

DO HABEAS CORPUS

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA *

SUMÁRIO. 1- Considerações iniciais. 2- Origem. 3- Evolução doutrinária. 4- História na Jurisprudência. 5- Outros recursos e a opção pelo *habeas corpus*. 6- 7- A função de tutelar a liberdade. 8- Natureza Jurídica. 9- Características essenciais. 10- A concessão de liminar. 11- O Mandado de Segurança como remédio a tutelar as liberdades da profissão e o *Habeas Corpus*. 12- Características comuns entre o Mandado de Segurança e o *Habeas Corpus*. 13. Uma nova tendência equivocada¹.

1. Garantia constitucional de proteção da liberdade de locomoção², o *habeas corpus* é remédio jurídico que ganhou contornos particulares em nosso direito processual, sendo tanto uma ação como um recurso.

Já não mais guarda apenas aquele seu sentido constitucional de "ação pela qual se reivindica a liberdade de locomoção", como o definiu João de Oliveira Filho no seu *Código de Processo Penal de Minas Gerais*, publicado em 1927, mas ganhou uma nova face, com que se apresenta em um dos lados como remédio processual contra a ilegalidade e contra os constrangimentos sem justa causa no processo penal, para o que pode ser perfeitamente utilizado *ainda que o réu não se ache preso nem concretamente ameaçado de prisão*.

Assim é que, incluído no Código de Processo Penal entre os recursos, e posto utilizável também como uma ação de impugnação (dele se valeu um ex-presidente da República, no período ditatorial, para que pudesse sair do País para tratamento médico no exterior)³, assumiu o papel de um grande recurso, um *recurso-ônibus*,

* Advogado. Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Subprocurador-geral da República aposentado. Livre-docente pela UFMG. Professor dos cursos de pós-graduação das Faculdades Milton Campos. Diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Ex-membro do Tribunal de Ética e Disciplina e da Comissão de Exame de Ordem da OAB/MG.

1 Conferência pronunciada em Congresso promovido pela OAB, seção de Minas Gerais. O item 13 é um acréscimo agora feito ao texto, tendo em vista o surgimento de uma nova orientação jurisprudencial.

2 "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" (Constituição, art. 5º, inc. LXVIII).

3 Cumpre salientar que o *direito de ir e vir* (expresso na fórmula latina como *jus ambulandi, manendi, eund ultro citroque*) compreende o direito de locomoção tanto no sentido estático como dinâmico, como

como o tenho chamado, um *super-recurso*, como muitas vezes a ele se referiu o Prof. Heleno Cláudio Fragoso, o que na atualidade o torna – ainda mais com a notável evolução e aplicação que vem tendo – um remédio extraordinário⁴, como de há muito foi considerado, um *remédio heróico*, como costuma ainda ser chamado.

Se utilizado, por exemplo, contra ato coativo de particular – como o de retenção em hospital de paciente já com alta, por não ter sido paga a conta, ou o de impedimento da entrada de alunos em faculdade, barrados por grevistas –, sem relação, portanto, com processo judicial, identifica-se como uma ação judicial. Já se impetrado contra uma sentença condenatória manifestamente nula, apresentar-se-á no papel de um recurso contra ato judicial. Mas o impetrante não diz, em um caso, que “move uma ação”; nem, em outro, que entra com “um recurso de *habeas corpus*”, mas, em qualquer dos casos, que “impetra”, ou “requer”, ou “pede” um *habeas corpus* (ou uma ordem de *habeas corpus*).

Faço, desde já, essa distinção, em primeiro lugar porque estudantes têm estranhado esse duplice papel do remédio, pensando que, como ação, o *habeas corpus* se subordinaria a uma petição inicial complicada, com indicação de valor da causa, pagamento de taxas, etc., e como recurso, teria que ser endereçado ao juiz da causa e processado nos autos da decisão impugnada, quando, em verdade, nada disso acontece, sendo que, em qualquer caso, a petição é muito simples e não varia, pois o que muda não passa do conceito ou classificação que o remédio teoricamente teria em um caso ou outro. Apesar de caber tanto no primeiro grau jurisdicional, como originariamente na segunda ou superior instâncias, não há maiores diferenças. Em segundo lugar, porque muitos negam sua condição de recurso, sobre o que diremos mais ao fim.

O uso do *habeas corpus* por motivo de ilegalidade processual, mesmo não estando o paciente preso nem ameaçado de prisão, é uma importante prestabilidade desse remédio, que se acha ameaçada de eliminação por um infeliz projeto de novo Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional⁵.

Dada a importância da matéria, e considerando que o tema é muito extenso para os limites de uma conferência, esta ficará destinada especialmente à discussão de aspectos muito característicos, mas também hostilizados, da aplicação do remédio em nosso

lembrou antigo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao conceder uma ordem de *habeas corpus* a prostitutas que eram impedidas por delegado de polícia de sair da zona em que residiam. O energúmeno que exercia a coação ilegal informara que não estava prendendo ninguém! E aqui está, por coincidência, mais um exemplo do emprego do remédio como ação não relacionada com o processo penal.

4 Na lição de ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “tem-se acentuado, apropriadamente, a nosso ver, que, tanto histórica e tradicional, como filosoficamente, o *habeas corpus* sempre foi tido como *mandado-remédio*, e da classe dos *remédios excepcionais (extraordinary remedies)*” (“*Habeas corpus*”, ação e processo penal, Edição Saraiva, São Paulo, 1978, p. 3).

Na observação de VICENTE SABINO JÚNIOR, “o vocábulo ‘remédio’ corresponde, na sistemática jurídica, a meio pelo qual se procura obter o reconhecimento de um direito, seja ele representado pela ação, seja pelo recurso ou postulação, para que a instância superior reexamine o caso e se pronuncie a respeito” (*O habeas corpus e a liberdade pessoal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40).

5 Até parece que fui profético quando escrevi no livro *Doutrina e Prática do Habeas Corpus* o seguinte: “Tão prestimoso é o remédio que não seria fantasioso reear surja alguma lei que lhe cerceie a utilização, nestes tempos em que tribunais clamam contra serviço”.

direito, fora de seus moldes clássicos de ação para reivindicar a liberdade, não sem fazer uma pequena introdução sobre suas origens e algumas considerações gerais.

2. O instituto do *habeas corpus*, como é sabido, é originário da Inglaterra, onde, em 1215, ocorreu o importante acontecimento da assinatura da declaração de liberdades denominada *Magna Charta*, imposta ao despótico rei João Sem Terra pelos condes e barões, revoltados diante das arbitrariedades do governo daquele monarca, que, aliás, desrespeitara repetidamente a Carta que assinara.

Não há dúvida de que o *habeas corpus*, nos moldes e com o nome que nos foram legados, é uma instituição inglesa; mas sua origem, tem-se admitido, remonta ao interdito de *libero homine exhibendo* dos romanos.

O nome vem das duas primeiras palavras, em latim, que significam “tome o corpo”, palavras iniciais do *writ*, ou mandado que, como acontece nas encíclicas, ou *bulas* papais (*Rerum novarum*, *Pacem in terra*, etc), deram nome ao instituto.

O mandado dizia: “Tome o corpo do preso e o apresente à Corte”. Nosso Código de Processo Penal conserva até hoje um resquício daquele mandado inglês. Lá está, com efeito, em um de seus artigos, que “Se o paciente estiver preso, o juiz mandará que ele seja trazido imediatamente à sua presença”. Só que, atualmente, isso não ocorrerá de modo rotineiro, mas quando pedido pelo impetrante⁶, visto que se firmou a praxe de, em vez disso, pedirem-se informações ao coator, tal como se faz nos tribunais, nos casos de competência originária.

O vocábulo “ordem”, que aparece na expressão “ordem de *habeas corpus*”, tradução do inglês “*writ of habeas corpus*”, serve, primordialmente, para compor o nome do remédio, que também pode ser chamado simplesmente de *habeas corpus*, e ao qual se costuma referir também como *ordem* e, até mesmo, *writ*⁷, como por vezes se vê em trabalhos forenses ou outros escritos jurídicos.

Significa também a expressão a própria ordem escrita, de soltura⁸ ou do que for, que o juiz ou tribunal concede, tendo aí o sentido do vocábulo inglês *writ*.

O instituto se incorporou à legislação brasileira em 1832, com o Código de Processo Criminal, que a ele dedicou os arts. 340 a 355 – “que formam um dos mais belos capítulos de nossa legislação”, nas palavras de Borges da Rosa⁹. Dispunha o citado Código de Processo Criminal no art. 340:

6 Muitos anos atrás, como promotor de Justiça, tive oportunidade de fazer isso, ao impetrar uma ordem em favor de preso que, além da ilegalidade da prisão, queixava-se de ter sido espancado pela autoridade policial coatora. E requeria mais: que o juiz interrogasse o paciente sobre a autoria da alegada violência, requisitasse um exame de corpo de delito e, após, encaminhasse, nos termos do art. 41 do CPP, cópia do expediente ao Ministério Público, para os devidos fins.

7 O “i” de *writ* não se pronuncia como “ai”, barbarismo fonético ouvido de muitas pessoas ilustres. Contou-me colega amigo, hoje excelente jurista, que em sua primeira petição, por sinal dirigida a um Tribunal de Justiça, praticara o barbarismo gráfico de pedir a concessão do “right”!

8 Para ELÍEZER ROSA (*Dicionário de processo penal*, verbete *Habeas Corpus*), “ALVARÁ de liberdade (e não de soltura, que é palavra que soa mal)”. A expressão “alvará de soltura”, contudo, é tradicional e dificilmente sua substituição seria aceitável.

9 INOCÊNCIO BORGES DA ROSA, *Processo penal brasileiro*, v. IV, Barcellos, Bertaso & Cia, Porto Alegre, 1942, p. 169.

“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”.

Com o advento da República, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 elevou o *habeas corpus*, já introduzido em nosso direito, como visto, pelo Código de Processo Criminal do Império, de 1832, à categoria de garantia constitucional, inscrita que foi em seu art. 72.

3. O instituto do *habeas corpus* tem passado, entre nós, ao longo de sua história, por notável evolução, com avanços realmente espetaculares, e, curiosamente, quase sempre por criação doutrinária, por construção pretoriana e pela força de praxe forense, que têm sido mais significativas que a contribuição legislativa, esta algumas vezes até em desfavor de uma melhor proteção à liberdade individual.¹⁰

Ainda no passado, alcançara essa garantia constitucional extraordinária dimensão em nosso direito, de modo a estender sua proteção a outros direitos que não puramente o de ir e vir, como o de fazer comícios, tomar posse em cargo público (o senador Nilo Peçanha, recorde-se, só tomou posse no Governo do Estado do Rio por força de um h.c.), promover culto religioso etc., até que, com a reforma constitucional de 1926, retomou o *habeas corpus* seus moldes clássicos de remédio de proteção exclusivamente da liberdade de locomoção.

É que, com o advento da República, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 elevou o *habeas corpus*, já introduzido em nosso direito pelo Código de Processo Criminal de 1832, do Império, à categoria de garantia constitucional. Mas não se fazia alusão a liberdade de locomoção, numa redação que, assim, não restringia a proteção do remédio à liberdade de ir e vir. Era nos seguintes termos o texto constitucional: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Falando assim, indeterminadamente, em violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, sem referir-se especificamente à liberdade de locomoção, favorecia-se o entendimento, sustentado por Rui Barbosa, de que o âmbito da garantia comportava ampliação. Isso certamente seria de encontrar boa receptividade, à falta de um outro remédio, como o mandado de segurança, inexistente na época.

Era o que Rui alegava em impetrações perante o Supremo Tribunal Federal e em discursos, como o proferido em sessão do Senado de 22 de janeiro de 1915,

10 A lei determinou que em todas as comarcas haverá um plantão permanente de 24 (vinte e quatro) horas do Poder Judiciário e do Ministério Público para apreciação de pedidos de prisão temporária (Lei nº 7.960, de 21/12/89, art. 5º). Mas não cuidou de estabelecer plantão para apreciar *habeas corpus*, providência que tem sido, entretanto, adotada por tribunais.

A Constituição de 1934, art. 73, I, letra h, havia incluído na competência do Supremo Tribunal Federal a concessão de *habeas corpus* em qualquer caso em que houvesse perigo de consumir-se a violência antes que outro juiz ou tribunal pudesse conhecer do pedido. Na Constituição de 1967 havia preceito semelhante, mas a Emenda n. 1 suprimiu aquele interessante caso de competência originária, que vez ou outra poderia ser de utilidade. Em época de greve (!) na Justiça, por exemplo.

em que argumentava:

“Não se fala em prisão, não se fala em constrangimento corporal. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*”.

De outra feita, argumentava:

“Logo, srs. senadores, o *habeas-corporis* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal; o *habeas-corporis* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade. Desde que a Constituição, srs. senadores, não particularizou os direitos que, com o *habeas-corporis*, queria proteger contra a coacção ou contra violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coacção todo e qualquer direito que ellas podiam tolher e lesar nas suas manifestações”¹¹.

Isso não obstante, havia uma corrente igualmente radical, que não admitia o remédio senão para amparar exclusivamente o direito de locomoção. A tese de Rui, porém, ganhou terreno no Supremo Tribunal, quase sempre não com a elasticidade por ele pretendida, mas com os temperamentos aduzidos pelo Ministro Pedro Lessa, que restringia a extensão do *writ* a outros direitos aos casos em que, para a proteção de um direito-escopo, que não fosse nem pudesse ser razoavelmente contestado, houvesse necessidade de proteger-se o direito-meio, ou seja, a liberdade de locomoção.

E a jurisprudência desenvolveu, então, um memorabilíssimo trabalho construtivo, reconhecendo ao *habeas corpus* uma latitude que, em país algum, jamais se lhe reconhecera”, como observou Seabra Fagundes¹².

Pode-se, no que diz respeito à aplicação extensiva do *habeas corpus*, dizer, com Arnoldo Wald, que a jurisprudência adotou a lição de Pedro Lessa, inspirada em Rui¹³.

Era a histórica e famosa teoria brasileira do *habeas corpus*. Nas palavras de Castro Nunes, foi “o episódio sem dúvida de maior culminância, o fato de maior significação em toda a nossa vida judiciária”.¹⁴

Não faltaram declarações de que decisões do Supremo Tribunal não seriam cumpridas¹⁵.

Mas foi assim que se concederam *habeas corpus* para que deputados pudessem ter seus discursos publicados, para que cultos religiosos fossem realizados, para que Rui Barbosa e correligionários fizessem comícios na Bahia.

11 “O *habeas-corporis*”, in *Coletânea jurídica*, Cia. Editora Nacional, 1928, p.58.

12 Seabra Fagundes, *Ob. cit.*, p. 252.

13 O *mandado de segurança*, Rio, 1955, p. 36.

14 JOSÉ DE CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, 4ª ed., Rio, 1954, p. 19.

15 Cf. EDGARD COSTA, *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal*, p. 51-53.

O Congresso Nacional, em 1926, sob a presidência Artur Bernardes, reformou a Constituição de 1891.

Como disse o citado Seabra Fagundes, “a reforma constitucional de 1926, retrogradando no campo das garantias individuais, procurou cercear, com a nova redação do texto relativo ao *habeas corpus*, a orientação até aí acolhida pela jurisprudência do Supremo”.¹⁶

Encerrava-se, assim, já com a expectativa da regulamentação do mandado de segurança – notável criação do direito brasileiro – a aplicação da chamada “teoria brasileira do *habeas corpus*”.

O *h.c.* voltou a seu padrão clássico: só para a liberdade de locomoção.

4. A influência daquele uso do *habeas corpus* para a defesa de direitos que hoje são protegidos pelo mandado de segurança podem ser responsáveis por equívocos que tempos depois ainda sucederam.

Veja-se, por exemplo, o que aconteceu na capital do Estado de São Paulo:

Um Secretário de Segurança Pública daquele Estado – não faz assim tanto tempo, foi em 1970 –, baixou portaria proibindo o exame por advogados nas delegacias de autos de inquérito e de prisão em flagrante. Pois bem. Advogados inconformados impetraram *habeas corpus*. Juiz da capital de São Paulo concedeu a ordem de *habeas corpus* preventivo para que os impetrantes – advogados da comarca –, não sofressem constrangimento no interior do edifício de delegacia de polícia, no que era ou seria legítimo direito relativo ao exercício da profissão de advogado.

As Câmaras Criminais Conjuntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, em 30 de setembro de 1970, no recurso *ex officio* de HC 101.444, cassaram a ordem.

Resume a ementa do acórdão, que recolhi no livro **A Defesa na Polícia e em Juízo**: “A concessão de *habeas corpus*, para a salvaguarda da liberdade de ofício ou profissão, não se enquadra dentro dos estritos termos do instituto. A questão seria pertinente ao mandado de segurança” (RT, 421/53)”.

Correto o acórdão, já que se tratava de uma medida generalizada, desvinculada de qualquer caso concreto, visando tão somente à proteção de direitos profissionais. Se estivesse em causa a defesa de algum cliente em particular, já se poderia pensar em um *habeas corpus*.

É o mandado de segurança o remédio legal para fazer cessar constrangimento contra o exercício da profissão.

Como explicar semelhante equívoco, tanto dos advogados como do juiz de primeiro grau?

O uso inadequado do *habeas corpus* em hipóteses semelhantes, por vezes

¹⁶ *Ob. cit.*, p. 254.

verificado na prática, tem decorrido, certamente, da influência da concepção elástica que o remédio alcançou no Supremo Tribunal Federal antes da criação do mandado de segurança, de maneira tão notável que veio a constituir a chamada “concepção brasileira do *habeas corpus*”.

5. Se, ainda no passado, alcançara aquela garantia constitucional extraordinária dimensão em nosso direito, de modo a estender sua proteção a outros direitos que não puramente o de ir e vir, modernamente, agora na área do direito processual penal, estamos assistindo à consolidação de uma nova concepção do instituto, tão importante e tão significativa como a da antiga e histórica doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Temos, em verdade, uma nova e extraordinária doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Trata-se de sua utilização como um remédio contra a ilegalidade em processo penal, um recurso de larga abrangência independentemente da existência de prisão ou de ameaça concreta à liberdade de locomoção.

É a sua face de remédio processual contra a ilegalidade e contra os constrangimentos sem justa causa no processo penal, para o que pode aí ser perfeitamente utilizado independentemente de existir constrangimento à liberdade de ir e vir, apresentando-se como uma outra face do remédio constitucional de proteção exclusiva da liberdade de locomoção, razão por que o tenho chamado de *habeas corpus* processual¹⁷.

Hoje largamente utilizado para anular ou trancar processo criminal que não tenha justa causa, décadas atrás isso soaria como uma heresia jurídica.

Dizia, por exemplo, a ementa de um acórdão do respeitado e acatado Tribunal de Justiça de Minas Gerais, datado de 3 de junho de 1958, que “Não é o ‘*habeas-corpus*’ meio adequado par obstar o curso de processo penal”, tendo o voto do relator salientado que, “em acórdão recente (Revista Forense, vol. 174, p. 306) o Supremo Tribunal Federal decidiu, *soberanamente*, nestes termos: ‘É pacífico nos domínios da jurisprudência que o ‘*habeas-corpus*’ não constitui meio idôneo para obstar a marcha do processo criminal’...” (*Jurisprudência Mineira*, v. XIV, n. 6, p., 117-118).

Empanada pela ideia de que o *habeas corpus* era um remédio para a proteção exclusivamente do direito de locomoção, passava despercebida a realidade de que nosso Código de Processo Penal, ao tratar do *habeas corpus*, ao mesmo tempo em que atendia à necessidade de regulamentar o processo da garantia constitucional, entre nós sempre afeto ao estatuto processual penal, que já cuidava do instituto antes de seu aparecimento na Constituição, estabeleceu hipóteses específicas em que uma coação no processo penal há de considerar-se ilegal (para fins de

¹⁷ Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, n. 1 (artigo) e *Direito processual civil e penal*, Editora Forense, 1995, p. 148, nota 2.

A expressão “*habeas corpus* processual” foi também utilizada pela doutrina, raramente embora, para distinguir do “*habeas corpus* constitucional”, isto é, da ação que veio a ser prevista pela Constituição, o remédio de que anteriormente só cuidava o Código de Processo Criminal de 1832.

cabimento do remédio, claro), erigido, em conseqüência, em um recurso, como de fato se achava também com sua inclusão no capítulo dos recursos. Essas hipóteses são as de nulidade manifesta do *processo* (a lei não falou em “auto ou decreto de prisão”, mas em – **processo**) e a falta de justa causa para o **processo**.

Trata-se de uma extraordinária ação-recurso, a que nos temos referido com a expressão “*habeas corpus* processual”, exatamente porque utilizável na justiça criminal independentemente de existir constrangimento à liberdade de ir e vir, apresentando-se como uma outra face do remédio constitucional de proteção exclusiva da liberdade de locomoção.¹⁸

Semelhante entendimento, porem, era recebido com resistência.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, pelo sucinto e expressivo voto do Min. Luiz Gallotti, em 18 de abril de 1969, reformou acórdão de tribunal estadual que não conheceria do pedido exatamente porque a ordem fora impetrada em favor de réu que não se achava preso nem na iminência de prisão, vale dizer, porque não estava em causa a liberdade de locomoção.

Eis a ementa do acórdão, de que demos notícia em nosso *Doutrina e Prática do Habeas Corpus*: “*Cabe o habeas corpus e deve ser conhecido, sempre que no curso da ação penal se alega que foi praticada uma ilegalidade em prejuízo do réu*”.

E frisou o douto relator:

“Tenho votado e, o que mais importa, tem decidido o Supremo Tribunal, que o âmbito do *habeas corpus* não se confina nos limites em que o entende a respeitável decisão recorrida”.

Com efeito, enquanto o *habeas corpus* constitucional é ação que protege *exclusivamente* a liberdade de locomoção, no processo penal o *habeas corpus* é remédio que assume o papel de um grande recurso.

E assim é que, além de algumas vezes suprir a falta de um recurso próprio, como no caso de decretação da prisão preventiva, tem sido de utilidade em caso de recebimento da denúncia ou queixa, para o qual também não há recurso próprio, nada importando o fato de poder ser remota a probabilidade de uma prisão. É que denúncia ou queixa podem se mostrar ineptas, ou podem existir vícios diversos – incompetência, falta de condição de procedibilidade, punibilidade extinta, etc. – e, além disso, a ação penal pode mostrar-se ilegal ou injusta por razão ligada ao mérito da causa. O remédio heróico teria o objetivo, então, de trancar o processo, providência que o art. 651 do Código de Processo Penal abona.

Outras vezes, mesmo comportando a decisão recurso específico, serve como outra opção, visto que, em princípio, e em que pese a uma ou outra manifestação jurisprudencial em contrário, a existência de um recurso não exclui a possibilidade da impetração e da concessão de *habeas corpus*, se for caso dele.

Veja-se, a esse respeito, o recurso em sentido estrito cabível da decisão que

18 Cf. JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, *Direito processual civil e penal*, Editora Forense, 1995, p. 148, nota 2.

negar fiança. Está praticamente em desuso diante da opção do *habeas corpus*, que não pode ser recusado pelos tribunais, visto que está escrito com todas as letras no art. 648, inc. V, que a coação considerar-se-á ilegal “quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autorize”.

O que muito o distingue da generalidade dos recursos é exatamente a maior rapidez. Por isso mesmo, costuma ser usado de preferência ao recurso ordinário constitucional para o Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a proibição da impetração originária tida por substitutiva, que entrara para a Carta de 67 por força do Ato Institucional 6/69, não mais perdura¹⁹. Por isso mesmo, muitas vezes certamente preferirá ao recurso ordinário constitucional, por motivo de urgência, agora quando a proibição da então usual e chamada substituição deste por aquele, decorrente de Ato Institucional caduco, é apenas lembrança de uma época difícil.

Hoje não mais se põe em dúvida a possibilidade da utilização do *writ*, nos limites de seu cabimento, quando couber apelação, e até mesmo o uso concomitante desta e daquele. Mas, ainda poucas décadas atrás, tribunais não conheciam do pedido ou denegavam a ordem ao fundamento da existência de recurso específico. Até mesmo a apelação não impede o uso até simultâneo do *habeas corpus*, muitas vezes também apropriado, como quando manifesta a nulidade, por incompetência absoluta do juiz, por exemplo. Mas aí, sem a amplitude da apelação, que permite discussão mais aprofundada da matéria de fato. É curioso notar que, entretanto, pode até ter um âmbito mais amplo que o de um recurso específico, como o recurso especial, que é limitado a questões de direito unicamente.

Tempos atrás, chocou-nos a resposta estapafúrdia na prova de um aluno à questão que indagava qual o recurso cabível da decisão do juiz que indeferira, por suposta intempestividade, um recurso em sentido estrito. Inconscientemente, e com certeza sem qualquer noção a respeito de carta testemunhável, a despeito de sua segunda repetência, escreveu apenas isto: “*habeas corpus*”. A perplexidade ante a inusitada resposta, já que existe recurso próprio e o *habeas corpus* não é específico para o caso, como ocorre no de fiança negada, nos fez parar para pensar a respeito, e ponderamos que a finalidade da carta, de corrigir a decisão errada, que prejudicava a defesa do réu, bem poderia ser alcançada através do remédio heróico. Por outro lado, objetávamos, seria uma opção injustificável e além disso descartável por se tratar, na hipótese, de medida até, por estranho que possa parecer, mais demorada, uma vez que, com ela, apenas se obteria a ordem de subida do recurso denegado, ao passo que a carta levaria para a apreciação desde logo pelo Tribunal, se já em condições para isso, o recurso negado. O remédio heróico, entretanto, poderá realmente ser de excepcional e grande valia se a parte perder o prazo para a carta (de apenas 48 horas para requerê-la ao

19 Em verdade, de há muito temos criticado a jurisprudência que chama de *substitutiva* a impetração em casos de cabimento de recurso ordinário. O que há é simples opção, como acentuou em importante acórdão o Superior Tribunal de Justiça (HC n. 15613 de Santa Catarina), relator o douto ministro Paulo Medina. Como não era caso de o Tribunal conhecer do recurso, por intempestividade, lembrou o douto relator que o *habeas corpus* era também cabível e não tinha prazo, pelo que poderia ser concedido de ofício, se fosse o caso, isto demonstrando o zelo do relator e da Turma, bem como a boa aplicação do Direito.

escrevão). E assim é que alguns pontos foram atribuídos à resposta do aluno.

6. Se o *habeas corpus* hoje não é apenas um remédio para quem se ache preso ou ameaçado de prisão, tendo evoluído para proteger também quem, mesmo solto e sem ameaça concreta de prisão, sofra o constrangimento de um processo ilegal, sendo utilizado, assim, para o trancamento de um processo criminal indevido, essa conquista corre perigo.

É que o intempestivo projeto de novo Código de Processo Penal, num tremendo retrocesso, trouxe a barbaridade de suprimir aquela notável conquista que tornou o *habeas corpus*, no direito processual penal, um remédio também contra a ilegalidade em prejuízo do réu.²⁰ Quer o projeto que o *habeas corpus* volte a proteger apenas a liberdade de ir e vir.²¹

7. Venho repetindo que o *habeas corpus* é também um remédio contra a ilegalidade no processo criminal. Mas, muito cuidado!

Remédio contra a ilegalidade no processo penal sim, mas bem entendido: ilegalidade contra o réu, dada sua índole de remédio referente à liberdade. O saudoso ex-procurador de Justiça e desembargador mineiro Lima Torres, diante de impetração de assistente da acusação contra despacho do juiz que indeferira requerimento de prisão preventiva, proferiu, na qualidade de relator, despacho indeferindo liminarmente o pedido, nos termos seguintes, como noticiado pelo jornal ESTADO DE MINAS: “o *habeas corpus* é peregrino remédio para alguém que sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. É um meio de tirar alguém da cadeia, e não um meio de enviar alguém para lá”.

Uma outra impetração insólita foi a que objetivava a inclusão na ação penal de eventuais corresponsáveis no crime imputado ao paciente. Inadmitindo o *h.c.*, de que foi relator o Juiz Azevedo Franceschini, assim se manifestou a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: “Criado para, sob forma preventiva ou liberatória, tutelar o direito constitucional da liberdade de locomoção, jamais se poderá admitir postulação de *habeas corpus* com vistas a objetivo inverso, ou seja, por exemplo, para obter-se que eventuais corréus não denunciados venham a ser alcançados pelas malhas de um processo penal” (RF, 254/351).

20 Foi exatamente por isso que, ao responder à indagação de colega sobre o que achava do projeto de novo código, respondi-lhe simplesmente: “Não li e não gostei”. É que já havia tido notícia daquela esdrúxula proposição.

21 É um tremendo equívoco pensar que a eliminação do recurso favorecerá o combate à morosidade da justiça e conseqüentemente à impunidade. Muito antes pelo contrário. A grande vantagem que leva, por exemplo, como opção frente ao recurso especial está em contornar barreiras que costumam dificultar o acesso ao pedestal do tribunal *ad quem*, dentre elas a da peneira do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido, que em geral barra o recurso, o que serve para provocar o indefectível agravo, novo recurso com que se procura afastar mais uma injustiça, mas a gerar o desgaste da parte e maior demora na solução do feito.

Além disso, em razão da maior rapidez na tramitação, é remédio preferido por profissional que não tem a menor intenção de procrastinar a tramitação do processo penal. É que só indiretamente, isto é, em sendo concedido, que poderá, anulando uma decisão ilegal, de algum modo embaraçar a marcha normal do processo. Já um recurso específico poderá travar o andamento do feito.

Por que não seria isso possível? É por causa do gênio do remédio, voltado que é para a proteção da liberdade.

É por isso que o direito que tem o Ministério Público, outorgado pelo Código, de impetrar *habeas corpus*, há de ser exercido, sempre, em favor da proteção da liberdade.

8. Voltemos, agora, à natureza jurídica do *habeas corpus*, se de recurso ou de ação. Se, em verdade, é um grande recurso – e foi incluído no Código entre os recursos – é bem de ver, por outro lado, que nem por isso perdeu sua natureza também de ação, uma vez que não constitui um ato de movimentação do processo, mas com ele se instaura uma relação processual nova ainda quando impetrado contra decisão judicial. Tem, porém, o espírito de um recurso. Repetindo Lopes da Costa a propósito da ação rescisória no ordenamento processual civil de 1939, pode-se dizer que nesses casos “é um recurso vestido de ação”²².

Eis aí a natureza jurídica do *habeas corpus* processual: nem simplesmente ação, nem puramente recurso. Mas uma ação-recurso (para repetir expressão do autor citado), ou recurso-ação. Tanto assim que cabe não só contra decisões proferidas no curso do processo, mas até mesmo contra decisão transitada em julgado, quando for caso dele. E caso típico será o do processo ou da sentença eivada de nulidade manifesta.

Entretanto, sua natureza recursal sempre foi e tem sido negada. Projetos de Código em geral o deslocam dos recursos, para considerá-lo uma ação autônoma de impugnação. Afirmar, *tout court*, que o *habeas corpus* é uma ação peca por excesso, já que, podendo ser concedido de ofício²³, por isso mesmo nem sempre apresenta uma característica própria da ação: o pedido. De fato, quando concedido de ofício, como permite a lei (CPP, art. 654, § 2º), a jurisdição se exerce sem ação, como ensinava Carnelutti. Aí, então, simplesmente um remédio jurídico²⁴.

A respeito de sua inclusão entre os recursos, já até se escreveu que se trata de “indesculpável erro técnico”.²⁵ A meu ver, simplesmente o peso da tradição.

Para afirmar-se, porém, que o *habeas corpus* é ação – e de fato também o é sempre que impetrado, pois que se requer uma sentença ao Judiciário, com a formação, sempre, de relação jurídica independente –, não é necessário negar que se trata também, quando utilizado como meio de impugnação de decisão ou despacho judicial, de acordo com o Código de Processo Penal, verdadeiramente

22 ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA, *Direito processual civil*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1959, v. IV.

23 Uma ocasião, em tese de concurso para livre-docência, o candidato, ao fazer uma referência ao *habeas corpus*, fez uma observação intempestiva, que nada tinha a ver com objeto da tese, por isso mesmo dando a impressão de que estaria pretendendo mostrar erudição, de que aquele remédio não era recurso, mas sim ação. Reservei para ele a seguinte indagação: “Gostaria, e muito, que V. Sª me informasse quem seria o autor da ação, quando a ordem fosse concedida de ofício”.

24 Na observação de VICENTE SABINO JÚNIOR, já mencionada, “o vocábulo ‘remédio’ corresponde, na sistemática jurídica, a meio pelo qual se procura obter o reconhecimento de um direito, seja êle representado pela ação, seja pelo recurso ou postulação, para que a instância superior reexamine o caso e se pronuncie a respeito” (*O habeas corpus e a liberdade pessoal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40).

25 Cf. J.M. OTHON SIDOU, *Os recursos na história do direito*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 81.

de um recurso, veiculado, entretanto, diferentemente do que ocorre em geral com os recursos, de modo autônomo em relação ao processo em que se acha o ato impugnado, isto é, nos moldes de uma ação. Será, então, no caso, um misto de ação e de recurso.

É verdade que o *habeas corpus* destoa de outros recursos em mais de um aspecto. Assim é que com sua impetração se instaura nova instância, e não um procedimento recursal próprio dentro da mesma relação processual já existente; não tem prazo para interposição; cabe contra decisão passada em julgado; admite repetição, especialmente quando com novo fundamento; e não reclama, para que possa ser requerido, decisão com forma ou figura de juízo, pois cabe contra a ameaça de prisão ou a realidade de um processo sem justa causa, atendendo ao sentido comum e amplo do vocábulo recurso, de meio empregado em defesa de um direito.

Mas nem por isso é de lhe ser negada a qualidade técnica de recurso, que a lei mesma lhe empresta.

Disciplinar um meio de impugnação de decisão judicial como recurso ou como ação autônoma de impugnação de decisão judicial é questão de critério do legislador. Entre nós, a ação rescisória era tratada no Código de Processo Civil de 1939 como recurso. E essa, conforme informação que vi há algum tempo, se não me engano na obra de Barbosa Moreira, era a tendência de códigos europeus modernos, como o Código de Processo Civil de Portugal, de 1967, que, abandonando a distinção entre *recurso* e *ações autônomas de revisão* (tendo-se em vista tratar-se de meio que obsta o trânsito em julgado, ou ao contrário, que pressupõe a formação da coisa julgada), incluiu entre os recursos o de *revisão*, cabível contra sentença passada em julgado.

Não é comum, aliás, falar em “ação de *habeas corpus*”, a não ser por conveniência de enfatizar sua natureza de ação ou para distinguir a ação do recurso que cabe da sentença que a julgar. Nem em “recurso de *habeas corpus*”, a não ser com referência a recursos contra sentença ou acórdão em processo de *habeas corpus*, como o recurso em sentido estrito, ou o recurso ordinário.²⁶

Se a lei diz que é recurso, o intérprete não poderá dizer que não é, porque cabe à lei, e não ao intérprete, dizer o que é recurso.

Por outro lado, considerando-se também que os outros recursos são diferentes dele, já que não se prestam, como ele, a invalidar também decisões administrativas, cumpre se faça a separação necessária, classificando-se os recursos em “recursos propriamente ditos” e “recurso impropriamente dito”, como já o catalogava o insigne José Frederico Marques.

26 Assim é que, nas publicações referentes à entrada de ação de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, falava-se em “petição de *habeas corpus*” (atualmente “*Habeas corpus*”, ou “HC”) e naquelas referentes à entrada do recurso, o registro mencionava a abreviação RHC (recurso de *habeas corpus*, que outro não era senão o recurso ordinário) seguida do número tomado pelo recurso. No Superior Tribunal de Justiça adotaram-se as indicações “*Habeas Corpus* (HC)” e “Recurso em *Habeas Corpus* (RHC)”. Em alguns tribunais estaduais, contudo, RHC indica o recurso de ofício e o recurso em sentido estrito.

Trata-se, apenas, de um recurso diferente dos outros. Já dizia, por isso mesmo, Galdino Siqueira, “que é um recurso *especial* pelo *modo* de sua impetração e pela sua marcha processual.”²⁷

9. E, de fato, assistia razão ao eminente jurista. O grande recurso, cuja versatilidade já foi apontada, apresenta atualmente características que verdadeiramente o tornam especial.

Vejamos algumas das características que o diferenciam dos recursos em geral e o torna muito especial.

A simplicidade da petição (e pensar que certa feita o Supremo chegou a legislar sobre a maneira pela qual deveria ser elaborada a petição do recurso!) é outro fator que muito favorece a utilização do *habeas corpus*.

Outra característica, que o aparta dos recursos específicos, é a de não estar sujeito, como estes, a prazo para interposição, o que é mais cômodo para o advogado e não lhe traz o risco de uma contagem errada pelo tribunal.²⁸

Quanto à capacidade postulacional, veja-se o seguinte:

Qualquer pessoa pode requerer *habeas corpus*, em favor próprio ou de outrem, isto é, todo mundo é parte legítima para impetrá-lo, o que se poderá fazer pessoalmente, sem a intervenção de advogado. Assim ele é uma *ação popular*, não naquele sentido do Direito Administrativo, mas no sentido de medida utilizável por qualquer do povo.

Interessante é notar que a sentença concessiva da ordem é um bom exemplo de sentença **mandamental**, categoria pouca aceita, mas nem por isso sem importância.

E, utilizado como opção ao recurso especial, não tem aquela de ter de demonstrar a divergência jurisprudencial, ou a ofensa à letra da lei. Nem muito menos o célebre prequestionamento. A grande vantagem que leva sobre o recurso especial está, porém, em contornar barreiras que costumam dificultar o acesso ao pedestal do tribunal *ad quem*, dentre elas a da peneira do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido, que em geral barra o recurso, o que serve para provocar o indefectível agravo, novo recurso com que se procura afastar mais uma injustiça, mas a gerar o desgaste da parte e maior demora na solução do feito²⁹.

Vou ficar por aqui, mas não poderia deixar de mencionar que até impetração oral, posto não prevista em lei, tem sido aceita.³⁰

27 “Curso de processo criminal, 2a. ed., 1930, p.384.

28 Há por vezes casos complicados, e a ocorrência de um feriado local no início ou no fim do prazo pode levar a equívoco, principalmente se o advogado não chamar a atenção para o fato.

29 Mas é de ver que nem sempre o *habeas corpus* será uma opção preferível a um recurso próprio, e essa opção, mesmo se em tese existente, poderá faltar no caso concreto. É o que acontece com a apelação (nada impede nem mesmo seu uso concomitante do *habeas corpus*), recurso amplo no qual poderão ser debatidas as questões de fato e de direito pertinentes. Só excepcionalmente é que se pensará em *habeas corpus* em lugar da apelação, hipótese em que terá cabimento somente quando for caso dele, como, por exemplo, se presente uma nulidade manifesta.

30 Em Belo Horizonte, recebido um pedido telefônico de advogado em favor próprio, secretaria da Justiça

10. Outro grande marco na história e na prática do *habeas corpus* foi o aparecimento, na década de 60, hoje verdadeiro *ius receptum*, da concessão de liminar anteriormente ao julgamento do pedido, “uma das mais belas criações de nossa jurisprudência”, no dizer de Fernando da Costa Tourinho Filho³¹.

Hoje, poderá o juiz conceder uma liminar, se o caso a comportar, à semelhança do que prevê a lei do mandado de segurança,³² invocada supletivamente nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal. Providência já plenamente aceitável e aplicada sem causar espécie, prevista em regimentos de muitos tribunais, foi utilizada, há mais de trinta anos, no Tribunal Superior Militar e no Supremo Tribunal, neste em favor de um ex-governador de Estado, com prisão decretada em Auditoria Militar por crime político.³³

A medida, à qual alguns magistrados ainda têm aversão, já encontrava, aliás, inteiro amparo no Código de Processo Penal, que preceitua no art. 649 que “o juiz ou tribunal, dentro dos limites de sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora”; e dispõe no § 4º do art. 660 que “se a ordem de *habeas corpus* for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz”; e esclarece, no art. 651, que “a concessão do *habeas corpus* não obstará, nem porá termo ao processo, desde que este não esteja em conflito com os fundamentos daquele”.

11. E a evolução do instituto continua. Agora, parece, vai assumindo muitos casos de mandado de segurança no processo penal, sabido que não há repúdio a este em sede penal.

Federal reduziu o pedido escrito, não antes de retornar a ligação para conferir, levando o expediente ao digno Juiz Newton Miranda, da 4ª Vara, que logo concedeu liminar. É que o colega, perseguido por agentes da Polícia Federal que pretendiam prendê-lo, correu e entrou em prédio em que funcionava um órgão da Polícia Militar, da qual era advogado, adentrando logo ao cômodo em que havia um telefone e requereu a ordem. Barrados pelo oficial militar presente, os policiais federais se retiraram. 31 FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo penal*, 8ª ed., v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 441. 32 Lei nº 1533/51, art. 7º, II, que prevê ordene o juiz, ao despachar a inicial, “que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

33 A respeito do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do h.c. nº 41.296, em que fora concedida a referida liminar pelo relator, Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, observou HELENO CLÁUDIO FRAGOSO que “deu, assim, o ilustre magistrado, como assinalou em seu voto, contornos construtivos ao h.c., para assegurar, de maneira pronta e precisa, o princípio de defesa das liberdades públicas. E salientava: ‘se no mandado de segurança pode o relator conceder a liminar até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no h.c. preventivo, não pudesse ser concedida’”. Ainda segundo Frago, “havia, aliás, precedente na concessão de liminar em h.c. no STM, em caso de h.c. preventivo em que foi relator o antigo e excelente juiz Almt. José Espínola”. “É esta uma das mais importantes decisões do STF, pois veio dar uma nova dimensão ao h.c. preventivo”, acrescentou (*Revista brasileira de criminologia e direito penal*, nº 12, jan-março - 1966, p. 141).

Observou ARNOLDO WALD, em artigo na *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 4, julho-dezembro de 1998, que, ao contrário do que registrou o Min. EVANDRO LINS E SILVA no livro *O salão dos Passos perdidos*, a referida liminar em favor do então governador goiano não foi a primeira concedida por um de nossos tribunais, pois que, em verdade, antes dela, houve a também acima mencionada do ministro do Superior Tribunal Militar, esta em *habeas corpus* impetrado por ele, enquanto a outra, no Supremo Tribunal, relacionava-se a pedido formulado pelo advogado SOBRAL PINTO, tendo o relator, Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, feito em seu voto referência ao precedente então recente.

Exemplo elucidativo do cabimento, em tese, do mandado de segurança, é a denegação da admissão de assistente da acusação, decisão da qual não cabe recurso (CPP, art. 273), nem mesmo *habeas corpus*, que não teria pertinência alguma no caso, que de modo algum combinaria com a natureza do remédio. E, claro, casos como o de negativa devolução de bens apreendidos em inquérito policial, são de mandado de segurança, sim, visto que nada têm a ver com a liberdade de locomoção.

Direitos profissionais como os de examinar autos de inquérito e de prisão em flagrante são protegidos exclusivamente pelo mandado de segurança.

Grosso modo, o *habeas corpus* livra o réu de constrangimentos relacionados com a liberdade (assim, para não ser indevidamente identificado, para não ser impedido de viajar ao exterior, para não permanecer em prisão comum, se a prisão especial tiver direito, para obter *sursis* não concedido); o mandado de segurança assegura à parte direito processual (retirar autos do cartório, obter certidão de folha-corrída); e a correição parcial corrige desvios do devido procedimento legal que firam interesse da parte (exigência descabida de custas para a prática de atos processuais, retardamento de atos que devam ser apressados, omissões e irritualidades diversas).

Assim, cabível é a segurança para assegurar-se ao réu foragido o direito, se negado, de defender-se por advogado constituído (esse foi, aliás, o tema de um modelo de mandado de segurança que elaboramos, tempos atrás, para o livro *A Defesa na Polícia e em Juízo*). Ficaria reservado o *habeas corpus* para a anulação do processo ante o eventual e evidente prejuízo decorrente do cerceamento da defesa.

Hoje, preferiríamos o *habeas corpus*, na certeza de que não seria repellido, sem prejuízo do manejo do mandado de segurança, se necessário fosse, mas esse em favor não do réu foragido, cuja defesa estaria sendo prejudicada, mas do advogado, cujo direito profissional era cerceado.

Pode ocorrer, com efeito, que ao lado do direito profissional líquido e certo que for violado exista também um constrangimento, ilegal ou sem justa causa, a terceiro, relacionado com sua liberdade de locomoção ou com o processo penal. Assim, o direito do advogado, de um lado, de comunicar-se com o constituinte preso, e o deste, de outro lado, de comunicar-se com aquele. Um, amparável por mandado de segurança, e, o outro, por *habeas corpus*, em favor do preso. Este, ainda que legal a prisão em si mesma, estaria sofrendo constrangimento ilegal, dela decorrente, ante a exorbitância das condições processuais de sua execução. Posto que também presentes, no caso, as condições do mandado de segurança (direito líquido e certo denegado), tem preferência, em favor do preso, o *habeas corpus* (sem prejuízo da utilização do mandado de segurança pelo advogado), com a vantagem de ser suficiente, para a impetração, a simples falta de justa causa, visto ligar-se o constrangimento a procedimento penal.

Nessas condições, se porventura usado equivocadamente o *habeas corpus* pelo advogado em favor próprio, pode e deve o juiz ou tribunal, não conhecendo do

pedido, de ofício conceder a ordem de *habeas corpus* em favor do preso, nos termos do art. 645, § 2º, do Código de Processo Penal, se for o caso.

Foi exatamente para lhe assegurar seu direito da entrevistar-se com cliente preso incomunicável por autoridade militar, que o saudoso advogado SERRANO NEVES – no dizer de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, que noticiou e comentou o caso em seu *Jurisprudência Criminal*, “sem dúvida, uma das maiores expressões da advocacia criminal brasileira” – impetrou *habeas corpus* ao Superior Tribunal Militar, que não conheceu do pedido por entender que não estava em causa direito a ser assegurado pela via do *habeas corpus*.

O mandado de segurança, posto adequado, deve ter sido descartado pelo eminente advogado pelo fato de não ter a Justiça Militar jurisdição em matéria cível, de modo que a impetração seria de ser feita a outro Tribunal, o que tornaria mais demorado ainda o julgamento. Talvez, mais exatamente, porque seria difícil obter a procuração no caso.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal, entretanto, apreciando o recurso interposto, relator o Ministro LUIZ GALLOTTI, deu-lhe provimento para que o tribunal *a quo*, afastada a preliminar do cabimento, julgasse o pedido como de direito, firmando o acórdão:

“Quando está em causa a liberdade de locomoção, o caso é de *habeas corpus*; se se tratar de direito ao exercício de uma profissão, o remédio admissível será o mandado de segurança. Na espécie, porém, a impetração, embora feita pelo advogado em causa própria, vincula-se a um processo criminal em curso e impugna uma incomunicabilidade da ré, prejudicial à sua defesa. Existe, pois, interesse desta a ser apreciado. Compreende-se a matéria, por isso, no âmbito do *habeas corpus*” (DJU, 4-12-70, p. 6.037).

Decisão da maior importância e significação, como acentuou Fragoso. Situa-se ela, observou, “como se percebe, na linha de ampliação do remédio heróico, para remover ilegalidades praticadas no curso do processo em detrimento da defesa, que não podem de outra forma receber pronta correção”.³⁴

12. Há em nosso direito esses dois remédios apropriados à proteção de direitos, quer na vida das pessoas, quer dentro de um processo judicial, como, neste caso, o direito à ampla defesa e ao contraditório. São esses dois remédios o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

Algumas semelhanças aproximam os dois institutos.

Um e outro são **garantias** constitucionais.

Ambos são **remédios contra a ilegalidade ou abuso de poder**.

Tanto um quanto outro têm até **procedimento semelhante** (ao criá-lo, a lei adotou para o mandado de segurança o procedimento do *habeas corpus*), **que os distingue de outras ações, com as características da maior rapidez, da**

34 HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência criminal*, 1º vol., 4ª ed., Forense, Rio, 1982, p. 328-329.

preferência para julgamento, da admissibilidade da impetração preventiva e da sujeição das sentenças concessivas ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Mas é o fato de um e outro ser utilizável contra a ilegalidade ou abuso de poder – nada importando que isso ocorra no processo penal –, que por vezes torna difícil a opção por um deles, embora nítida a diferença entre os dois. Já se firmará, com certeza, uma tendência no sentido de, sendo possível, aceitar-se a preferência pelo *habeas corpus*, não obstante as resistências.

Um eminente autor, hoje desembargador, cuja obra no momento não temos em mãos, manifestou sua incompreensão diante da utilização do *habeas corpus* para evitar uma identificação criminal ilegal.

Esse caso já é, pelo menos, consagrado pela tradição. Mas muito importa, porém, considerar que, embora cabível o mandado de segurança para a garantia de direito relacionado com o procedimento penal, substituível em muitos casos pela correção parcial, quando prevista na legislação local e a violação do direito ocorre em juízo, no bojo dos autos, o *habeas corpus* se apresentará como o remédio apropriado sempre que não se tratar primordialmente de garantia ou direito invocado e denegado, mas, antes, de constrangimento processual efetivado ou ameaçado, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder, como a identificação criminal abusiva. É evidente que, se o direito denegado diz respeito à liberdade de ir e vir, o caso é de *habeas corpus*.

E assim é que, em casos em que seria de admitir-se, em tese, uma ou outra das ações, deverá ser feita a escolha conforme as circunstâncias.

E grandes são as vantagens do *habeas corpus* :

Com efeito, ele se desenvolve, pelo menos no primeiro grau jurisdicional, sem a formalidade da vista ao Ministério Público, sendo que, no segundo grau, a vista é por menor número de dias que no mandado de segurança, em que, demais disso, o prazo costuma ser, quase sempre, ultrapassado, não raro de muitos dias, até meses.

O *habeas corpus*, aliás, processando-se na justiça penal, tem de modo geral mais agilidade na tramitação. A nova lei do mandado de segurança dá o prazo de 30 dias para o juiz decidir. Era de 5. No h.c. não deve passar de 24 horas.

Dispensa procuração. Além do mais, há isenção de custas, não havendo, pois, necessidade de pagamento de taxa judiciária como condição para a distribuição, nem preparo, no que, quase sempre, mais que o pagamento pesam o trabalho, a correria, o desgaste para o depósito, com o preenchimento de guias e perda de tempo em filas na distribuição e na agência bancária,³⁵ pois a justiça, não confiando muito em seus serviços e gostando muito de pagamento antecipado, exige o depósito em estabelecimento bancário. Daí ser facilmente enviada a petição

35 Essa foi uma das dez razões que me levaram, em capítulo do livro *Recursos, artigos e outros escritos*, a considerar os Juizados Especiais Cíveis uma justiça de quinta categoria.

pelo correio. Veja-se mais:

A simplicidade da petição.

Prazo menor para informações do impetrado.

Não estar sujeito a prazo (para o mandado de segurança ocorre decadência em 120 dias).

Cabe até mesmo **contra decisão transitada** em julgado, quando for caso (o que, no mandado de segurança, só excepcionalmente se admitiria). E decisões judiciais.

Se for negada a ordem, não é preciso esperar publicar o acórdão para recorrer. Faz-se outro, como se fora um recurso, diretamente ao tribunal competente.

Não se exige pré-constituição de prova, podendo o juiz interrogar o paciente.

13. Vem surgindo, entretanto, a partir do terceiro quartel do corrente ano de 2012, uma tendência involutiva do instituto no mesmo STF, de tão ricas tradições, que tem sofrido influência, no ponto, de novo entendimento já observado no STJ, o que nos leva a acrescentar mais este número à descolorida palestra, dita conferência, pronunciada não faz muito em congresso promovido pela seção mineira da OAB.

Trata-se do retorno, promovido por jurisprudência daqueles tribunais, à limitação nada democrática imposta por emenda à Carta de 67, que proibiu a preferência do *habeas corpus* ao recurso ordinário constitucional para o Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a proibição da impetração originária, tida equivocadamente por substitutiva, e que entrara para a Carta de 67 por força do Ato Institucional 6/69, não mais perdura desde o advento da Constituição dita cidadã em 1988.

Por isso mesmo, muitas vezes certamente se preferirá ao recurso ordinário constitucional o *habeas corpus*, por motivo de urgência, agora quando a proibição da então usual e erradamente chamada substituição daquele por este, decorrente de Ato Institucional caduco, não mais existe.

Efetivamente, entre os casos de cabimento do *habeas corpus* estão os de nulidade manifesta do *processo* (a lei não falou em “auto ou decreto de prisão”, mas em – **processo**) e a falta de justa causa para o **processo**. Por isso mesmo, um processo nulo ou indevido é uma coação ilegal para fins de *habeas corpus* (um italiano, aliás, já dizia que um processo injusto é mais vergonhoso que a própria condenação).

Por isso mesmo, um dos maiores juízes do Supremo, o ínclito Ministro Luiz Gallotti, com a experiência de cerca de vinte anos de casa, proclamou o cabimento da medida contra a ilegalidade desfavorável ao réu. E, acolhendo-lhe a lição, com o descortino de sempre, o excelente Ministro Fernando Gonçalves assim se manifestou no STJ, no julgamento do *habeas corpus* nº 11.743 – Pará, em 26-04-2.000:

“A competência é determinada pelo lugar onde consumada a infração que, uma vez estabelecido, apenas poderá ser afastado dentro das hipóteses rigorosamente previstas, sob pena de maltrato ao princípio do juiz natural e, reflexamente, ao direito de ir e vir. Não sendo o Juízo competente, haverá, evidentemente, coação, e coação ilegal, dado que a lei impõe onde deve ser o réu julgado. Vale, a propósito, observação do Ministro LUIZ GALLOTTI, do STF, em 18 de abril de 1969:

‘Cabe o habeas corpus e deve ser conhecido, sempre que no curso da ação penal se alega que foi praticada uma ilegalidade em prejuízo do réu (Doutrina e Prática do Habeas Corpus - José Barcelos de Souza - SIGLA Editora 1998 - pág. 38)’.

Impende, portanto, destacar a adequação da via eleita que não se apresenta como sucedânea de recurso, mas como remédio próprio ao debate e decisão acerca da legalidade ou não do desaforamento, em função dos reflexos provocados pelo deslocamento da competência no direito de locomoção do acusado”.

Pretender um tribunal mudar isso é pretender legislar, função que não é sua, mas que costuma ser usurpada. Isso, aliás, é velho na justiça. Já na Roma antiga um imperador, que não era bobo, instituiu a máxima *“Interpretatio cessat in claris”* (“Onde houver clareza não cabe interpretar”) precisamente para impedir que pretores, a pretexto de interpretar a lei, ficassem legislando. E o juiz, muitas vezes, não é bom legislador. Foram lastimáveis, por exemplo, as limitações feitas ao recurso extraordinário pelo próprio Supremo Tribunal, com o Regimento Interno de 1970, que embaraçou o recurso em certas infrações penais mais benignamente apenadas, como se a honra do cidadão não merecesse proteção. Algumas súmulas, sem dúvida, exorbitaram.³⁶ Li, certa feita, ainda estudante, a opinião de um jurista de que a pior das ditaduras é a do Judiciário.

O que muito importa considerar, porém, é que não existe a figura de *“habeas corpus substitutivo”*. O que há é mera opção, como já teve oportunidade, mais de uma vez, de salientar o Superior Tribunal de Justiça. Assim:

“Estamos, assim, perante uma inequívoca situação em que um direito é conferido em lei: o de escolha quanto ao caminho a ser trilhado, com vistas à obtenção da anulação do ato considerado ilegal. Se este direito é dado pelo ordenamento jurídico, somente à parte interessada compete eleger qual via pretende seguir; se irá exercer o direito ao recurso ou o direito à impetração do pedido originário; somente a ela compete optar por um ou outro caminho, segundo suas próprias motivações. Esta é a razão pela qual entendo não cabe falar em impetração substitutiva. Ora, de substituição não se trata, pois se a parte pode eleger a via da impetração originária do pedido, sem nenhuma importância é o fato de caber também o recurso ordinário. Tampouco é de exigir-se que a parte intente, por primeiro, a via recursal. A preferência é motivada pela conveniência que somente à parte cabe avaliar. A verdade é que não há critério outro a ser extraído das normas aplicáveis que não o de conveniência deixada à exclusiva faculdade da parte interessada na demonstração da ilegalidade do ato ofensivo à liberdade.

³⁶ Cf. José Barcelos de Souza, *Recursos, artigos e outros escritos cit.*, artigo “Súmulas vinculante e impeditiva de recursos”.

É esse o entendimento de abalizada doutrina (José Barcelos de Souza, Doutrina e Prática do *Habeas Corpus*. Belo Horizonte: Sigla Editorial Ltda., 1998, p. 118): *‘Em realidade, não existe a figura da impetração ‘substitutiva’, mas o direito à impetração do habeas corpus, nada importando o fato de caber também, no caso, o direito ao recurso ordinário’*. (Recurso ordinário em habeas corpus nº 15.613 – SC (2004/0006038-8). Relator, o Exmº Sr. Ministro Paulo Medina.. 26/05/2004. Ementa: Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Intempestividade. Recurso não conhecido, sem prejuízo do disposto no artigo 654, § 2º, CPP).

Tanto se trata de mera opção, que o réu poderá optar pelo recurso ordinário, por simples conveniência prática, se o caso, por exemplo, estiver nas vizinhanças da prescrição, tendo em vista a morosidade da justiça.

Eis, por fim, as ementas dos falados acórdãos do STF:

“HC n. 104.633-SP, relatora: Min. Rosa Weber. Ementa: Habeas corpus. Processo penal. Substitutivo do recurso constitucional. Inadequação da via eleita Tráfico de drogas. Crime do art. 13 da lei nº 6.368/1976. Subsidiariedade.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. No art. 13 da Lei nº 6.368/1976, o legislador antecipou o momento consumativo do crime de tráfico de drogas do art. 12 do mesmo diploma legal, na modalidade específica de produção ou preparo de drogas, tipificando a mera conduta de possuir ou guardar máquinas ou instrumentos destinados a essa finalidade. O crime em questão é, em regra, subsidiário e só se aplica quando não configurada a figura delitiva do art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

3. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito, mas com a concessão da ordem de ofício para exclusão da pena cominada ao crime do art. 13 da Lei nº 6.368/1976, sem prejuízo das demais condenações. Ordem estendida aos condenados na mesma situação”.

*Noticiado no Informativo 679

HC N. 113.281-SP. RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

“EMENTA: Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de

flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Não ocorrência. Writ extinto.

1. Impetração manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional prescrito no art. 102, inciso II, alínea a, da Carta da República, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário.

2. Nada impede, entretanto, que essa Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea a, da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos.

3. Habeas corpus extinto, por inadequação da via processual eleita”.

Engraçadas as decisões acima. A primeira delas, se concedeu de ofício a ordem, é porque enxergou a existência de uma coação ilegal. E se o *habeas corpus* é remédio constitucional exatamente para coações ilegais, por que não deferir logo a ordem impetrada para, ao invés disso, vir a concedê-la de ofício? Isso só seria necessário se, em vez de impetrar a ordem, a parte tivesse optado pelo recurso ordinário e este se mostrasse, por exemplo, intempestivo, tal como fez o Min. Medina no caso acima citado. E, se o *habeas corpus* é remédio contra a ilegalidade, seria amesquinhá-lo ou vulgarizá-lo sua utilização exatamente contra a ilegalidade?

E a segunda, se entendeu razoável a coação, por que não indeferir o pedido, para, em lugar disso, declarar que não era caso de concessão de ofício?

Não há dúvida de que, no fundo, o que se esboça é a chamada “jurisprudência defensiva”, uma reação contra um excessivo número de *habeas corpus* naquelas altas cortes. E com ela se procura destruir a notável construção que conceituei como uma nova e extraordinária doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Opinarei com franqueza: Se há pedidos demais, é porque há ilegalidades demais praticadas nas justiças locais. Então a solução mais conveniente é a de fazer passar assessores e estagiários por uma boa reciclagem. E, depois disso, proibir a estes, terminantemente, a terceirização de votos.

Referências:

BARBOSA, Rui. O *habeas-corpus*”, in Coletânea jurídica, Cia. Editora Nacional, 1928, p.58.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Direito processual civil, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1959, v. IV.

- COSTA, Edgard. Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal, p. 51-53.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Jurisprudência criminal, 1º vol., 4ª ed., Forense, Rio, 1982, p. 328-329.
- FRAGOSO. Revista brasileira de criminologia e direito penal, nº 12, jan-março - 1966
- ROSA, Inocêncio Borges da. Processo penal brasileiro, v. IV, Barcellos, Bertaso & Cia, Porto Alegre, 1942, p. 169.
- NUNES, José de Castro. Do mandado de segurança, 4ª ed., Rio, 1954, p. 19.
- OTHON SIDOU, J.M. Os recursos na história do direito, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1978
- ROSA, Eliézer. Dicionário de processo penal, verbete Habeas Corpus.
- SABINO JÚNIOR, Vicente. O habeas corpus e a liberdade pessoal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40.
- SABINO JÚNIOR, Vicente. O habeas corpus e a liberdade pessoal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, p.40.
- SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo criminal, 2a. ed.,1930, p.384.
- SOUZA, José Barcelos de. Direito processual civil e penal, Editora Forense, 1995, p. 148, nota 2.
- SOUZA, José Barcelos de. A Defesa na Polícia e em Juízo.
- SOUZA, José Barcelos de. Doutrina e Prática do Habeas Corpus.
- SOUZA, José Barcelos de. Recursos, artigos e outros escritos.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 8ª ed., v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 1986.
- TUCCI, Rogério Lauria. "Habeas corpus", ação e processo penal, Edição Saraiva, São Paulo, 1978, p. 3).
- WALD, Arnaldo, em artigo na Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, v. 4, julho-dezembro de 1998.
- WALD, Arnaldo. O mandado de segurança, Rio, 1955, p. 36.