

*Habeas Corpus: Histórico e Perfil no Ordenamento Jurídico Brasileiro*¹

João Gualberto Garcez Ramos

Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná - UFPR

Segundo dispõem os incisos II e III do art. 1º da Constituição promulgada em outubro de 1988, o Brasil constitui-se em uma República Federativa; um Estado Democrático de Direito que tem como dois dos seus diversos fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Esses dois fundamentos enformam, por assim dizer, o ordenamento jurídico brasileiro; de um lado, instam o legislador a levá-los em consideração; de outro, orientam a interpretação que os operadores do direito hão de fazer da norma jurídica vigente. São, no dizer de KARL LARENZ, “pautas carecidas de preenchimento, para cuja concretização são convocados tanto o legislador ordinário quanto a jurisprudência”.²

Em outras palavras, esses dois fundamentos apresentam-se como verdadeiras bússolas a orientarem o legislador, na elaboração das normas abstratas, bem como a desenhar os caminhos interpretativos para

os advogados, membros do Ministério Pú- blico, juízes, delegados de polícia, serventuários da justiça, professores, e to- dos os que, com muito ou com pouco, con- tribuem para a construção do ordenamento jurídico brasileiro, a desenhar caminhos, conforme dito, para uma interpretação da lei conforme a Constituição.

Nessa ordem de raciocínio, que pri- ma por jamais desconsiderar qualquer e cada uma das palavras postas na Constitui- ção, o tema que fui chamado a desenvolver apresenta uma inegável importânci teóri- ca, prática e simbólica. Teórica porque o *habeas corpus* é uma peça-chave na equa- ção constitucional; sem um instrumento como ele, diversas das garantias postas na Constituição não passariam de promessas vãs. A Constituição seria, por isso, tecnicamente, um falho arcabouço de normas. Prá- tica porque o *habeas corpus*, malgrado todos os defeitos que, sabidamente, tornam a

1. Trabalho apresentado no dia 24 de março de 1999, na capital do Estado do Paraná, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, por ocasião da “Jornada de Extensão da Faculdade de Direito da UFPR”.
2. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 412.

máquina judiciária gorda e ineficiente, é uma arma das mais efetivas contra as violações aos direitos humanos relacionados com a liberdade ambulatória. Que o digam os advogados e os membros do Ministério Público, que volta e meia só através dele conseguem fazer valer seus argumentos contra a violência ou ameaça de violência ou contra a desídia na proteção da liberdade ambulatória por parte das autoridades públicas. E simbólica porque o *habeas corpus* é, sem qualquer sombra de dúvida, um emblema na luta da liberdade contra a tirania.

Nesse passo, meus referenciais emocionais obrigam-me a fazer duas evocações.

A primeira é de FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, um ilustre jurista brasileiro que viveu entre os anos de 1892 e 1981. Não pretendo fornecer uma biografia desse mestre do direito no Brasil. Apenas quero deixar registrado que sua obra inicial – de um acervo que teria mais de cinqüenta, escritas em português, francês e alemão, sobre o direito constitucional, sobre o direito civil, sobre o processo civil, sobre o direito comercial, sobre a filosofia, sobre a sociologia e sobre diversos outros temas, e inclusive de poesia e ficção – a obra inicial desse gigante, foi a alentada “Teoria e Prática do *Habeas Corpus*”. A lembrança é necessária porque PONTES DE MIRANDA tinha, na época – março de 1916 – 23 anos. Era um menino para os padrões dos anos 10. Como jovem que era, escolheu um tema de jovem: o *habeas corpus*. Por isso se fez necessário evocar PONTES DE MIRANDA, no frescor dos seus 23 anos: o *habeas corpus*,

por ser uma arma constitucionalmente disposta à defesa de uma das principais liberdades públicas, é um tema a ser amado, “curtido” e aprofundado por quem é jovem ou por quem tem a alma jovem.

A segunda evocação, também indispensável, é de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, outro ilustre brasileiro que viveu entre os anos de 1926 e 1985. Sua presença espiritual, nesta Faculdade, ainda se faz sentir. Seu exemplo de professor criterioso e de advogado combativo é alguma coisa que inspira e encoraja. Entre sua extensa obra, pretendo destacar apenas uma. Trata-se do livro *Advocacia da Liberdade*, publicado em 1984. Nesse trabalho, HELENO FRAGOSO narra diversos dos processos em que funcionou perante a Justiça Militar, nos anos 60 e 70. Por diversas vezes, valeu-se de *habeas corpus*, o mais das vezes impetrados perante o Superior Tribunal Militar, com o fim de obviar a perseguição política que se fazia através do instrumento do processo penal condenatório. Em um dos textos que compõem o livro, após elencar todas as diversas disposições autoritárias do Ato Institucional n. 5, de treze de dezembro de 1968, que davam ao Presidente da República poderes quase absolutos, conclui o seguinte:

De todas as disposições terríveis do Ato Institucional n. 5, a mais odiosa e injustificável foi a da suspensão do *habeas corpus*. Esse remédio constitucional existe para remover o constrangimento ilegal ou derivado de abuso de poder. A suspensão do *habeas corpus* significa a exclusão de qualquer possibilidade de contestar a legalidade de uma prisão, constituindo virtual autorização para o constrangimento ilegal. Era a mais cla-

morosa e insustentável disposição do direito excepcional então vigente.³

A lembrança desse pensamento de HELENO FRAGOSO é indispensável aos acadêmicos que, tendo nascido em períodos mais amenos da história do Brasil, não têm noção do que representa o ordenamento jurídico sem a garantia do *habeas corpus*. O parece apenas mais uma ação constitucional, em tempos bicudos, transforma-se num gigante em defesa dos mais fracos.

A idéia inicial do *habeas corpus* – todos o sabem – deriva da fórmula inglesa do *writ of habeas corpus ad subjiciendum* que, na Inglaterra dos séculos XIII a XVII, qualquer indivíduo podia requerer aos Tribunais Reais de Westminster.

Deixem-me reconstituir parte do desenvolvimento histórico que ajudou a traçar o perfil atual do *habeas corpus*.

Na Inglaterra da época do nascimento do chamado *Common Law*⁴, quatro esferas de poder jurisdicional disputavam competências: a jurisdição eclesiástica, a jurisdição senhorial, a jurisdição comum e a jurisdição real.

Nesse país, a Igreja Católica jamais chegou a ter a mesma quantidade de poder que a distinguiu das demais instituições na Europa Continental. Prova disso é a pouca penetração que o Tribunal do Santo Ofício teve em seu território, mesmo em sua época de maior prestígio. De sorte que a jurisdição eclesiástica, na Inglaterra, sempre ocupou-se mais das questões espirituais,

deixando de lado a procura – que no continente foi intensa – de toda sorte de pecados e bruxarias nas mais diversas formas de literatura, política e ciência, transformadas em heresia.

Quanto à jurisdição senhorial, é preciso dizer que os nobres ingleses em tempo algum tiveram porções de terras tão extensas quanto as dos seus semelhantes na Europa continental. Eram fortes uma vez unidos, tanto que em quinze de junho de 1.215 obrigaram o Rei inglês John Lackland (ou João Sem-terra) a assinar a carta dos barões, historicamente conhecida como *Magna Charta Libertarum*, cujos exemplares originais – e de algumas de suas republicações – encontram-se hoje na British Library, em Londres. Separados, porém, não dispunham de poder suficiente para se sobrepor aos demais. Por essa razão, a justiça senhorial também tendeu a resumir-se aos litígios ocorridos no interior dos castelos e que repercutissem diretamente com os negócios do senhor feudal.

Restavam as jurisdições comum e real. A jurisdição comum exercia-a o povo, através de comitês de cidadãos, os quais se transformaram em conselhos de sentença, ou tribunais do júri.

A justiça real estava centralizada em Londres, nos tribunais de Westminster, até hoje existentes. Esses tribunais, ao menos durante a formação do *Common Law*, não se preocuparam em aniquilar a forma popular de administração da justiça. Nem o fez o soberano inglês. A única coisa que fiz-

3. FRAGOSO, Hélio Cláudio. *Advocacia da liberdade: a defesa nos processos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 58-59.
4. Que é uma expressão masculina a designar "Direito Comum" (as palavras inglesas para lei são *act* ou *statute*).

ram foi fiscalizar, controlar essa atividade, através de juízes itinerantes – os *Sheriffs* – que visitavam as cidades pequenas e, com o passar do tempo, passaram a presidir – sem direito a voto – os julgamentos pelos júris de cidadãos. Mais ou menos o que faz, hoje, o presidente do Tribunal do Júri.

A outra forma de controle dos excessos da justiça popular se dava através dos *writs*.

Writ é uma palavra inglesa que designa “escrito”; no caso, “escrito” emanado de autoridade pública. A palavra portuguesa equivalente parece ser “mandado” que, em no ordenamento jurídico processual penal brasileiro, é sempre escrito.

O *writ* veiculava uma ordem. Por essa razão, foi muito usado também pelo rei inglês, para os mais diversos fins. Aliás, segundo o *Dictionary of British History*, os reis anglo-saxões já usavam largamente os *writs* para notificarem destinatários de seus desejos. Ainda segundo esse dicionário, os reis normandos – especialmente Guilherme I, dito “O Conquistador” – desenvolveram ainda mais os *writs* e introduziram-nos como documento de uso judicial.⁵

A princípio, esses *writs* – que podiam tratar de toda matéria jurídica, não se resumindo à criminal – apresentavam a natureza de verdadeiro privilégio, pois os tribunais reais concediam a ordem a quem

quisesse, sem que tivessem obrigação de fazê-lo. A intervenção em um caso decidido pelo júri popular ou o controle de ato constitutivo determinado por uma autoridade judiciária local era, a princípio, uma prerrogativa que os tribunais reais podiam ou não exercer. Posteriormente, os *writs* passaram a ser concedidos desde que os pressupostos de fato e de direito estivessem presentes.

Pois bem. Os *writs* eram requeridos aos tribunais reais e, através deles, as partes podiam solicitar sua intervenção em uma questão decidida pelo júri popular ou por uma autoridade judiciária ou policial local.

WILLIAM BLACKSTONE, em sua obra de 1765 a 1769 *Commentaries on the laws of England*⁶ e, depois, no Brasil, JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, em seu livro *O processo criminal brasileiro*⁷ e PONTES DE MIRANDA, no seu *História e prática do habeas corpus*,⁸ enumeram diversos *writs of habeas corpus* usados na Inglaterra medieval. Cada um deles com uma finalidade diversa.

Conforme registra WILLIAM BLACKSTONE, o uso principal de vários *writs of habeas corpus* (como o *habeas corpus ad respondendum*, o *habeas corpus ad satisfaciendum*, o *habeas corpus ad prosequendum*, *testificandum*, *deliberandum* etc., e o *habeas corpus ad faciendum et recipiendum*) era de servirem como instru-

5. KENYON, J.P. *Dictionary of British History*. Hertfordshire: Wordsworth, 1994. p. 369-370.

6. Cf. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1979. 4 v.

7. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901. v. 2, p. 230-234.

8. MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus: direito constitucional e processual comparado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. t. 1, p. 42-43.

mentos de agilização da administração da justiça penal.⁹

Hoje, quando um juiz determina a transferência de um preso, expede um mandado. Esse mandado, na época a que me refiro, era um *habeas corpus*, já que o corpo do preso, para todos os efeitos, era também tomado e transferido de lugar.

Posso acrescentar também que, conforme deixa entrelinhado WILLIAM BLACKSTONE, esses *writs* eram, freqüentemente, o corolário do reconhecimento da incompetência de certa autoridade, real ou local, para julgar certo caso e certa pessoa. Daí a transferência desse preso de um lugar para outro, que era o resultado da transferência do caso de um juízo para outro juízo.

Apenas um desses *writs*, o *habeas corpus ad subjiciendum*, tinha o perfil que tornou esse instrumento tão importante na defesa da liberdade de ir e vir.

O *writ of habeas corpus ad subjiciendum* era impetrável em face de (ou, conforme se queira, contra) qualquer pessoa, que detivesse outra pessoa. A concessão do *writ* obrigava a primeira a pôr diante dos olhos do juiz o corpo da pessoa detida (daí o nome: “*habeas corpus*”, ou “tome o corpo”, na forma imperativa, mandamental) comunicando-lhe, ao mesmo tempo, o dia e a causa pela qual aquela restou presa. Se

o juiz ou tribunal se convencesse da justeza da prisão, mantinha-a; se, ao contrário, ficasse claro que o coator abusara de seus poderes, o juiz ou tribunal determinava a imediata soltura do preso.

Segundo o que dispunha uma lei processual penal de então, o detentor o fazia – isto é, apresentava o corpo do preso – vivo ou morto – ao juiz, com as explicações devidas – para “fazer, submeter-se a, e receber o que quer que o juiz ou a corte de que emana(va) o *writ*” considerasse a respeito.¹⁰ Ou em inglês, conforme a fórmula estatutária da época: “*to do, submit to, and receive whatsoever the judge or court awarding such writ shall consider in that behalf*”. Por isso, o nome completo do *writ*: *habeas corpus ad subjiciendum* ou, literalmente, “tomar o corpo (do detido) para sujeitá-lo ao juiz e para sujeitar-se à sua decisão”.

Posteriormente ao surgimento do *habeas corpus*, o Rei Charles II assinou o *Habeas Corpus Act*, de 1679. Conforme salienta muito bem PONTES DE MIRANDA,¹¹ essa lei – hoje parte do *Bill of Rights* inglês – não criou o *habeas corpus*, que existia desde muito tempo antes. Ela apenas regulou-o, embora tenha tido uma enorme importância no sentido de seu desenvolvimento. Tão importante, que levou WILLIAM BLACKSTONE a declarar que o *Habeas Corpus Act* foi “uma outra *Magna Charta* do reino”.¹²

9. Cf. BLACKSTONE, William. *Comentaries on the Laws of England*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1979. v. 3, p. 129.

10. Cf. BLACKSTONE, William. *Comentaries on the Laws of England*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1979. v. 3, p. 131.

11. MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. t. 1, p. 56-57.

12. BLACKSTONE, William. *Comentaries on the Laws of England*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1979. v. 3, p. 135.

A sujeição da autoridade ou particular que custodia alguém à ordem do juiz ou da corte era tão da essência do *writ of habeas corpus ad subjiciendum* que o próprio *Habeas Corpus Act* previa que a eventual desobediência traria como conseqüência multa reparatória (isto é, em favor do preso) e, no caso do detentor ser funcionário público, a imediata perda de seu cargo.¹³ Nos Estados Unidos da América do Norte, a desobediência do detentor em apresentar o preso (quando solicitado pelo juiz) bem como em dar as explicações a respeito dos motivos e da duração da prisão ou, ainda, a recusa de submeter-se à decisão judicial, constitui ainda hoje crime grave, ou *felony*, de que resulta graves conseqüências.¹⁴ No Brasil, havendo a ordem de apresentar o preso, a omissão de quem o detenha em apresentá-lo poderá constituir crime de desobediência ou de prevaricação, conforme seja, ou não, o detentor, funcionário público no exercício de suas atribuições funcionais.¹⁵⁻¹⁶

Nos ordenamentos jurídicos modernos em que há o *habeas corpus*, incluindo o inglês, o estadunidense e o brasileiro, não é mais essencial ao procedimento a apresentação do preso ao juiz ou ao tribunal, bastando que o coator diga onde ele se encontra e exponha os motivos da prisão.

Ocorrerá a apresentação se o juiz ou o tribunal assim o decidir, obviamente, mas não se trata de providência essencial ao processo. O que poderia parecer um retrocesso implica, na verdade, em uma agilização do procedimento, na medida em que a providência prática de levar o preso ao juiz, sempre que houvesse a impetração poderia contribuir para tornar menos ágil o procedimento de *habeas corpus*.

Ironicamente, a história do *habeas corpus* – ao menos no Brasil – tem sido de libertação de suas amarras formalistas, tudo em homenagem ao direito de liberdade de locomoção. Também tem sido de redução, por um lado e de ampliação, por outro, de seu âmbito de atuação, de tudo resultando o aumento de seu grau de efetividade social.

Passo a traçar uma breve história jurídica do *habeas corpus* no Brasil, que resultou em seu atual perfil constitucional.

A Constituição brasileira de 25 de março de 1824 não se referia ao *habeas corpus*. Apenas determinava¹⁷ que ninguém haveria de ser preso sem culpa formada, exceto no caso de flagrante; que após prisão em flagrante haveria de dar-se ao preso nota de culpa no prazo de 24 horas desde a entrada no cárcere; que, mesmo no caso de prisão com culpa formada, a prisão poderia

13. Art. 4º. Cf. MIRANDA, Jorge (org. e trad.). *Constituições de diversos países*. 3. ed., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986. p. 402.

14. Cf. KLEIN, Irving J. *Principles of the law of arrest, search, seizure and liability issues*. Miami: Coral Gables, 1994. p. 16.

15. Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9, p. 419-420.

16. Cf. FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 1.511: "O Delegado de Polícia que, para satisfazer sentimento pessoal, se recusa a dar cumprimento a requisição de inquérito policial, comete o crime de prevaricação, e não o de desobediência, pois trata-se de infração praticada por funcionário público contra a Administração Pública" (TACRIM-SP - AC 316.797 - Rel. Reynaldo Ayrosa)".

17. Art. 179, incisos VIII e IX.

ser substituída por fiança idônea, nos casos autorizados por lei.

O primeiro diploma que, no Brasil, afirmou o *habeas corpus*, foi a Lei de 29 de novembro de 1832, que promulgou o “Código de Processo Criminal de Primeira Instância”.

Tratou do assunto em dezesseis artigos e instituiu o *writ* no Brasil – no seu art. 340 – que dispunha:

Todo cidadão que entender, que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de – *Habeas corpus* – em seu favor.

Percebam que o *habeas corpus* nasceu vocacionado à proteção à liberdade de locomoção violada por uma prisão ou por um constrangimento ilegal.

Muitos anos após a entrada em vigor desse diploma legal, a Constituição brasileira de 24 de fevereiro de 1891 – intencionalmente ou não – viria trazer uma modificação de suma importância à utilização prática do *habeas corpus*.

Isso porque o § 22 do art. 72 da dita Constituição incluiu o *habeas corpus* como um dos direitos e garantias individuais e tratou-o da seguinte forma:

Dar-se-á o *habeas-corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.

Conforme se nota, esse dispositivo, por motivos desconhecidos, não limitava –

ou, por outra, não era claro em limitar – o *habeas corpus* às violações da liberdade ambulatória.

Esse fato não passou desapercebido ao gênio jurídico de RUI BARBOSA que, já em quinze de agosto de 1893, em editorial publicado no “Jornal do Brasil”,¹⁸ escreveu a respeito do tema, sustentando o cabimento do *habeas corpus* para, por exemplo, assegurar a publicação de uma *gazeta*.

O Brasil passava, então, por tempos bárbaros; a República – sob o comando de militares de ferro – consolidava-se política e territorialmente. Havia severa repressão policial, principalmente contra os que oponham à nova ordem.

Um dos primeiros *habeas corpus* utilizados para proteger direito que não o de locomoção foi impetrado, no segundo semestre de 1896, por JOÃO MENDES DE ALMEIDA (pai do processualista JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR) em favor dos integrantes do “Centro Monarquista de São Paulo” e do “Centro dos Estudantes Monarquistas de São Paulo”, proibidos pela polícia de realizarem suas reuniões – então altamente subversivas, já que a República buscava firmar-se contra os que consideravam melhores os tempos dos imperadores. Esse *writ* não foi conhecido ao argumento de que o *habeas corpus* se limitava à proteção do direito à liberdade de locomoção e não se aplicava ao direito de reunião.

Posteriormente, por obra do mesmo Supremo Tribunal Federal, que relutou a conhecer os pedidos de *habeas corpus* fun-

18. BARBOSA, Rui. Editorial. In: *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1893, edição de quinze de agosto, apud ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1955. v. 7, p. 25.

dados em direitos outros; de RUI BARBOSA, e dos mais diversos e hoje desconhecidos advogados de antanho, nasceu e durou mais de vinte anos a chamada “Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*”, uma solução de compromisso entre os que advogavam uma limitação do *habeas corpus* à proteção da liberdade ambulatória e os que entendiam ser ele cabível para proteger todos os direitos individuais.

Essa doutrina consistiu em ampliar a concepção do *habeas corpus* para a defesa de quaisquer direitos desde que tivessem alguma conexão com o direito de ir e vir. ENEAS GALVÃO, Ministro do Supremo Tribunal Federal no início deste século – e apontado por LEDA BOECHAT RODRIGUES¹⁹ como um dos principais entusiastas da utilização do *habeas corpus* para proteger quaisquer direitos – respondeu o seguinte aos que viam excesso na sua ampliação:

Se o conceito do *habeas-corpus* evoluiu por esse modo é porque as necessidades da nossa organização social e política o exigiram, como resultado de repetidos ataques à liberdade individual, determinando, assinalando função maior, mais lata, ao instituto do *habeas-corpus*. (...) No nosso meio político, os repetidos ataques à liberdade individual

impuseram a necessidade de alargar a concepção do *habeas-corpus* (...). O Tribunal está cumprindo a sua missão tutelar dos direitos, está evoluindo com as necessidades da Justiça; se há excesso, é o excesso que leva ao caminho da defesa das liberdades constitucionais.²⁰

Essa doutrina durou até setembro de 1926, quando uma reforma constitucional alterou a redação do § 22 do art. 72, deixando clara a aplicabilidade do *habeas corpus* apenas como instrumento de proteção da liberdade de ir e vir.

Estava, porém, lançada uma importante semente. Os vinte anos de aplicação do *habeas corpus* para toda sorte de violações de direitos serviram para consolidar, no Brasil, a idéia da necessidade de uma ação sumária e documental predisposta à sua proteção. E, juntamente com a limitação do *habeas corpus* à liberdade de ir e vir, nasceu a idéia de um instrumento que o substituísse nesse mister.

Foi assim que durante as discussões da Assembléia Constituinte eleita em 1933, surgiu pela primeira vez o mandado de segurança, fruto de sugestão de JOÃO MANGABEIRA.²¹⁻²² O mandado de segurança descende do *habeas corpus*; tanto que a

19. RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. 3, p. 33.

20. *Habeas corpus* n. 3.695 - STF - Relator Ministro Eneas Galvão - julgado em 1915, apud RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. 3, p. 33-34.

21. Cf., a respeito, FERREIRA, Waldemar. *Parecer sobre o mandado de segurança na Constituinte de 1934*. Rio de Janeiro, Sala da Comissão de Constituição e Justiça, 16 de agosto de 1935, apud CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1957. p. 373: “Coube ao Sr. João Mangabeira a iniciativa de introduzir no anteprojeto da Constituição, elaborado pela Comissão nomeada pelo Governo Provisório, a chamada — Comissão do Itamarati, uma disposição, instituindo o mandado de segurança”.

22. Cf., também, NUNES, Castro. *Do mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 3 (“A denominação mandado de segurança veio do Projeto do Itamarati por proposta de João MANGABEIRA”) e 424-439 (reprodução do referido parecer de WALDEMAR FERREIRA).

primeira disposição constitucional a seu respeito – o item 33 do art. 113 da Constituição brasileira de dezesseis de julho de 1934 – estabelecia que o procedimento do mandado de segurança haveria de ser o mesmo do *habeas corpus*. Seria perfeitamente possível e até estimulante falar do mandado de segurança juntamente com o *habeas corpus*, mas o tempo que me foi concedido é inclemente e não me permitiria semelhante imprudência.

Voltemos ao *habeas corpus*.

A fim de entender e situá-lo no seio do ordenamento constitucional, é preciso compreender sua íntima relação com outros importantes princípios insertos na Constituição de 1988. Um deles o está no inciso LXI do art. 5º da Constituição de 1988:²³ trata-se do princípio da *judicialidade*.

Segundo esse princípio, toda a prisão, salvo as exceções constitucionalmente admitidas, deverá ser decretada por juiz; e mais: por juiz competente para decretá-la. Trata-se de uma novidade da Constituição de 1988.

Quando não for decretada por juiz, como no caso da prisão em flagrante e da prisão ocorrida durante o estado de defesa, haverá de ocorrer controle jurisdicional imediato e automático da legalidade da prisão. Não haverá tal controle no caso da prisão decretada durante o estado de sítio e no caso da prisão decretada por autoridade

militar no caso de crime ou de infração propriamente militar.

O princípio do *imediato controle jurisdicional da prisão não decretada por juiz*, encontra-se positivado nos incisos LXII²⁴ e LXV²⁵ ambos do art. 5º da Constituição.

Pois bem: o *habeas corpus* também propicia esse controle jurisdicional posterior, pois o enseja ainda que a autoridade coacra não falhe na comunicação da prisão e dos seus motivos.

É o que escreve JOSÉ FREDERICO MARQUES, talvez nosso mais coerente e importante processualista penal:

Não se prende sem decisão prévia autorizando e ordenando a prisão; e não se prende, nos casos de flagrante delito, de modo arbitrário ou abusivo, pois que as prisões em flagrante podem ser examinadas jurisdicionalmente, em procedimento rápido e sumariíssimo, pelas vias processuais do *writ of habeas corpus*.²⁶

A importância do *habeas corpus* para a Constituição é tão grande que, além de dispor que o *habeas corpus* é ação gratuita,²⁷ não o excepciona nem no estado de defesa, nem no estado de sítio. A única exceção admitida para o *habeas corpus* relaciona-se com a já citada prisão administrativa dos militares e se justifica dada a lógica da disciplina castrense.

23. "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

24. "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)".

25. "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".

26. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 4, p. 31.

27. "são gratuitas as ações de *habeas corpus* (...)".

A Constituição brasileira, nesse particular, é mais liberal do que a estadunidense, que autoriza a suspensão do privilégio do *habeas corpus* em “caso de rebelião ou invasão, quando tal for exigido pela salvação pública”.²⁸

Já ficou claro que o *habeas corpus* nasceu para proteger a liberdade de ir e vir da prisão injusta. É razoável supor, até pelo que já foi aqui exposto, que a primeira forma do *writ of habeas corpus ad subjiciendum* destinou-se a desfazer a prisão efetuada em um tempo passado e existente no momento da impetração.

Não disponho de dados a respeito de quando isso ocorreu, mas a verdade é que, a partir de um determinado momento, ele também passou a se destinar a evitar a futura prisão ilegítima. Em outras palavras: a prevenir a ocorrência de uma ilegalidade relacionada com a liberdade de ir e vir.

A justificativa para essa mudança do espectro do *habeas corpus* enquanto instrumento de proteção da liberdade de ir e vir foi a mais simples possível: se ele se destina a cancelar a prisão ilegal já efetuada, nada mais lógico que, configurada uma ameaça concreta de ilegalidade, sirva ele também para evitar sua ocorrência.

Trata-se do *habeas corpus* preventivo.

Eis em que se dividem as ações de *habeas corpus*. Ora visam a cancelar uma coação que já se operou, ora são preventivas, fazendo cessar uma ameaça de prisão ilegal. Em ambos os casos, para invocar a classificação tornada famosa entre nós por PONTES DE MIRANDA, apresenta predominantemente eficácia mandamental.²⁹

Contudo, dentro dessas duas categorias principais, e sem jamais perder a mandamentalidade, o *habeas corpus* pode apresentar outras eficárias, como a de ação constitutiva e a de ação declaratória.

Constitutiva quando, no dizer de JOSÉ FREDERICO MARQUES, “tem por fim fazer cessar coação ou ameaça de coação, contra a liberdade de ir e vir, desconstituindo, por ilegal, a situação jurídica de que provinha o ato coercitivo”.³⁰

Declaratória no caso de encontrar-se extinta a punibilidade do paciente, caso em que o *habeas corpus* terá o objetivo de fazer cessar a coação ou eliminar a ameaça através da declaração daquela circunstância.

Em todos esses casos, o *habeas corpus* relaciona-se cada vez mais com o princípio do *due process of law* ou, em português, princípio da legalidade processual,³¹ definido por RENÉ ARIEL DOTTI como a “exigência da for-

28. MIRANDA, Jorge (org. e trad.). *Constituições de diversos países*. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986. p. 345. O dispositivo se encontra no número 2 da Seção IX do seu art. 1º da Constituição estadunidense.

29. MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. t. 2, p. 229-230.

30. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 4, p. 390.

31. Incisos XLV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) ambos do art. 5º da Constituição.

ma pré-estabelecida em lei para a validade dos atos e termos do processo".³²

Na minha tese de doutorado, sustentei equívoco no considerar o *habeas corpus* preventivo como cautelar, como quer a doutrina processual penal brasileira e, em especial, JOSÉ FREDERICO MARQUES.³³

Na verdade, o *habeas corpus* é um procedimento summarizado. Foi estruturado para solucionar situações em que o ordenamento jurídico não preveja outros instrumentos eficientes de tutela. Tem "rito mínimo", para usar a expressão de PONTES DE MIRANDA,³⁴ mas não está identificado com uma situação vera e própria de urgência. Conforme escrevi em minha tese, "há, de fato, uma situação de premência ante a ilegalidade, que reclama uma tutela rápida e eficaz. Nem sempre, porém, a urgência, ou, mais propriamente, o *periculum in mora*, está presente". Nem por isso o *habeas corpus* deixa de ser um instrumento válido.

Mas não é possível, portanto, identificá-lo com um processo cautelar. As medidas liminares em *habeas corpus* é que eventualmente o são. Eventualmente, disse, porque nem sempre as medidas liminares em *habeas corpus* são medidas cautelares, mas verdadeiras e próprias medidas antecipatórias.

De fato, um melhor exame da matéria, que não posso fazer neste momento, tendo em vista tratar-se de uma palestra,

revela que as liminares em *habeas corpus* I) ora garantem a eficácia da decisão mesma, que se há de proferir, II) ora antecipam os efeitos da sentença que se haverá de proferir ao final do processo.

Essas situações são identificáveis em virtude do perigo de perecimento antecipado do direito que se quer conservar ou em virtude da evidência dos fatos postos pelo impetrante.

Tomemos o exemplo do *habeas corpus* impetrado com a finalidade de trancar inquérito policial. Nesse caso, se o impetrante requerer, como medida liminar, que o paciente não seja submetido a uma determinada diligência policial enquanto não definida a questão jurídica posta no *habeas corpus*, estará requerendo uma tutela cautelar.

Por outro lado, há situações em que o juiz concederá uma medida liminar não simplesmente porque há risco de perecimento do direito que o *habeas corpus* pretende garantir, mas em função da evidência do direito afirmado pelo impetrante, evidência essa que se mostra documentalmente e que justifica a antecipação da tutela final pedida no *writ*.

Ocorrendo a situação de evidência do direito afirmado pelo impetrante – evidência essa que se planta pelo conjunto de provas documentais apresentadas – passa a ser do interesse da administração da justiça que

32. DOTTI, René Ariel. *Princípios do processo penal*. In: *Fascículos de ciências penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a. 6, v. 6, n. 1, p. 95.
33. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 4, p. 387: "O *habeas corpus* surgiu, primeiro, como processo penal cautelar, pois que seu objetivo era o de impedir prisões arbitrárias no curso da persecução penal, ou garantir rápido julgamento do réu preso".
34. MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas-corpus: direito constitucional e processual comparado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. t. 2, p. 229-208: "O processo do *habeas-corpus* tem rito mínimo".

o *habeas corpus* defina, de uma vez, o direito afirmado, evitando-se um processo penal condenatório cuja sentença será muito provavelmente absolutória.

Tome-se o caso da coação advir da chamada falta de justa causa.

Essa hipótese está retratada no art. 648, inciso I, do Código de Processo Penal, que dispõe que “a coação considerar-se-á ilegal (...) quando não houver justa causa”.

A justa causa – sabe-o quem milita no foro criminal e estuda o direito processual penal – compõe-se do binômio indícios de autoria e prova da materialidade do fato. Isso porque são esses os dois elementos justificadores da ação penal estatal e, por conseguinte, do processo penal condenatório. Apenas identificada sua presença, o processo penal pode começar ou ter continuidade. A base legal desse binômio encontra-se no art. 408, *caput*, do Código de Processo Penal, que dispõe:

Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios suficientes de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

Pois bem: quando decide sobre os indícios de autoria e sobre a prova da materialidade do fato o juiz analisa, obviamente, as provas até o momento produzidas. Embora o grau de aprofundamento de seu exame não precise – e, na verdade, não deva – ser o mesmo do que fará por ocasião

da elaboração da sentença, a verdade é que, diante da evidência, poderá proferir um juízo que, na verdade, ferirá o mérito da questão principal discutida no processo penal condenatório.

Equivocado, profundamente equivocado, continuar a definir esse *habeas corpus* como cautelar, tendo em vista a satisfatividade que a sentença e, mesmo, a eventual medida liminar terá nesse caso.

Assim, havendo evidência da inocência do imputante – seja por qual razão for, desde que comprovável documentalmente – o processo penal condenatório trará, sob o prisma do interesse da administração pública, prejuízo e, sob o do interesse do réu, sofrimento rigorosamente inútil. Na tese de doutorado sustentei a natureza antecipatória do *habeas corpus* preventivo. À luz das lições do amigo e mestre LUIZ GUILHERME MARINONI,³⁵ posso concluir, preliminarmente, que o *habeas corpus* preventivo é verdadeira forma de tutela inibitória do ilícito; e que o repressivo traz as nuances de tutela antecipatória.

Essa me parece ser uma via interessante para o estudo do *habeas corpus* no Brasil. Através dela, novas peculiaridades desse instrumento vão ficando cada vez mais claras. Essa pesquisa auxilia – ou ao menos espero que assim seja – o seu aperfeiçoamento institucional. O que contribuirá para firmar, nas instituições brasileiras, uma tradição de respeito aos direitos humanos.

35. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 153 p.; *A antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 255 p.; e *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 475 p.

Nossa tarefa não é fácil. Trata-se de construir um sistema processual penal que seja, a um só tempo, muito mais eficiente e muito menos seletivo do que é hoje, sem descurar do respeito aos direitos elementares, dentre os quais os aqui enumerados.

Há injustiça nas duas situações.

Na impunidade dos grandes e astuciosos criminosos, e na punição excessiva dos que não têm condições de se defender suficientemente bem. Ambas são socialmente danosas e estão a reclamar uma solução correta de parte do jurista brasileiro.

Como escreveu o poeta itabirano CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE, "a injustiça não se resolve".³⁶ Embora isso seja filosoficamente verdadeiro, não significa que caso a caso não se consiga que ela triunfe.

A construção de um processo penal verdadeiramente brasileiro, equilibrado entre essas duas solicitações, e que forje, caso a caso, soluções justas, é uma tarefa lídima, porém gigantesca.

Precisamos nos dar bem na construção desse instrumento. Repugna-me aquele advogado que constrói toda uma teoria porque, um dia, um cliente seu foi condenado, a seu ver injustamente; também aquele Promotor de Justiça que faz o mesmo em virtude de uma certa tarefa que lhe cometem. E que, com isso, auxiliam na construção de um processo irrefletido. Nossa natureza – de juristas, de aplicadores do que é direito – não pode se conformar com qualquer forma de injustiça, mesmo que ela

seja aparentemente a favor dos nossos interesses. A injustiça é sempre contra os nossos interesses, na medida em que nos desmoraliza frente à sociedade. Precisamos vencer essa guerra e não dar à injustiça qualquer chance. Não podemos lhe permitir sequer a dúvida sobre nosso triunfo e sobre sua derrota. Nossa natureza nos compelle a isso.

Concluo, neste momento, repetindo as duas evocações que fiz no início desta palestra. A juventude de PONTES DE MIRANDA, ao escrever sobre o *habeas corpus*, há de se combinar com a maturidade científica a que induvidosamente havia chegado HELENO CLÁUDIO FRAGOSO para a consecução da tarefa que a sociedade nos cometeu. O entusiasmo diante de tão maravilhoso instrumento há de se combinar com a experiência, para a tarefa ser levada a bom termo. Para construir um instrumento em que não predomine a tese, nem a antítese, mas que ajude a florescer a síntese da solução justa.

Por isso escrevi sobre – e continuo pesquisando – o *habeas corpus*, ao tempo em que tento humildemente contribuir para a construção de um processo penal mais refletido e justo. Pensando bem, minha inimiga é a injustiça, que está tanto na impunidade quanto na ultrapunição.

O *habeas corpus* é uma arma essencial nessa luta. Uma ação antiga mas que, tendo nascido da necessidade do dia-a-dia, revigora-se diariamente. É um instrumento

36. ANDRADE, Carlos Drummond de. Consolo na praia. In: *A rosa do povo*. Editado pela primeira vez em 1945.

to de proteção da liberdade violada ilegitimamente. Um meio de luta contra a desídia das autoridades ou de qualquer pessoa para evitar ou reprimir a prisão injusta. Uma forma de aprofundar e aperfeiçoar o devido processo legal. Enquanto tal, deve ser

prestigiado e cada vez mais aperfeiçoado. Para ser um veneno contra a injustiça, que ainda nos tira o sono. Algo necessário à nossa natureza.

Para que sejamos justos. Para que nos sintamos vivos.