via de regra, não é pôr fim à relação processual, nem por isso se pode afirmar o contrário.

Apesar de ser ele um instituto destinado a coibir os abusos, a proteger o direito constitucional de liberdade do indivíduo, que não se vê violado ou ameaçado apenas com um ato ilegal ou ilegítimo de custódia, certo é que pode ele funcionar com uma finalidade mais ampla, bastando ver-se o sentido de justa causa, como já acima examinado.

O *habeas corpus* revestido das características da ação cautelar não tranca, por seu turno, o processo, pois, visa-se aqui, acautelar o direito de liberdade do indivíduo. É o que se entende da seguinte decisão: "Verificado o excesso de prazo da prisão, defere-se a ordem de *habeas corpus* a fim de que os pacientes aguardem em liberdade o julgamento da respectiva ação penal" ("R. Forense", vol. 223).

De tudo o que se pretendeu afirmar, podemos tirar algumas conclusões:

- 1 — O *habeas corpus* é uma ação de conteúdo constitucional ou constitucionalístico, que visa a proteger a liberdade física do indivíduo, ameaçado ou violado por coação ilegal;
- 2 — Apesar do âmbito sumaríssimo de seu processamento, a tendência moderna é permitir um exame da prova, ainda que não profundamente, em face da amplitude do conceito de "justa causa", que envolve, por sua própria natureza, tanto matéria de processo como de mérito;
- 3 — Há que se distinguir, na prática, os casos em que o *habeas corpus* tem o poder de trancar a ação, de forma definitiva, daqueles casos em que, acautela, apenas, o *jus libertatis* do indivíduo, sem contudo impedir o prosseguimento da relação processual.