

André Luiz Gomes Schröder

Habeas Corpus  
na Justiça Militar



BAPM

ANDRÉ LUIZ GOMES SCHRÖDER

Estado de Goiás  
ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR  
BIBLIOTECA

# HABEAS CORPUS NA JUSTIÇA MILITAR

ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR

GOIÂNIA-GO SET/96

4.1  
CH  
ab  
28

Visto  
Visto em 10  
Pensão 10,00  
Aline 10,00  
Mater (com laudas)  
10,00

## HABEAS CORPUS NA JUSTIÇA MILITAR

Trabalho em cumprimento às exigências da disciplina  
de Direito Processual Penal, parte integrante do cur-  
rículo do Curso de Especialização em Polícia Judici-  
ária Militar.

Estado de Goiás  
ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR  
BIBLIOTECA

ACADEMIA DE POLÍCIA MILITAR

GOIÂNIA-GO SET/96

## SUMÁRIO

Apresentação, 3

### **1 WRIT, 5**

- 1.1 Significado e ordem do vocábulo, 5
- 1.2 Espécies de writ, 6

### **2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS, 7**

- 2.1 O *habeas corpus* no direito inglês, 7
- 2.2 O *habeas corpus* no direito norte-americano, 8
- 2.3 O *habeas corpus* no direito argentino, 9
- 2.4 O *habeas corpus* no direito brasileiro, 9

### **3 ASPECTOS GERAIS DO *HABEAS CORPUS*, 12**

- 3.1 Definição de *habeas corpus* 12
- 3.2 Natureza Jurídica, 13
- 3.3 Objeto e fins do *habeas corpus*, 16
- 3.4 Modalidades de ações do *habeas corpus*, 17
  - 3.4.1 Ação penal cautelar de *habeas corpus*, 18
  - 3.4.2 Ação penal constitutiva de *habeas corpus*, 18
  - 3.4.4 *HABEAS CORPUS* preventivo e o liberatório, 19

### **4 CABIMENTO E NÃO-CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS*, 21**

- 4.1 Cabimento do *habeas corpus*, 21
- 4.2 Hipóteses de não cabimento do *habeas corpus*, 24
- 4.3 - Punições Administrativas e o *habeas corpus*, 25

### **5 DO PROCESSO DE *HABEAS CORPUS*, 28**

- 5.1 Considerações iniciais, 28

- 5.2 Condições de procedibilidade no *habeas corpus*, 28
  - 5.2.1 Possibilidade jurídica do pedido, 29
  - 5.2.2 Legítimo interesse, 29
  - 5.2.3 Legitimidade ativa e passiva, 30
- 5.3 Petição inicial, 31
- 5.4 Reiteração do pedido, 32
- 5.5 Concessão de plano e liminar do *habeas corpus*, 33
- 5.6 Sentença no *habeas corpus*, 34
- 5.7 Coisa Julgada, 36

## **6 COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR HABEAS CORPUS NA JUSTIÇA MILITAR, 37**

- 6.1 Competência Originária, 37
  - 6.1.1 Justiça Federal, 38
  - 6.1.2 Justiça Estadual, 38
- 6.2 Recurso de *habeas corpus*, 39

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS, 41**

## **9 BIBLIOGRAFIA, 44**

## APRESENTAÇÃO

O *habeas corpus* tornou-se ao longo do tempo uma garantia constitucional de grande importância contra todos os tipos de ilegalidade e abuso de poder que venham lesar ou ameaçar de lesão o direito de locomoção ou liberdade do cidadão.

Porém, vasto e complexo é o mundo deste instituto. Por isso, este trabalho se propõe a fazer uma análise estudiosa desse instituto à luz das novas disposições e a aplicação do *habeas corpus* no Direito Penal Militar. O que se pretende não é esgotar o estudo sobre o tema, mas sim, um estudo sumário e simples do que seja o *habeas corpus*, de que modo surgiu e suas características fundamentais e qual sua aplicabilidade.

Assim, começaremos com uma explicação sucinta do que seja o *writ*. Logo após seguiremos com a abordagem dos seus antecedentes históricos, sendo feito primeiramente, um estudo do seu surgimento no direito inglês mostrando o idealismo do povo inglês quanto a defesa da liberdade individual. Depois, prosseguiremos com o *writ of habeas corpus* no direito norte-americano, explicitando de que forma real o instituto apareceu naquele país na reforma constitucional de 1791 e no direito argentino, onde o *habeas corpus* também se consolidou com a finalidade de proteger a liberdade física do cidadão. E, finalmente, no direito brasileiro será abordado todo processo de desenvolvimento do *habeas corpus* até os dias de hoje, através de um retrospecto da Constituição Federal.

Segue-se, adiante com a definição do *habeas corpus*, sua natureza jurídica e seu objeto e finalidade numa análise rápida que procura apenas esclarecer o significado do termo da maneira como é utilizado atualmente. Deixaremos, ainda, algumas linhas para as várias modalidades de *habeas corpus* para que se entenda posteriormente o item relativo à competência e para o cabimento e não-cabimento da ação. Teremos, adiante uma superficial exposição do processo

do *habeas corpus* com a abordagem de aspectos como suas condições de procedibilidade, possibilidade jurídica, do pedido, o legítimo interesse, a legitimidade ativa e passiva para a propositura da ação e a petição inicial. Sobre a reiteração do pedido a abordagem feita alcançou a impetração na pendência do recurso ordinário de apelação.

A concessão de plano e liminar do *habeas corpus* também foi alvo de atenção no correr deste trabalho; assim como, algumas considerações sobre *habeas corpus* preventivo, liberatório e a sentença no *mandamus* além de alusões à coisa julgada e à sua extensão. No que concerne à competência, o trabalho procura uma exposição clara propiciando pleno entendimento de como a mesma se projeta no campo do *writ*.

Em suma, procuramos abordar todos os aspectos que nos foi possível observar no campo do *habeas corpus*, sem contudo ter a pretensão de esgotar o assunto.

# 1 - WRIT

## 1.1 SIGNIFICADO E ORDEM DO VOCÁBULO

A promulgação da nova Constituição fez reviver o interesse em torno do estudo dos writs. O que são *writs*? O vocábulo "*writ*" (do verbo inglês to write, wrote, written) significa escrito, na língua comum, e ordem, na terminologia técnica. Tecnicamente, em linguagem jurídica, writ deve ser entendido como mandado, ordem a ser cumprida. Portanto, writs significa garantias instrumentais sumárias, que constituem ações especiais nominadas no próprio texto da Constituição Federal, a Lei Maior.

O *Habeas Corpus*, como figura constitucional, só surgiu em 1891, ao passo que o mandado de segurança foi criado em 1934. Basicamente, até aqui, eram esses os writs constitucionais, voltado o primeiro à tutela do direito de locomoção e o segundo ao resguardo dos outros direitos incontestáveis, não amparados pelo *Habeas corpus*.

Com o advento da Constituição de 1988, a situação experimentou notável modificação, ampliando-se a latitude dos writs, pois, a par do *habeas corpus* e do mandado de segurança,

 criaram-se outras garantias instrumentais de igual natureza: o mandado de injunção e o *habeas data*.

A expressão *writ*, desde os tempos da Magna Carta, tem o sentido de ordem. Hoje, verdadeiramente se cuida de um mandamento expedido pelo órgão jurisdicional competente, no exercício da soberania de suas funções estatais, endereçado a quem deve cumprir a lei, processado num rito sumário.

## 1.2 ESPÉCIE DE WRIT

- 1) *Writ of mainprize* - assegurava ao preso a possibilidade de livrar-se e ser solto.
- 2) *Writ de odio et atia* - era expedido para que o xerife verificasse se o preso tinha sido detido com presunções de ódio e má intenção.
- 3) *Writ de homine replegiando* - objetivava a soltura de preso por obra ou sob a guarda de particular, com a obrigação de comparecimento, a fim de responder pela acusação.
- 4) *Writ of habeas corpus* - empregado para a proteção da liberdade individual.
- 5) *Jurisfirma* - espécie de writ que existiu na Justiça de Aragão (Espanha) a partir do século XIII; ofertava caracteres semelhantes aos dos writs modernos.
- 6) *Mandamus* - mandamento para que a agente realize determinado ato que constitui dever de ofício, nos casos em que o servidor não tem poder discriminatório.
- 7) *Writ of certiorari* - objetiva anular decisões administrativas ou judiciais que violaram direitos.
- 8) *Writ of prohibition* - é instrumento de correção da atuação jurisdicional para coibir que órgãos jurisdicionais inferiores julguem sem ser competentes.
- 9) *Writ quo warranto* - características da nossa ação popular, sendo intentado em nome do interesse coletivo, para salvaguarda pública, contra abusos ou ilegalidades na nomeação e no exercício de cargos e funções públicas.
- 10) *Writ of error* - visa a revisão de atos de quaisquer tribunais norte-americanos.
- 11) *Writ of injunction* - tem por escopo obstar ou assegurar a prática de determinado ato ou da execução de uma norma, podendo ser intentado como medida preventiva, interlocutória ou principal, com efeitos permanentes
- 12) *Juicio de amparo* - utilizado para todas os direitos fundamentais. Criação do direito mexicano.

## 2 - ANTECEDENTES HISTÓRICOS

### 2.1 O HABEAS CORPUS NO DIREITO INGLÊS

De acordo com fontes doutrinárias, o *habeas corpus* (*habeas corpus ad subjiciendum* - tomai o corpo do detido para submeter ao tribunal o homem e o caso) é um instituto originário do direito inglês.<sup>1</sup>

Com efeito, os barões ingleses em 15 de junho de 1215, impuseram ao rei João Sem Terra a *Magna Carta Libertatum*, cujos princípios do *Writ of Habeas Corpus* se catalogaram em seu capítulo XXIX. Florêncio de Abreu, baseado em Pontes de Miranda, assegura que o *habeas corpus* decorre do *common law*, em virtude dos preceitos da Magna Carta, capítulo XXIX, onde se determina que nenhum homem livre pode ser detido, nem preso, sem que seja condenado por seus pares ou pelas leis do país (*nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, nisi per legale indicium parium suorum, vel per legem terrai*)<sup>2</sup>

Vê-se pois que a Magna Carta imposta foi ato solene para assegurar a liberdade individual, bem como impedir a prisão injusta ou sem o prévio controle jurisdicional, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas.

Segundo Hélio Tornaghi :

o habeas corpus é no Direito Inglês do qual se origina, uma ordem de apresentação pessoal de alguém, um mandado de condução. O Juiz quer a presença física de alguma pessoa. Por isso, expede uma ordem escrita (*writ*) para que seja apresentado o corpo da pessoa (*habeas corpus*), isto é, seja feito de corpo presente. Essa apresentação pode ter vários fins e, daí, os diversos tipos de *habeas corpus*. Mas a expressão *habeas corpus* sem mais nada, *habeas corpus* por autonomasia, designa o *habeas corpus ad subjiciendum*, ordem ao carcereiro ou detentor de uma pessoa de apresentá-la, e de indicar o dia e a causa da prisão, a fim de que ela faça (*ad faciendum*), de que submeta (*ad subjiciendum*) e receba (*ad recipiendum*) o que for julgado correto pelo Juiz. Esse foi chamado, por William Blackstone, o mais célebre mandado (*writ*) do Direito Inglês e baluarte permanente de nossas liberdades (the stable balwark of our libertus)<sup>3</sup>

ABREU, <sup>1</sup> Florêncio de. *Comentários ao código de processo penal*, v. 5, p. 549.

<sup>2</sup> Id., *ibid.*, p.549

<sup>3</sup> Curso de Processo Penal, v. 4, p. 382 - 383.

No correr dos séculos o direito à liberdade individual garantido pela Magna Carta foi a cada momento tornando-se mais apagado e fugidio das aspirações inglesas até que no reinado de Carlos I a ambição de liberdade voltou a animá-los uma vez que nesse reinado não era respeitada a ordem de que ninguém fosse detido a mando do rei, ou de seu conselho, sem que houvesse acusação legal e procedente, ou *writ* de direito comum.

O despotismo e o abuso de Carlos I gerou a irritação e o repúdio da sociedade inglesa, levando o Parlamento de 1628 a convocar uma assembleia para a solução desse problema social, onde fora redigida a *Petition of Rights* (petição de direitos), a qual culminou com o restabelecimento irrecusável do remédio do *habeas corpus*.<sup>4</sup>

Porém, mesmo depois da Petição de Direitos, as ordens de *habeas corpus* eram denegadas e até desobedecidas a cada momento. Tal situação tinha que ter um fim. Veio, então, o que Blackstone denominou de Segunda Magna Carta, isto é, o *habeas corpus act* de 1679, destinado a disciplinar, processualmente, através de atos ilegais, a proteção do direito de liberdade. Os preceitos da Magna Carta se mostravam ineficazes devido o insuficiente sistema processual.<sup>5</sup>

Ulteriormente sobreveio o *habeas corpus act* de 1816, para exatamente suprimir as falhas do *habeas corpus act* de 1679, o qual se revelava imperfeito posto que só se referia às pessoas privadas de liberdade por serem acusadas de crime, de sorte que não tinham direito de pedir *habeas corpus* as detidas por outras acusações ou meros pretextos. Nem sequer havia outro remédio com que obtivessem das causas uma decisão qualquer sobre a legalidade de sua prisão.<sup>6</sup>

A partir daí, estando uma pessoa presa ou detida por outros motivos diversos da acusação criminal, começou-se a usar-se do *habeas corpus* para apressar a decisão. Uma vez resolvida a questão de legalidade do constrangimento do impetrante, restituía-se-lhe a liberdade, como antes procedia relativamente às detenções ilegais por suspeita de crime.<sup>7</sup>

## 2.2 O HABEAS CORPUS NO DIREITO NORTE-AMERICANO

A luta do povo norte americano objetivando a implantação do *writ of habeas corpus* na América do Norte, também foi histórica e rodeada de episódios idealistas. Assim,

---

<sup>4</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus*, p. 20.

<sup>5</sup> MIRANDA, Pontes de. ob. cit., p. 373 - 374.

<sup>6</sup> Id., ibid., p. 71.

<sup>7</sup> Id., ibid., p. 71.

no fim do século XVII os colonos norte americanos exigiram a aplicação desse *writ*, através de estatuto que fizeram promulgar.<sup>8</sup>

Aguardaram sua inclusão na Constituição de 1787, mas embora não regulando devidamente a matéria atinente ao *habeas corpus* na sua acepção ampla, a expressão *liberty* abrangendo inclusive a liberdade individual, somente apareceu no Artigo 5º da Reforma Constitucional de 1791 consagrando uma grande conquista americana, já que ninguém poderia ser privado de sua liberdade física sem o devido processo da lei.

A introdução do instituto do *habeas corpus* no direito norte-americano teve como inspiração a Segunda Magna Carta Inglesa, qual seja, o *habeas corpus act* de 1769. Sua instituição deu-se por meio da *common law* ou seja, do direito comum, cuja proteção incidia também sobre a liberdade física do indivíduo: *nos Estados Unidos da América continuou a ser, o que sempre foi na Inglaterra; remédio sumário contra as violações da liberdade física.*<sup>9</sup> Em ambos se circunscreve a livrar da prisão ou de quaisquer constrangimento ao direito de locomoção - ao ir, ficar e vir.

### 2.3 HABEAS CORPUS NO DIREITO ARGENTINO

O direito argentino consagra também em sua história legislativa e social o *habeas corpus*.

A Constituição da província de Buenos Aires o traz expressamente nos artigos 16 e 17, transcritos no ponto anterior. Deles, em síntese, resulta que todo o preso deve saber o motivo de sua prisão dentro de 24 horas, e se assim não ocorrer, poderá recorrer, por si ou por terceiro, ante qualquer juiz, para que disponha sua liberdade ou o coloque à disposição do juiz competente.<sup>10</sup>

Mais uma vez, o objetivo almejado é a proteção da liberdade física do homem.

### 2.4 O HABEAS CORPUS NO DIREITO BRASILEIRO

Faz-se necessário para o estudo do *habeas corpus* no direito brasileiro um breve retrospecto do *Habeas Corpus* e a Constituição Federal para mostrar todo o caminho per-

<sup>8</sup> MOSSIM, Heráclito Antônio. ob. cit., p. 22.

<sup>9</sup> MIRANDA, Pontes de. ob. cit. p. 105.

<sup>10</sup> RUBIANES, *Manual de derecho procesal penal*, p. 68.

corrido pelo writ até sua consolidação em 88. Retrospecto, este, baseado em estudos de Mauro Cunha e Roberto Geraldo Coelho Silva.<sup>11</sup>

Porém, antes, cabe colocar que pode-se afirmar, com segurança, que o momento legislativo a provocar o aparecimento do *habeas corpus* no Brasil foi o Decreto de 23 de maio de 1821, que sobreveio à partida de D. João VI para Portugal; esse decreto foi referenciado pelo Conde dos Arcos.<sup>12</sup>

A Constituição do Império, outorgada em 1824 por Pedro I, era extremamente liberal. Poder-se-ia, pois dizer com propriedade que, conquanto a Constituição monárquica não se referisse expressamente ao instituto do *habeas corpus* procurou proteger de modo tão enfático a liberdade individual que, de certo modo preparou caminho para as de direito material contidas no Código Criminal de 1830 e para os preceitos de natureza instrumental que o Código do Processo consagrou, ambos já mencionando nominalmente o instituto do *habeas corpus*: o primeiro ao impor sanções nos casos de descumprimento da ordem e o segundo ao estabelecer o procedimento para o julgamento da impetração.

Somente com o advento do Código do Processo Criminal de 1832 — Lei de 29 de novembro de 1832 — é que instrumentalmente veio regulado o *habeas corpus*, na forma de seu artigo 340, *in integrum*: *Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir ordem de habeas corpus em favor*. Eis aqui, portanto, o surgimento do writ brasileiro.<sup>13</sup>

A Primeira Constituição Republicana editada em 1891 incorporou o *habeas corpus* ao ordenamento jurídico do país, cabendo à Carta Republicana o papel de elevá-la à natureza de norma constitucional em seu artigo 72 § 22. Porém, com uma redação ampla e indeterminada: **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.**

Com a Reforma Constitucional de 1926 o § 22 passou a ter a seguinte redação: **Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.**

A Revolução de 30, contudo, na legislação do Governo Provisório manteve o instituto, mas com limitações, estabelecendo uma linha restritiva que as demais iriam adotar, embora voltada a restrição para as transgressões disciplinares. O decreto, pois, emanado do

<sup>11</sup> CUNHA, Mauro. SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas Corpus no Direito Brasileiro*.

<sup>12</sup> MOSSIN, Antônio Heráclito, ob. cit., p. 25.

<sup>13</sup> Id., ibid., p. 28.

poder revolucionário assim dispunha: **É mantido o *habeas corpus* em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os de competência dos tribunais especiais.** (Artigo 5º § Único).

A Carta de 1934, quando já se tinha um Estado de direito, tornou quase literalmente à redação da Constituição de 91. Ficou assim instituído o *habeas corpus*, art. 113, nº 23: **Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.**

Em novembro de 1937, Getúlio Vargas instituiu o Estado Novo e outorgava à nação uma nova Carta, e lá estava, no art. 122 nº 16, a expressa referência à liberdade de ir e vir: **Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.**

A 18 de setembro de 1946, nova Constituição Federal cujo o art. 141 § 23, assim dispunha: **Dar-se-á o *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. Nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*.**

Embora se tratando de uma Constituição fruto de uma Assembleia Constituinte, a norma garantidora do instituto repetia praticamente os termos da norma da Constituição estado novista, limitando-se o *habeas corpus* à liberdade de locomoção e ressaltando as punições disciplinares.

A norma da Constituição de 46 passou *ipsis literis* para a de 1967 (art. 150 § 20) e para a Emenda de 1969 (art. 153 § 20). A novidade nesta última consistia na eliminação da possibilidade, já tradicional em nosso direito, de impetrar-se o *habeas corpus* diretamente ao Supremo Tribunal, desde que perigo manifesto houvesse de consumir-se a violência.

Finalmente, a Constituição vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988 conserva, no artigo 5º, LXVIII, a redação do texto anterior, porém com a diferença de que o não cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares está previsto em outro dispositivo, o artigo 142 § 2º, **verbis: Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.** Hoje, pois, o *habeas corpus* protege apenas a liberdade de locomoção.

### 3 ASPECTOS GERAIS DO HABEAS CORPUS

#### 3.1 DEFINIÇÃO DE HABEAS CORPUS

O *habeas corpus* caracteriza-se primeiramente como um *writ*. Porém, a palavra *habeas corpus* tem sua raiz, por antonomásia, designa o *habeas corpus subjiciendum*, ordem ao carcereiro ou detentor de uma pessoa de apresentá-la, e de indicar o dia e a causa da prisão, a fim de que ela faça (*ad finiendum*), de que se submeta (*ad subjiciendum*) e receba (*ad recipiendum*) o que for julgado correto pelo juiz.<sup>14</sup>

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete:

A expressão *habeas corpus* indica a essência do instituto, pois, literalmente significa *tome o corpo*, isto é, tome a pessoa presa, a apresente ao juiz, para julgamento do caso. Posteriormente passou a ser entendida a expressão também como a própria *ordem de libertação*. O *habeas corpus* é garantia individual, ou seja, um remédio jurídico destinado a tutelar a liberdade física do indivíduo, a liberdade de ir, ficar e vir.<sup>15</sup>

E ainda, nas palavras de Pontes de Miranda:

*Habeas corpus* eram as palavras iniciais da fórmula que o mandado que o Tribunal concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. A ordem era do teor seguinte: *Toma literalmente: o corpo deste detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso*. Por onde se vê que era preciso produzir e apresentar à Corte o homem e o negócio, para que pudesse a justiça, convenientemente instruída, estatuir, com justiça, sobre a questão, e velar pelo indivíduo.<sup>16</sup>

Todavia, não há como definir o *habeas corpus* levando-se em consideração seu sentido etmológico, o significado originário de sua palavra. Define-se assim, levando-se em conta sua atual estrutura em nível constitucional e sua propriedade de proteção à liberdade física ou corpórea do indivíduo.

<sup>14</sup> TORNAGHI, Hélio de Bastos. *Curso de processo penal*, v.2, p. 383.

<sup>15</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*, p. 681.

<sup>16</sup> MIRANDA, Pontes de. *ob. cit.*, p. 21

Para Diomar Ackel Filho, *é uma síntese de ação mandamental de grande eficácia, remédio e garantia, a serviço da liberdade*.<sup>17</sup>

Enfim, *habeas corpus* é *remedium iuris* de natureza constitucional voltado à tutela da liberdade de locomoção do indivíduo, quando coarctada ou ameaçada de sê-lo por violência ou coação de ilegalidade ou abuso de poder.

### 3.2 NATUREZA JURÍDICA

O writ é uma ação, embora de rito especial ou especialíssimo. Em todas as espécies de writ se verifica o exercício de um direito subjetivo à prestação jurisdicional (ação), visando um provimento mandamental a ser editado pelo órgão jurisdicional, através de um instrumento adequado (processo), em que se assegura a igualdade, o contraditório e o direito de defesa, ainda que por via sumária.

Induvidosamente o writ se cuida de ação, com rito especial, atendendo ao seu caráter mandamental e aos fins a que se destina. É o Direito-remédio, para sanar a lesão provocada pelo agente requerido. Segundo Pontes de Miranda:

A sentença concessiva de *habeas corpus* não declara, nem constitui, nem condena, nem executa - manda ... O que em verdade ela faz, mais do que as outras, é mandar: manda soltar, manda prestar fiança, manda que se expeça salvo-conduto, ou que dê entrada em tal lugar, etc.<sup>18</sup>

A natureza jurídica do *writ* como ação e processo, visando a um provimento mandamental, cuja característica é esta só: mandar, embora possa em cada situação concreta haver outros efeitos subsidiários de natureza diversa.

Sendo ação, há conseqüentemente processo, que se deve naturalmente perante o órgão jurisdicional competente. Esse processo tem rito especial, apartado do caminho ordinário geralmente trilhado pelos ritos procedimentais, sumário, com via de cognição restrita, para que essa celeridade seja assegurada.

O *habeas corpus* é encarado pelo Código de Processo Penal Militar como um processo especial. Quanto ao processo penal comum, resta discussões sobre sua Natureza Jurídica. Não há uniformidade doutrinária no sentido de elevá-lo à categoria de ação penal.

Já por volta de 1922, José Antônio Pimenta Bueno, mencionava que o *habeas corpus* se constituía em verdadeiro recurso.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais: habeas corpus, mandado da segurança, mandado de injunção, habeas data*, p. 29

<sup>18</sup> MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*, p. 522.

<sup>19</sup> Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro, p. 235.

Para Borges da Rosa, o *habeas corpus* se caracteriza com ser remédio hábil para atentados à pessoa (*ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*). É por sua natureza preventivo, porque visa impedir que a coação ou violência continue ou se efetue; daí ser célere e pronto.<sup>20</sup>

Também, encarando o *writ* como um remédio, o renomado Hélio Tornaghi coloca:

Na realidade o *habeas corpus* é remédio judiciário contra o mal da ilegalidade, do excesso ou abuso de poder de que resulta violência ou coação na liberdade de ir e vir. Da ilegalidade, não da injustiça, que não se discute no trabalho de *habeas corpus*. Por isso o juiz não examina a prova da injustiça; mas a prova da ilegalidade pode instruir a petição de *habeas corpus*.<sup>21</sup>

Defendendo posição contrária as anteriores, Rogério Lauria Tucci exalta que: *em suma, é o habeas corpus ação pela qual, originada a instrução de um processo do mesmo nome, exteriorizado em procedimento sumaríssimo*.<sup>22</sup>

Pontes de Miranda exalta com ênfase que:

O pedido de *habeas corpus* é pedido de prestação jurisdicional em ação, cuja a classificação mostraremos. A ação é preponderantemente mandamental. Nasceu assim o instituto. Os dados históricos no-lo provarão. Não se diga (a errônea seria imperdoável) que se trata de *recurso*. A pretensão não é recursal. Nem no foi, nem no é. É ação contra quem viola ou ameaça violar a de ir, ficar e vir. Talvez contra autoridade judiciária. Talvez contra tribunal.<sup>23</sup>

Para Júlio Fabbrini Mirabete, *trata-se realmente de ação popular constitucional, embora por vezes possa servir de recurso*.<sup>24</sup>

Vicente de Paulo Vicente de Azevedo conclui: *embora incluído (habeas corpus) entre os recursos, no Código de Processo Penal, pela sua índole jurídica é antes uma ação penal: impetra-se à justiça penal a prestação jurisdicional do Estado, com outros objetivos além da acusação que pleiteia a condenação do infrator da lei penal*.<sup>25</sup>

Há quem confira ao *writ* triplice função, é o caso de Rubianes: *como ação, quando tem ele relação com um processo penal determinado; como recurso, quando se impugna concretas decisões e como excessão para fazer valer as excessões de prévio e especialmente pronunciamento*.<sup>26</sup>

Evidencia-se o primor da técnica legislativa do Código de Processo Penal Militar ao colocar ali o *habeas corpus* no capítulo “**Dos Processos Especiais**” e não entre os

<sup>20</sup> ROSA, Borges da. **Comentários ao Código de processo penal**, p. 770.

<sup>21</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**, v. 2, p. 382.

<sup>22</sup> Habeas Corpus ação e processo penal, p. 6.

<sup>23</sup> MIRANDA, Pontes de. ob. cit., p. 5 - 6.

<sup>24</sup> Processo Penal, p. 681.

<sup>25</sup> AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. **Curso de direito judiciário penal**.

<sup>26</sup> RUBIANES, **Manual de derecho procesal penal**, v. 3, p. 240 / 464 - 465.

recursos, como faz o CPP. Com tal previsão o CPPM adequa-se à maioria doutrinária que declara que o *habeas corpus* é uma genuína ação penal, isso porque, ocorrendo lesão ou ameaça desta ao *ius libertatis* individual, forma-se litígio entre o direito de liberdade do cidadão e a resistência do Estado quanto a esta pretensão de liberdade. Ocorre, então, que o coagido através do *habeas corpus* pede a tutela jurisdicional visando amparar o seu insopitável direito à liberdade ameaçada ou violada injustamente. Sendo que, se o pedido foi dirigido ao Estado-juiz e esse julga através de regular sentença, aplicando a lei penal ou processual penal pertinente à espécie litigiada, inconcusso está que esse pedido é conteúdo de verdadeira ação.

Assim, reconhece-se a acertiva do CPPM em colocar o *habeas corpus* entre os processos especiais e não entre os recursos, como no CPP, vez que trata-se de uma verdadeira ação penal.

O *writs* é processo documental, limitado apenas aos meios de prova, a qual realmente só pode ser feita por meio de documentos.

A via do *writ* é de cognição restrita, o que torna necessário que toda prova seja documental e necessariamente, pré-constituída.

No *habeas corpus*, como nos demais *writs*, não se descarta a necessidade de novos elementos documentais, quer depois da impetração, quer mesmo após as informações. Não só as dúvidas, que obstam o julgador na pesquisa da verdade, mas elementos ulteriores que surgirem, autorizam, em caráter excepcional, a juntada de novos documentos.

No Brasil há um rito procedimental específico e singular que caracteriza os *writs*, o qual deve ser obedecido. O procedimento não deve ser levado à conta de rigidez formalística tal que impeça, em casos excepcionais, é certo, e quando o interesse da verdade assim justificar, a oferta de outros elementos de informação após a impetração. *O remédio é estreito, rápido e de prova sumária.*<sup>27</sup>

Para se formar a prova do *writ*, é necessário que a prova seja documental, deve ser ela ofertada com a inicial, inobstante a possibilidade aventada de se produzir novos documentos eventualmente necessários.

---

<sup>27</sup> ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais*, p. 17.

### 3.3 OBJETO E FINS DO *HABEAS CORPUS*

O objeto do *habeas corpus* é a proteção da liberdade física quando for ela coarctada por qualquer que seja o ato ilegal ou por abuso de poder.

Portanto, é importante fixar que liberdade é um poder de disposição sobre si próprio, permitindo o livre arbítrio dentro do grupo social, com o dever correlatado de respeito à liberdade alheia, sempre consoante às permissões e proibições estabelecidas para a convivência regular.<sup>28</sup>

A liberdade corpórea do indivíduo, imprescindível, somente por ser limitada por ato legal, na forma estabelecida pela Constituição Federal.

Sendo assim,

a restrição do *habeas corpus* desde a reforma Constitucional de 1926, não tirou do instituto a sua significação primitiva, tradicional. O que se procurou ali foi evitar a sua aplicação à defesa e proteção de todos os direitos para os quais não existisse outro remédio rápido e eficaz. Mas, a proteção da liberdade corpórea, de ir e vir, contra o abuso de poder ou a ilegalidade foi mantida em toda a sua plenitude. Assim, o ato de qualquer autoridade restritiva da liberdade, ou porque se haja excedido na sua competência, ou porque se tenha conduzido por forma contrária ao direito (ilegalidade) justificam o uso desse remédio.<sup>29</sup>

Por Pontes de Miranda,

a) só se dá o *habeas corpus* quando se feriu ou se teme que se fira a liberdade física; b) onde não pode haver coação à liberdade física, não pode haver o *habeas corpus*. E mais: deve ser negado o *habeas corpus*: a) Quando não há coação ou violência, ao direito de mover-se, *ultra et citra*; b) Quando não se apure da petição que o paciente esteja sofrendo, ou em iminente perigo de sofrer violência, ou coação; c) Quando o constrangimento alegado não for ilegal.<sup>30</sup>

Neste caso, o *writ* só terá cabimento quando houver coação ilegal ou abuso de poder que tangencie a liberdade corpórea do indivíduo ou quando houver ameaça de transgredi-la.

Porém consolidou-se a diretriz tradicional, reservando-se o *habeas corpus* aos casos de liberdade física do indivíduo. E para suprir a lacuna deixada por esta restrição, é que se criou o Mandado de Segurança. O *habeas corpus* será concedido **sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder** (Art. 5º, inciso LXVIII, CF).

O mandado de segurança será concedido **para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público** (Art. 5º, inciso LXIX, CF)

O ponto comum entre esses remédios constitucionais é que se constituem eles em instrumentos protetores das liberdades individuais de uma forma geral. Percebe-se pela dicção constitucional, que tanto um como outro *writ* protege direito líquido e certo do indivíduo, porém, se essa liquidez e certeza percutir sobre a li-

<sup>28</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Liberdades Públicas*, v. 1, p. 6.

<sup>29</sup> CAVALCANTE, Temístocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*, p. 174.

<sup>30</sup> MIRANDA, Pontes de. *ob. cit.*, p. 373 - 375.

berdade de locomoção ou física do indivíduo, o remédio a ser utilizado será o *habeas corpus* e, por via de consequência, quando aquele direito a ser agasalhado não se relacionar com a liberdade corpórea, com os *ius manendi, eunde e veniende* do indivíduo o mandado de segurança será o mecanismo utilizável.<sup>31</sup>

Mesmo quando o impetrante ou paciente postula junto ao órgão jurisdicional a separação de seu direito de liberdade ou quando requer o desfazimento da situação ilegal que ameace ou coloque em perigo sua liberdade corpórea, independentemente da natureza da pretensão por ele invocada: declaratória, constitutiva ou cautelar.

Enfim, o objeto mediato do *habeas corpus* é a liberdade corpórea do indivíduo, seu direito de locomoção, posto em perigo ou lesado por coação ilegal ou abuso de poder.

### 3.4 MODALIDADES DE AÇÕES DO *HABEAS CORPUS*

Sendo o writ of *habeas corpus* uma ação penal, cumpre salientar que modalidade de ação ele se constitui.

Num sentido amplo, as ações se dividem em civil, quando seu conteúdo for extrapenal, e penal, sendo assim classificada quando se observa dois elementos: 1) o subjetivo, representado pelo titular, podendo ser ela pública ou privada; 2) a natureza da tutela jurisdicional invocada. Decorrente deste, abstrai-se a jurisdição competente para processar a julgar a ação, instituindo assim se a natureza da ação penal é comum ou militar.

A menção a ação penal não é somente um elemento provocador da atividade jurisdicional. O que efetivamente comanda sua denominação é a natureza da matéria que lhe serve de conteúdo. Será penal quando a matéria discutida for de direito penal ou processual penal.

Diante do exposto, tende a se classificar o *habeas corpus* como sendo ação de campo penal, dividindo-se ainda em matéria de jurisdição comum ou especial (militar).

Sendo o objeto imediato a tutela jurisdicional o *ius libertatis*, pode o pedido de *habeas corpus* caracterizar-se com invocação de providência cautelar, ou destinar-se a desconstituir situação criada por coação ilegal ou abuso de poder, constrangedora da liberdade de ir, permanecer e vir do paciente; ou, ainda, à declaração de certeza sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica concreta do direito penal. E, por isso mesmo, tem-se, em correspondência com as pertinentes modalidades de tutela jurisdicional, e respectivamente, ação cautelar de *habeas corpus*, ação constitutiva de *habeas corpus* e ação declaratória de *habeas corpus*.<sup>32</sup>

Analisaremos a seguir cada modalidade.

<sup>31</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. ob. cit., p. 76.

<sup>32</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas Corpus, ação e processo penal*, p. 18.

### 3.4.1 AÇÃO PENAL CAUTELAR DE *HABEAS CORPUS*

A ação cautelar sempre se subordina a ação de conhecimento ou dela é dependente. Ela se presta a evitar o risco de ser diminuída ou, até mesmo, de ser anulada pela demora( *periculum in mora*) as consequências da decisão a ser proferida. Além do perigo da demora, exige ainda a medida cautelar a presença do *fumus boni iuris*, que caracteriza a probabilidade de dano.

A ação penal de *habeas corpus*, em suas múltiplas finalidades, se vê envolvida num único processo e numa mesma jurisdição, não se espraiando para outro processo, posto que o mesmo inexistente em sede desse writ para efeito de eventual garantia. É que o processo que surge de sua impetração é único e se exaure dentro de seu próprio bojo, não dependendo de outra forma de jurisdição para conseguir a eficácia ou garantia de seu escopo. O caráter cautelar do writ reside exatamente em afastar uma situação de perigo a liberdade física do indivíduo.

Toda vez que o *habeas corpus* é concedido, ou para evitar prisão injusta, ou para impedir prisão prolongada, embora sem obstar a *persecutio criminis*, o seu caráter de providência cautelar está presente. É que, em todas essas hipóteses, não sendo ainda cabível a coação ao *ius libertatis*, a prematura prisão do réu pode afetar, de maneira irreparável, o seu direito de ir e vir e a liberdade corporal.

Será cautelar a ação de *habeas corpus* nos casos do art. 467, letra “a”, do Código de Processo Penal Militar, por ter sido gerada a coação ou ameaça de coação por ato de autoridade incompetente; letra “e”, quando não mais subsistam os motivos em que assentada a coação imposta a liberdade de locomoção do paciente; letra “f”, quando alguém estiver preso por tempo maior que o determinado pela lei em vigor; e ainda nas hipóteses do Art. 467 do CPPM, sempre que se possa arguir a falta de justa causa para a prisão preventiva ou flagrante delito, ou a nulidade de processo em razão do qual esteja o acusado provisoriamente encarcerado.

### 3.4.2 AÇÃO PENAL CONSTITUTIVA DE *HABEAS CORPUS*

São denominadas assim as ações **que se destinam a criar, modificar ou extinguir uma situação jurídica.**

Quando a ação postulatória do *habeas corpus* tiver por finalidade extinguir uma situação jurídica ilegal, fazendo cessar coação ou ameaça contra a liberdade de locomoção do indivíduo, terá ele natureza de ação penal constitutiva. A sentença fica sem efeito ao se conceder o writ, pois rescinde-se a ação coatora ante a ordem de *habeas corpus*.

Quando o pedido de *habeas corpus* se acha fundamentado no art. 467 letra “h” do CPPM, o qual versa sobre a extinção da punibilidade, o writ se identifica com a ação rescisória, se, apesar de extinto o *ius puniendi*, sentença já existir, como título executório, para ser exercido o do direito de punir do estado.

Se houver ausência de algum pressuposto processual, quando inexistir justa causa para a *persecutio criminis* ou faltar qualquer condição de procedibilidade a ação penal será constitutiva de *habeas corpus*, que funciona na verdade em todas essas hipóteses como autêntica ação rescisória.

### **3.4.3 AÇÃO PENAL DECLARATÓRIA DE HABEAS CORPUS**

É chamada assim quando o writ tiver por escopo a declaração de inexistência de uma relação jurídica disciplinada pelo direito penal.

Caso a punibilidade fosse extinta pela prescrição ou outra causa (art. 123, Código Penal Militar, ou outra aí não enumerada) e não obstante essa circunstância, incidisse sobre o agente a *persecutio criminis*, ou não fosse ela cessada.

Quando a ação implica no reconhecimento do direito penal de liberdade, é denominada *habeas corpus* preventivo, ou melhor, de ação declaratória de *habeas corpus* positiva; caso haja certeza sobre o fim da relação jurídico-penal consubstanciada no direito de punir, cabe aí uma ação declaratória de *habeas corpus* negativa. Em qualquer um dos casos, se confirmadas as hipóteses, implicará a cessação da coação ilegal enfrentada pela impetração da ordem de *habeas corpus* - indubitavelmente; uma das mais importantes instituições de direito processual penal.

### **3.4.4. HABEAS CORPUS PREVENTIVO E O LIBERATÓRIO**

O *habeas corpus* pode ser preventivo ou liberatório. O *habeas corpus* preventivo pode ser impetrado quando há ameaça à liberdade de locomoção; e liberatório, quando o paciente já está sofrendo a violência ou coação na sua liberdade ambulatoria. Violência e coação são citadas tanto no Código Processual Penal Militar (art. 466), como na Magna Carta (art. 5º, LXVIII). Tanto a violência como a coação geram um constrangimento. Por isso, pode-se dizer que o constrangimento é gênero de que são espécies a violência e a coação. No entanto, só se permite o uso de *habeas corpus* quando alguém sofra ou esteja ameaçado de sofrer um constrangimento na sua liberdade de ir e vir.

Assim, desde que haja um constrangimento ilegal à liberdade de ir e vir, que subsista a iminência de sofrer a violência, decorrente de uma coação, é cabível o remédio extraordinário, ou seja, cabe o *habeas corpus* ainda que não tenha se efetivado a perda da locomoção. Caracteriza-se aqui o *habeas corpus* preventivo, enquanto o de caráter liberatório ou repressivo, é aquele impetrado quando a coação à liberdade já está efetivada.

## 4 - CABIMENTO E NÃO CABIMENTO DO HABEAS CORPUS

O *habeas corpus* tem por escopo proteger a liberdade de locomoção, traduzidas pelo direito de ir, vir, ficar e estar (*jus manendi, ambulandi, lundit ultro citroque*).

*Qualquer pessoa tem direito de se locomover para onde quer que seja, salvo as restrições decorrentes de propriedades privadas e locais proibidos pela autoridade pública. O mesmo direito existe em radicar-se e ficar onde quiser, desde que não haja violação à lei. De modo que se houver algum dano potencial ou efetivo a esse status libertatis, de que goza o cidadão livre, o habeas corpus será cabível.*<sup>33</sup>

A CF/88, em seu art. 5º, inciso LXI, declara: *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.* A mesma Constituição, em seu art. 5º inciso LXVIII declara: *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.*

Do confronto dos citados textos Constitucionais é que encontramos as hipóteses de cabimento e não cabimento do *habeas corpus*. Este remédio jurídico é posto ante um vasto elenco de hipóteses que compreendem não só os casos de prisão arbitrária e ilegal mas também toda ameaça ou coação contra a liberdade de locomoção, exigindo assim o estudo de sua aplicação.

### 4.1 - CABIMENTO DO HABEAS CORPUS.

A concessão do *habeas corpus* será sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, ***por ilegalidade ou abuso de poder***. Para se determinar o cabimento do remédio jurídico contra a coação à liberdade de locomoção, dever-se-á detectar os casos de ilegalidade ou abuso de poder.

---

<sup>33</sup> ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais**, p. 31

Ilegalidade É toda ação contrária à lei, não só à lei expressa, tácita, como também aos princípios que a norteiam. O abuso de poder é caracterizado pelos atos de autoridade que venha exorbitar no exercício de seu poder, assim, serão colocadas as ocorrências que via de regra, autorizam a concessão da ordem:

- a) ameaça, sem justa causa, à liberdade de locomoção;*<sup>34</sup>
- b) prisão por tempo superior ao estabelecido em lei ou sentença;*
- c) cárcere privado;*
- d) prisão em flagrante sem a apresentação da nota de culpa;*
- e) prisão sem homologação da autoridade judiciária competente;*
- f) prisão preventiva sem suporte probatório ou legal;*
- g) coação determinada por autoridade incompetente;*
- h) cessação de motivo determinante da coação;*
- i) nulidade absoluta do processo;*
- j) excesso de prazo, quando a prisão se prolonga além dos limites temporais estabelecidos em lei para a formação da culpa;*
- k) extinção da punibilidade, seja por qualquer das hipóteses previstas no art. 123, do CPM;*
- l) internamento indevido em nosocômio ou manicômio;*
- m) não cumprimento das formalidades exigidas em lei;*
- n) quando ainda que houver sentença condenatória em que:*
  - i. o fato imputado não constituir infração;*
  - ii. a ação ou condenação estiver prescrita;*
  - iii. o processo for manifestamente nulo;*
  - iv. o juiz que proferiu a condenação for incompetente.*

Quando se trata de trancar a ação penal por falta de justa causa é pacífico o entendimento de ser cabível a medida, mesmo que o réu esteja solto. Assim, constitui evidente constrangimento ilegal na liberdade de ir e vir o fato de alguém ver-se obrigado a constantemente acompanhar atos de um processo, além de correr o risco de ser surpreendido por uma prisão preventiva ou mesmo uma condenação sem justa causa para tanto.

---

<sup>34</sup> PACHECO, José Ernani de Carvalho. **Prática, Processo e Jurisprudência**, v. 2, p. 28.

O artigo 467 e 468 do Código de Processo Penal Militar enumera as principais hipóteses de impetração do *habeas corpus*, dentre estas os princípios que regem sua fundamentação, segundo o mestre Diomar Ackel Filho, são:

**1) Justa causa<sup>35</sup>**

Justa causa é a causa legítima, com bases em lei, fundada em persecução inquisitória desencadeada por motivo legal corretamente contemplado, que dê guarida à coação, porém que afronte princípio geral da ordem jurídica, tornando injusto o cerceamento ao direito de locomoção. Caracteriza-se pela coação legal, porém injusta ao indivíduo.

**2) Excesso de prazo<sup>36</sup>**

Ocorrendo o vencimento do prazo previsto em lei para que determinado ato do inquérito policial ou do processo seja concluído ou, mesmo até para o término da ação penal, sem que os mesmos se concretizem, é possível a impetração da ordem para fazer cessar a prisão do paciente, seja ela decorrente de flagrante ou de custódia cautelar.

Tem entendido o STF que, vencida a fase instrutória e encontrando-se o processo em grau de alegações finais, sentença ou recurso, não se pode invocar a demora na prática dos atos que compõem a instrução probatória para, com fulcro nesse atraso, reconhecer-se constrangimento ilegal apto a autorizar a concessão de *habeas corpus*.

**3) Incompetência do coator<sup>37</sup>**

Essa hipótese visa preservar a liberdade diante da ação de autoridades competentes. Todos têm direitos de ser julgados por um juiz natural competente, não se admitindo igualmente prisão feita por quem não dispõe de autoridade para fazê-lo.

Sendo assim, não podendo alguém ser julgado por outrem que não seja o juiz natural competente e comprometendo sua liberdade física, será permitido o *habeas corpus*.

**4) Cessação do motivo de coação<sup>38</sup>**

A coação prisional legítima sempre tem causa legal. Assim se a causa desaparecer, os efeitos não podem permanecer. Se alguém está preso preventivamente e o juiz revoga a prisão, a custódia deve cessar imediatamente.

<sup>35</sup> ACKEL FILHO, Diomar. ob. cit., p. 31.

<sup>36</sup> Id., ibid., p. 32.

<sup>37</sup> Id., ibid., p. 33.

<sup>38</sup> Id., ibid., p. 33.

## 5) Nulidade do processo<sup>39</sup>

Os atos processuais sujeitam-se a um formalismo que visa garantir a regularidade e os objetivos do processo. Por essa mesma razão, há toda uma disciplina de nulidades que, no processo penal, pelo seu caráter de indisponibilidade, assumem mais relevo. Se o processo for inquinado não poderá aproveitar à prisão do agente, podendo ser atacado pelo *habeas corpus*, como meio de assegurar a liberdade do paciente coartada por um instrumento iníquo, posto que nulo.

## 6) Extinção da punibilidade<sup>40</sup>

A punibilidade do agente pode ser extinta por várias causas. As mais usuais estão previstas no art. 107 do Código Penal (no CPPM, Art. 123).

Ocorrendo quaisquer das hipóteses determinantes da extinção e esta não for reconhecida, sobrevivendo ou prosseguindo a persecução penal, o *habeas corpus* será a providência cabível para conter a ameaça ao direito de locomoção. A regra só não se aplicará, à evidência, nos casos de óbito do agente, porque então não poderá haver qualquer ameaça a quem já morreu.

### 4.2 - HIPÓTESES DE NÃO CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS*.

A jurisprudência dos tribunais firmaram-se no sentido de que no *habeas corpus* não tem cabimento alegações que envolvam matéria de fato, quando for necessário o exame profundo da prova, denega-se a ordem, a não ser **em casos especiais**, quando a evidência grita um constrangimento ilegal.

Com base na jurisprudência, são elencados os seguintes casos de não cabimento. a fim de esclarecer o campo de incidência do instituto:

- a) *não cabe habeas corpus para apressar o juiz em logo dar a sua sentença;*
- b) *para declarar a cessação de periculosidade, por ser esta matéria de ordem psiquiátrica;*
- c) *para alterar a qualificação jurídica dada ao fato na sentença;*
- d) *para anular o processo após o cumprimento da pena pelo réu;*
- e) *para obter menagem;*
- f) *para apressar a ação penal;*
- g) *para trancar IPM pelo reconhecimento de legítima defesa;*

---

<sup>39</sup> Id., *ibid.*, p. 34.

<sup>40</sup> Id., *ibid.*, p. 34.

- h) *para obter suspensão condicional da pena;*
- i) *para examinar litispendência;*
- j) *para corrigir erro na fixação da pena;*<sup>41</sup>
- k) para evitar indiciamento em IPM;

Dentre os casos de não cabimento do *habeas corpus* explicitados pelo CPPM, em seu Art. 466, temos:

- a) de punição aplicada de acordo com os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas e Auxiliares;
- b) De prisão administrativa, nos termos da legislação em vigor, de funcionário civil responsável para com a Fazenda Nacional, perante a administração militar;
- c) da aplicação de medidas que a Constituição do Brasil autoriza durante o estado de sítio;

Entre as hipóteses de não cabimento do *habeas corpus* os casos mais importantes são os de punição disciplinar e prisão administrativa do responsável para com a Fazenda Nacional, pois tais medidas têm produzido divergências na doutrina com relação à revogação de tais prisões, face o disposto no art. 5º, LXI, CF/88. Trataremos destes casos no próximo tópico.

#### 4.3 - PUNIÇÕES ADMINISTRATIVAS E O *HABEAS CORPUS*

Punição administrativa é aquela imposta, restritivamente, ao servidor público face ao poder disciplinar do Estado. É decorrente do princípio da autotutela, pois a administração corrige seus funcionários a medida que se desviam dos fins preestabelecidos pelo Estado e dos deveres a eles impostos. A punição administrativa não é uma pena, pois estas estão definidas pela Constituição Federal em seu art. 5º, XLVII e induz a jurisdição a qual não é própria da administração.

A Constituição Federal em seu art. 142 § 2º, declara expressamente que “*não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares*”. Apresentado o termo “*disciplinares*” constante no diploma constitucional, de súbito remetemo-nos ao cáput do artigo que declara que as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia e disciplina. Criada a categoria especial de Funcionário Público Militar, o legislador deu lhes a incumbência da defesa do

<sup>41</sup> PACHECO, José Ernani de Carvalho. ob. cit., p. 34 - 35.

Estado e da Sociedade, instituindo a necessidade de uma hierarquia para alcançar um maior rigor sobre os atos de seus servidores caracterizados como especiais.

Ao definir hierarquia, os legisladores da União e dos Estados foram unânimes em caracterizá-la como “*a ordenação da autoridade em níveis diferentes, dentro da estrutura da organização*” (art.12, § 1º, Lei 8.033/78). A hierarquia induz obediência, a qual é princípio basilar da disciplina sendo assim traduzida: “*rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo*” (art.12, § 2º, Lei 8.033/78), bem como pela “*obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos*”.

Caracterizada a hierarquia e a disciplina, o legislador estabeleceu o poder hierárquico, que pressupõe o direito de punir, e o dever à obediência, retirando da apreciação do Poder Judiciário os atos disciplinares praticados em decorrência dessa hierarquia, por considerar que qualquer intervenção externa a essa hierarquia seria afronta à finalidade e às regras que estabelecem o dever de obediência e o direito de mandar.

Calcado nestes princípios é que o legislador estabeleceu que “*não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares*”.

Como foi visto no histórico do *writ of habeas corpus* sua impossibilidade de impetração nos casos de transgressões disciplinares não é ineditismo do constituinte de 1988, o Supremo Tribunal Federal proclamava em 1910 que o *constrangimento decorrente de prisão determinada por autoridade militar, no exercício de jurisdição restrita, não constituía caso de habeas corpus*. Já a partir de 1930 é que o legislador constitucional excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos discricionários decorrentes do poder hierárquico.

É bem verdade que o legislador magno instituiu que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* (CF/88 art. 5º, XXXV), porém ante sua própria exclusão não há questionamentos. No entanto, cabe uma observação: o *habeas corpus* será cabível se a punição for imposta por autoridade manifestamente incompetente ou, de qualquer modo, ao arrepio das normas regulamentares que vinculam a ação do superior que pune, pois o poder disciplinar está adstrito ao princípio da legalidade. O exercício da hierarquia só é cabível na conformidade e nos limites da lei.

Aos órgãos jurisdicionais é dado competência para conhecer dos pedidos de *habeas corpus* que se refiram aos aspectos legais do processo, envolvendo a autoridade que praticou o ato, sua conformação com os regulamentos disciplinares e a execução da punição discipli-

nar em consonância com as normas e a punição imposta, além dos casos que há violação de direito líquido e certo. Porém não é cabível o *writ* para conhecer do mérito da decisão administrativa, pois trata-se de poder discricionário, nem tão pouco dos motivos que levaram à punição disciplinar, por se tratar de vedação constitucional.

Neste sentido temos o parecer da maioria dos doutrinadores que, de passagem apresentamos:

*O habeas corpus não cabe nas transgressões disciplinares. Se o cerceamento da liberdade de locomoção decorre da aplicação de poder disciplinar previsto na legislação administrativa ou militar, está fora da alçada judicial e seu exame... a transgressão disciplinar tem quatro pressupostos: 1. hierarquia... 2. poder disciplinar... 3. Ato ligado à função... 4. Pena, ou seja sanção prevista na lei. Se faltar qualquer um desses pressupostos, não houve, na verdade, transgressão disciplinar. Daí decorre que o cerceamento da liberdade de locomoção é ilegal, donde deve ser concedida a ordem judicial.*<sup>42</sup>

*Não cabe ao Judiciário examinar o ato disciplinar no seu conteúdo, isto é, no que tange à sua conveniência, oportunidade, motivos determinantes e justiça... A ingerência do Judiciário no âmbito estritamente administrativo, para relaxar medidas disciplinares, seria contrária ao princípio da independência dos poderes, segundo a doutrina dominante... Entretanto, se não houver hierarquia... o direito de aplicação da pena disciplinar nos termos das leis administrativas, será admissível o recurso ao Judiciário.*<sup>43</sup>

Destarte ressaltamos que via de regra **não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares**, porém, por estar o poder disciplinar adstrito ao princípio da legalidade, não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares **que sejam legais**, ou seja, aplicadas por quem tem competência e nos termos dos regulamentos disciplinares militares.

<sup>42</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira. Ed. Saraiva. São Paulo. 1986. p.606.

<sup>43</sup> MALUF, Sahid. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Editora Sugestões Literárias. São Paulo. 1970.

## 5 - PROCESSO DE *HABEAS CORPUS*

### 5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como já definimos, considera-se o *habeas corpus* como sendo uma ação penal e não um recurso dentro do âmbito processual, pelo fato de ser o *habeas corpus* um pedido de determinada providência a órgão jurisdicional, ou seja que *leva ao conhecimento do Estado-Juiz a existência de um constrangimento ilegal ou sua ameaça*.<sup>44</sup>

No entanto, para que se obtenha uma providência jurisdicional almejada após o pedido de *habeas corpus* é necessário que sejam cumpridos inúmeros atos, que se pratique uma série de atividades que se sucedem dentro de um período temporal. Assim sendo, a ação de *habeas corpus* origina a instauração de processo do mesmo nome, exteriorizado em procedimento sumaríssimo, *através do qual se movimenta a instância e seus atos se sucedem coordenadamente*.<sup>45</sup>

### 5.2 CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE NO *HABEAS CORPUS*

Para ter início o processo de *habeas corpus* (ação penal), como em qualquer outro processo, deverá aquele se conformar, estar de acordo com as exigências prévias consubstanciadas em regras de Direito Processual. Não seria aceitável que se permitisse a formação de uma relação jurídico-Processual de *habeas corpus* sem a exigência do cumprimento de requisitos prévios para a admissibilidade do julgamento do pedido quanto ao seu mérito.

---

<sup>44</sup> MOSSIM, Heráclito Antônio. ob. cit., p. 130.

<sup>45</sup> Id., ibid., p. 131.

Portanto, para que o impetrante obtenha a prestação jurisdicional de mérito suscitada em seu pedido de *habeas corpus*, indeclinável se faz que a ação penal por ele intentada reuna as emanadas condições de procedibilidade em sentido estrito, ou seja, exclusivamente as genéricas e dentro das condições de procedibilidade genéricas serão expostas as seguintes: a - possibilidade jurídica do pedido; b - legítimo interesse; c - *legitimatío ad causam* ativa e passiva.

### 5.2.1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Para que um pedido de *habeas corpus* seja juridicamente possível deve (ele) estar adequado a Constituição Federal: **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** (art. 5º, nº LXVIII). Isto é, desde que o pedido tenha por finalidade essencial o amparo ao direito de locomoção individual, a liberdade física do indivíduo e que não esteja constante no caso de exclusão constitucional: **não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares** (art. 142 § 2º). Será ele juridicamente possível. Caso contrário, faltarà possibilidade jurídica o pedido de *habeas corpus* que for utilizado para tutelar bem-interesse diverso do direito de locomoção, como defesa das demais liberdades individuais, sendo cabível, nestes casos, o mandado de segurança ou o *habeas data*.

### 5.2.2 LEGÍTIMO INTERESSE

Outra condição de procedibilidade da ação penal de *habeas corpus* é o legítimo interesse. O legítimo interesse só estará presente nas ações de *habeas corpus* quando houver ato de coação ou de ameaça ao direito de ir, vir e ficar do impetrante ou paciente resultante da ilegalidade ou abuso de poder, ou seja, sem justa causa. Caso contrário, se o ato de coação estiver destituído da ilegalidade, faltarà para o pedido de *habeas corpus* o legítimo interesse.

Com isso, *a ausência de legítimo interesse implica, em última análise, na inidoneidade do pedido contido na ação penal de **habeas corpus**, o que gera como consequência processual-penal sua inépcia; não podendo, por esta razão, ser admitida a postulação.*<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> MOSSIM, Heráclito Antônio. ob. cit., p. 133.

• **Legitimidade Ativa**

O *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, em favor de outrem, bem como pelo Ministério Público ou de ofício pelo Superior Tribunal Militar. É o que traz o art. 470 do Código de Processo Penal Militar.

Assim fica claro que qualquer pessoa do povo pode impetrar o writ. Dispensa-se a habilitação técnica, usualmente exigida, ou qualquer outro requisito de legitimidade para reforçar a eficácia do remédio como instrumento de garantia das liberdades, postos à disposição do povo. Quando a lei expressou que *qualquer pessoa* pode impetra-lo, não fez distinção alguma. De modo que não se deve indagar de sua capacidade civil ou de sua situação jurídica.

Assim pode o próprio coator ou alguém em seu nome impetra-la. Pode requerê-lo o menor, o surdo-mudo, o interditado, etc, independentemente da autorização do pai, tutor ou curador, desde que possa manifestar sua vontade. Nenhum impedimento para a mulher casada, mesmo que discordante o marido e nenhum impedimento também para a pessoa jurídica.<sup>47</sup>

A lei julgou procedente declarar de modo expresso que pode pedi-lo o Ministério Público, pois é o promotor de justiça quem promove e fiscaliza a execução da lei. Os órgãos jurisdicionais podem igualmente conceder *habeas corpus* independentemente da impetração, ou seja, de ofício. Diante de processo ou seu cargo do qual transpire indubitavelmente a existência de coação à liberdade, como pela falta de justa causa ou elemento outro qualquer, o juiz deve conceder o *habeas corpus*.

• **Legitimidade Passiva**

O *habeas corpus* deverá ser requerido contra coator, seja ele quem for, autoridade ou não. O que importa aqui é a posição do coator. O próprio Código de Processo Penal Militar, em seu art. 471, “a”, dispõe que o detentor deverá declarar o nome da pessoa de quem é responsável pelo exercício da violência, coação ou ameaça, ou seja, revelar quem é o coator.

Discute-se a possibilidade de o writ ser intentado contra particular. Tourinho Filho coloca a seguinte questão: *Alega-se que se o particular comete o constrangimento ilegal, a Polícia deve intervir. E se não intervir? Quid inde? Somente o heróico remédio poderá fazer cessar a violência ou coação.*<sup>48</sup>

Pensamos que a hipótese é a mais prática, ou seja, embora não haja realmente impedimento de *habeas corpus* contra particular, na prática de longa duração isso só não

<sup>47</sup> NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*, cit., p. 418.

<sup>48</sup> Prática de processo penal, cit., p. 505.

acontece porque realmente os casos de constrangimento costumam ser criminosos, razão por que a ação policial se justifica, permitindo um desfecho muito mais rápido da coação ilegal como se verificasse nos casos de redução à condição análoga de escravo, constrangimento ilegal, etc. Mas a via do *habeas corpus* estará sempre aberta se o impetrante assim preferi-la, pois casos de coação por particulares são frequentes.

### 5.3 PETIÇÃO INICIAL

De acordo com o art. 471, do Código de Processo Penal Militar, a petição de *habeas corpus* deverá conter:

a - O nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem é responsável pelo exercício da violência, coação ou ameaça.

Consoante ensinança de Florência de Abreu,

é indispensável que a petição individualize, pelo nome, o paciente a fim de saber-se a favor de quem deve ser passada a ordem. Deve também ser mencionado pelo nome e cargo o autor da violência ou coação, pois este terá de dar as informações explicativas do seu ato, quando pedidas pelo juiz superior, e responder pelo abuso de poder ou violação da lei.<sup>49</sup>

b - A declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de ameaça de coação, as razões em que o impetrante funda o seu temor.

No campo da causa de pedir, cumpre ao impetrante demonstrar a espécie do constrangimento que sofre, ou está na iminência de sofrer, argumentando no sentido de convencer da ilegalidade da violência ou coação, para tanto se embasando no art. 467 do CPPM; além de buscar convencer da existência de coação efetiva ou das sérias e fundadas razões do termo da sua efetivação iminente. Isto porque, a simples impressão ou suposição com base em meras deduções não autoriza o pedido.

c - A assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

A petição de *habeas corpus* tanto poderá ser feita pelo próprio impetrante, como por qualquer pessoa, independente de ser advogado. Já que todos, desde que capazes, in casu podem peticionar em juízo. Se o impetrante for analfabeto poderá alguém assinar a seu rogo, com a designação da respectiva residência.

---

<sup>49</sup> Comentários ao Código de Processo Penal, v. 4, p. 586.

O Código de Processo Penal Militar em seu Art. 471 Parágrafo Único, diferentemente do CPP, admite a feitura de petição por meio de telegrama. Buscando ampliar e facilitar o exercício do remédio jurídico, os julgados dos tribunais de jurisdição comum têm formado jurisprudência no sentido de reconhecer a admissibilidade do instituto por meio de telex, telefone<sup>50</sup> e por fax, desde que o impetrante, posteriormente, encaminhe o original ao tribunal para o qual o pedido foi ajuizado, contendo a autenticação da assinatura do requerente.

#### 5.4 REITERAÇÃO DO PEDIDO

Em se tratando que o *writ* é uma ação penal, com múltiplas modalidades, viável torna sua repetição, a exemplo do que acontece com qualquer outra ação, desde que a causa *petendi* seja outra, desde que não fique caracterizado o *no bis in idem*.

Com efeito, *nota-se que o pedido de habeas corpus pode ser reiterado no juízo de 1º grau, de 2º grau, ou até mesmo no STF, pela mesma pessoa que impetrou o primeiro, ou por outra. A reiteração deve ser formulada com novos documentos e com novos momentos.*<sup>51</sup> Em nível jurisprudencial, somente é admissível a reiteração do pedido contido no *mandamus* quando estiver ele lastreado em matéria nova. Assim a exemplo da jurisdição comum, na jurisdição militar o pedido de *habeas corpus* pode ser reiterado, na órbita federal, ao STF (CF/88 art. 102,II,"a"), pois trata-se de ação decidida em única instância (CPPM art. 469).

A título de exceção à posição, segundo a qual não se concede a renovação do *writ* que reproduz pedido anterior, já denegado, a jurisprudência admite a reiteração do pedido quando se cuidar de excesso de prazo no que tange à instrução criminal, já que no âmago desse pedido há sempre um novo argumento: A nova demora.<sup>52</sup> Há de se entender em termos de excesso de prazo, quando configurado o constrangimento ilegal, desde que a demora decorra da realização de ato processual diferente daquele que ensejou o pedido anterior.

---

<sup>50</sup> Id., n. 333, p. 638.

<sup>51</sup> TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo Penal**, v. 4, p. 437.

<sup>52</sup> Revista dos Tribunais, n. 429, p. 560 e n. 358, p. 597.

## 5.5 CONCESSÃO DE PLANO E LIMINAR DO *HABEAS CORPUS*

Fernando da Costa Tourinho Filho, lembra que **uma das mais belas criações da nossa jurisprudência foi a liminar em pedido de *habeas corpus*, assegurando de maneira mais eficaz o direito de liberdade. Malgrado as críticas que, injustamente, se fazem à justiça militar, cumpre registrar que tal providência - liminar em *habeas corpus* preventivo - foi concedida pelo Almirante José Espínola, ilustre figura que perolou no STM (C.F. RTJ, 33/590)**

A medida liminar é um provimento cautelar admitido pela lei de mandado de segurança, mas que vem sendo aplicada a sua concessão no processo de *habeas corpus*. Segundo Hélio Tornaghi:

conquanto a lei não se refira à concessão de liminar em processo de *habeas corpus*, alguns acórdãos vão insinuando essa medida em nossa vida judiciária, necessidades de ordem prática e semelhança com o mandado de segurança em que a providência aparece como medida acautelatória (Lei n. 1533, de 31-12-51, art. 7º, II) servem de base a essa prática.<sup>53</sup>

Apesar de algumas autoridades e doutrinadores afirmarem não existir previsão legal para a concessão liminar do *writ* na legislação ordinária, há de se colocar a posição de Frederico Marques em que através de sua interpretação das normas concluiu pacificamente a existência de regra processual prevendo a concessão liminar do *mandamus*:

O *habeas corpus* pode ser concedido de plano e liminarmente, sem necessidade de ser apresentado o paciente, ou de se requisitarem informações da autoridade coatora. O artigo 660, §2º do Código de Processo Penal, de modo bem claro estatuiu: se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o Tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento. Na superior instância, isto significa que o Tribunal dispensa a requisição de informações, ou a remessa destas, pois concederá a ordem, de imediato, para que cesse a coação ou a ameaça.<sup>54</sup>

Ressaltamos que o CPPM não tem correspondente ao fato acima narrado pelo mestre Frederico Marques, porém é caso de emprego de analogia e imediata aplicação subsidiária do CPP, nos termos do art. 3º do CPPM, pois tal providência dá maior garantia ao *fumus boni iuris*.

Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos, elementos básicos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável do direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito — *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A liminar não é uma liberalidade da Justiça, é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem os seus pressupostos, como também não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade.

<sup>53</sup> MIRANDA, Pontes de. ob. cit., v. 2, p. 391.

<sup>54</sup> Ob. cit., v. 4, p. 391.

Finalizando com a brilhante exposição de Celso Ribeiro Bastos sobre a medida liminar que, segundo ele, se aplica integralmente tanto ao mandado de segurança, quanto ao *habeas corpus*, tendo em vista que ambos os *mandamus* têm por finalidade precípua a proteção de direito líquido e certo quando tangenciada por ilegalidade ou abuso de poder. A medida liminar é uma providência cautelar destinada a preservar a possibilidade de satisfação, pela sentença, do direito do impetrante.<sup>55</sup>

Em outras palavras, visa a impedir que o retardamento da decisão final venha a torná-la inócua, em razão da irreparabilidade do dano sofrido. Em decorrência sobretudo da auto-executoriedade do ato administrativo, alterações podem ter lugar no mundo real fenômeno, de molde a tornar inócua a decisão jurisdicional a final proferida. Eis, porque, embora regulada por lei ordinária, a concessão da liminar encontra de certa forma assento jurídico no próprio texto constitucional. Se este objetiva a reparação *in natura* do direito ofendido, a utilização pelo judiciário de medidas acautelatórias dos interesses lesados impõem-se, ainda que não disponha aquele de condições, na ocasião, para proferimento de uma decisão definitiva.<sup>56</sup>

## 5.6 SENTENÇA NO *HABEAS CORPUS*

A sentença proferida no *habeas corpus* pode ser declaratória, constitutiva ou cautelar:

- Declaratória - quando declara extinta a punibilidade ou mais amplamente declarar a inexistência de uma relação jurídica de direito material penal;
- Constitutiva - quando faz extinguir uma situação jurídica ilegal (desconstitutiva ou constitutiva negativa);
- Cautelar - quando faz cessar prisão injusta, ou que ponha em liberdade o paciente por reconhecer o excesso de prazo.

O efeito do *habeas corpus* tem caráter mandamental, mantida que seja a sua natureza: manda. Segundo Pontes de Miranda: *o que em verdade o habeas corpus faz, mais do que as outras, é mandar: manda soltar, manda prestar fiança, manda que se expeça salvo-conduto, ou que se dê entrada em tal lugar, etc.*<sup>57</sup>

<sup>55</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de segurança*, p. 23.

<sup>56</sup> Id., *ibid.*, p. 23.

<sup>57</sup> MIRANDA, Pontes de. *ob. cit.*, p. 522.

Embora o predito doutrinador lavre o entendimento segundo o qual a sentença concessiva do *mandamus*, preponderantemente, não declara, nem constitui, nem condena, nem executa, mas manda: a verdade inconteste é que sua natureza declaratória, constitutiva ou cautelar não se conflita com seu fundo mandamental. Deve ser obedecida de forma irretorquível pelo juiz, tribunal, autoridade cautelar ou quem tiver sob sua detenção o paciente, quer se cuide de pedido liberatório ou preventivo.

No pedido de *habeas corpus*, quatro situações podem ocorrer: a) pedido indeferido liminarmente; b) pedido julgado prejudicado; c) pedido julgado improcedente; e d) pedido julgado procedente.

- a) Pedido indeferido liminarmente - quando o pedido for manifestamente incabível, ou for manifesta a incompetência do tribunal para dele tomar conhecimento originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, o relator o indeferirá liminarmente;
- b) Pedido julgado prejudicado - quando o juiz ou tribunal verificar que cessou a violência ou coação ilegal. Entretanto o tribunal, declarada a ilegalidade do ato, poderá tomar as providências cabíveis para punição dos responsáveis;
- c) Pedido julgado improcedente - quando é inadmissível, ou seja, quando a coação ou sua ameaça é jurídica, é legal, ou quando demonstrado restar que não houve constrangimento ou sua ameaça ou, ainda, embora efetiva a coação ou real a sua ameaça, e a despeito de tratar-se de violência ilegal, não ser afetada a liberdade pessoal, a liberdade de locomoção.

O pedido de *habeas corpus*, sendo a ordem concedida pelo juiz ou pelo tribunal, pode ser provido quanto ao seu mérito.

Reconhecida a ilegalidade do constrangimento ou de sua ameaça, a decisão concessiva do *habeas corpus* há de ter imediata execução, para fazer cessar a situação em que o ato constritor colocou o paciente. Portanto, concedida a ordem, o tribunal expedirá imediatamente a ordem de soltura do paciente, salvo se por outra razão deve ser mantido na prisão e, em se considerando que na ação de *habeas corpus*, a decisão que o concede, tem eficácia imediata, **a ordem de soltura tem que ser obedecida sem qualquer apreciação pelo tribunal, juiz ou outra autoridade que seja coatora, porque não se trata de sentença que precise de *actio indicati*, como as sentenças condenatórias.** E, havendo desobediência ou retardamento abusivo no cumprimento da ordem de *habeas corpus*, por parte do detentor ou carcereiro, o Presidente do Tribunal expedirá mandado de prisão contra o desobediente e oficiará o Ministério Público, a fim de que promova a ação penal.

Com vistas a produzir os efeitos a que se destina, as **ordens necessárias ao cumprimento do *habeas corpus* serão, pelo secretário do Tribunal, expedidas em nome do seu presidente** (art. 478 CPPM).

**Se a ordem de *habeas corpus* for concedida para frustrar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo Presidente do Tribunal** (art. 479, CPPM).

**Se o *habeas corpus* for concedido em virtude de nulidade do processo, será este renovado, salvo se do seu exame se tornar evidente a inexistência de crime** (art. 477, CPPM).

## 5.7 COISA JULGADA

Através de regular petição é provocada a atividade judicante do Estado-juiz, formando-se processo de *habeas corpus*, sendo certo que o pedido na postulação, quando preencher as condições objetivas e subjetivas exigidas pelo legislador processual penal, é julgado através de regular sentença que incide sobre o *meritum causal*.

A coisa julgada é o conteúdo da decisão que examine de modo imperativo, definitivo e irrevogável o juízo, e autoridade da coisa julgada é a eficácia que vem reconhecida pela lei à decisão jurisdicional definitiva e irrevogável.

Também no campo do processo penal a coisa julgada pode ser formal e material. A formal é uma qualidade da sentença, quando já não é mais recorrível por força da preclusão dos recursos. Nestas condições a sentença como ato processual não mais pode ser impregnada. A material ou substancial implica na imutabilidade da decisão de mérito, tornando-a irrevogável, dentro e fora do processo, impedindo a *bis in idem*, o reexame do mérito da questão decidida.

Nos lindes do *habeas corpus* a regra predita deve ser mais imperiosa e mais agente. É que o objeto primacial do *writ* é a tutela da liberdade física, do *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque* do paciente. Assim sendo, embora não se possa aqui fazer referência ao erro judiciário com causa determinante da rescisão do julgado, já que este deriva, necessariamente, de uma sentença de mérito proferida em ação penal de conhecimento de caráter condenatório, a verdade é que a impetração pode ser repetida sem limites, desde que o pedido não seja a repetição do anterior. Deve ele ser inovado, estar calcado em novos argumentos, ressalvada a hipótese da repetição da impetração em tema de excesso de prova.

## 6 - COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR *HABEAS CORPUS* NA JUSTIÇA MILITAR

De acordo com as palavras de Frederico Marques :

A competência para decidir sobre o *Habeas Corpus* é, no plano da competência material, o foro onde se realizar a coação, violência ou ameaça. E dentro do foro se houver mais de um juiz criminal, aquele que devesse conhecer da infração atribuída ao paciente, ou então, na hipótese de se desconhecer a imputação, o juízo para onde se distribuir o pedido.<sup>58</sup>

Apresentamos a competência na justiça militar para julgar o pedido de *habeas corpus* de forma originária e recursal.

### 6.1 COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

Entende-se por competência originária para conhecer o pedido do *mandamus*, quando a autoridade judiciária tiver jurisdição direta para conhecer e julgar a lide que serve de conteúdo ao processo penal pertinente.

No processo penal militar a competência originária para processar e julgar o *habeas corpus* difere do processo penal comum, neste, a competência originária pode ser distribuída da seguinte maneira: do juiz de direito estadual; do tribunal de Alçada Criminal; do Tribunal de Justiça; do Juiz Federal; dos Tribunais Regionais Federais; do Superior Tribunal de Justiça; do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos judicantes.

Segundo o CPPM, em seu artigo 469, o órgão competente para conhecer do pedido de *habeas corpus* é o Superior Tribunal Militar. Assim, na hipótese de coação ilegal ou de sua ameaça provinda de qualquer autoridade militar federal, em crime previsto no Código Penal Militar, o pedido originário de *habeas corpus* deverá ser postulado junto ao Superior Tribunal

---

<sup>58</sup> MARQUES, José Frederico ob. cit., p. 410 - 411.

Militar, vez que os Conselhos de Justiça, órgão colegiado inferior da Justiça Militar, não tem competência para a concessão do *writ*, porém o assunto exige estudo mais acurado.

#### 6.1.1 JUSTIÇA FEDERAL

Além da competência acima referida pelo Código de Processo Penal Militar, o qual define como único competente para processar e julgar o pedido de *habeas corpus* o STM excluindo qualquer competência dos Conselhos de Justiça para conhecer e julgar o pedido de *habeas corpus*, preceitua o art. 102, inciso I, alínea "d", da CF. **Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente: o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores.** As pessoas referidas nas alíneas antecedentes são: o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República ("a"); os Ministros de Estados, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente ("b").

Se alguma das pessoas sobreditas sofrerem ou se acharem ameaçadas de sofrer coação ilegal em sua liberdade física, por ato sujeito a qualquer jurisdição (comum ou militar), o *mandamus* deverá ser impetrado diretamente ao STF.

Compete, ainda ao STF processar e julgar originariamente o *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância (CF art. 102, I, "i"). Diante disso, há de se ater ao fato de que a competência do STF estará sublinhada quando a coação ou constrangimento ilegal for atribuído à decisão colegiada do tribunal.

Destarte, o órgão competente para conhecer, por exemplo, da ilegalidade na aplicação de uma punição disciplinar imposta pelo Presidente da República ou pelos Ministros, a um membro das Forças Armadas é o Supremo Tribunal Federal.

#### 6.1.2 JUSTIÇA ESTADUAL

A Carta Magna de 1988, definiu no artigo 125 e § 1º que **Os Estados organizarão sua Justiça, observando os princípios estabelecidos nesta Constituição... A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado...** Trouxe ainda que **competem ao Tribunal de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade ressalvada a com-**

**petência da Justiça Eleitoral** (CF/88 art. 96, III). Seguindo o princípio de que os atos dos juízes e dos membros do Ministério Público são julgados pelo Tribunal, o art. 16, “c”, da Lei 319/48 foi perfeitamente recepcionada pelas Constituições Federal e Estadual, quando estabeleceu que **competem a qualquer das Câmaras do Tribunal de Justiça: conceder *habeas corpus*, sempre que a coação partir do Auditor, dos Conselhos ou de seus juízes.**

Ao Juiz Auditor compete conceder *habeas corpus*, quando a coação partir da autoridade administrativa ou judiciária militar, dentro dos limites de sua jurisdição, como deixa claro o art. 12, “9”, da Lei 319 de 1948.

O art. 105, I, “c”, da CF/88 estatui que **competem ao Superior Tribunal de Justiça: processar e julgar, originariamente: os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for...** os Governadores dos Estados. Assim, sendo a autoridade coatora o Governador do Estado, a competência para processar e julgar o *writ* será do STJ. Sendo porém, paciente de *habeas corpus* o Governador, e juntamente encontram-se os comandantes das corporações militares estaduais, o órgão competente para processar e julgar é o Tribunal de Justiça do Estado (CE-GO., Art. 46, VIII “G”)

## 6.2 RECURSO DE *HABEAS CORPUS*

A denegação de *habeas corpus* produz coisa julgada, porém a renovação do pedido é sempre possível. Se o novo pedido se fundar nas mesmas razões do anterior, é provável que o juiz ou tribunal novamente o repila. Não pode, no entanto, deixar-se reexaminá-lo.

Isso não obstante, é assegurado o recurso, para a instância superior, contra decisões denegatórias do *habeas corpus*, assim compreendidas, também, as que dele deixam de tomar conhecimento, ou o julgam prejudicado.

A Constituição Federal garante o recurso quanto a decisão denegatória de *habeas corpus* na Justiça Militar, atribuindo as seguintes competências:

a) Ao Supremo Tribunal Federal, para **julgar o *habeas corpus*... decidido em única instância** pelo Superior Tribunal Militar, **se denegatória a decisão**, (art. 102, II, “a” - contextualização nossa).

O Código de Processo Penal Militar institui no art. 563, “a”, 568 e 569, que **cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal: das decisões denegatórias de *habeas corpus*.**

b) Ao o Superior Tribunal de Justiça, para **julgar em recurso ordinário: ... os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais dos Estados... quando denegatória a decisão** (art. 105, II, "a").

A Constituição em matéria de processo de *habeas corpus*, limita-se a dispor que as decisões denegatórias desse *remedium juris*, proferidas **em última ou única instância**, há recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

O CPPM difere do CPP quanto a interposição de recurso da sentença que concede *habeas corpus*, pois para o CPP (art. 574) o juiz deverá interpor recurso de ofício, remetendo ao tribunal competente, a apreciação da sentença. Norma esta que não encontra correspondente no CPPM.

Na Justiça Militar Estadual o órgão competente para processar e **julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos órgãos de primeiro grau ou tribunais inferiores**, é o Tribunal de Justiça (CE-GO Art 46, IX). Assim das sentenças denegatórias de *habeas corpus* prolatadas pelo Juiz Auditor cabe recurso ao TJ.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse grande tema que é o *habeas corpus* cabe apresentarmos a síntese do que foi observado ao longo deste trabalho.

Primeiramente, em relação à expressão *writ* viu-se que ela procede do direito inglês, desde os tempos da Magna Carta, sempre com o sentido de ordem e que, as várias espécies de *writ* inspiradas no direito romano e saxônico constituíam medidas destinadas a assegurar a liberdade e o direito dos cidadãos quando ameaçados ou turbados.

De fato, atualmente o sentido não é diverso, pois verdadeiramente, o *habeas corpus* se trata de ação mandamental de rito sumário que possui natureza de ação com a característica única de mandar.

No que diz respeito aos antecedentes históricos do *habeas corpus* pôde ser observado que, sem dúvida a Carta de 1215 foi um grande marco para o homem e, via de consequência, para toda a sociedade, já que por meio dela o respeito à liberdade física passou a ser uma realidade, deixando para o passado esse sonho que sempre fez parte da alma humana. Através dela se fez nascer e proliferar uma nova era, consistente na conquista da liberdade, muitas vezes coartada pelo abuso, pela tirania e pelo despotismo.

Aliás, o despotismo e a tirania do homem sem que enverga certos poderes e que não sabe exercê-lo sem democracia sempre foram os responsáveis diretos do surgimento de qualquer que seja o *writ*; isso se deu, com visto, na Inglaterra e América do Norte, além de outros países. Assim é que, a sociedade, no correr da progressão social, sempre se vê obrigada a arma-se de certos institutos aptos e capazes de tutelar as liberdades em sentido amplo.

O estado libertário do homem conquistado na época examinada foi inexoravelmente o responsável por toda a atual estrutura jurídica que tende a tutelar e proteger direito individual de ir, vir e ficar e inclusive, no Brasil, a Constituição Federal em vigor, insculpe norma expressa a respeito, mantendo neste particular, uma tradição legislativa.

Em suma, em todos os direitos analisando o *habeas corpus* sempre teve por objeto a proteção da liberdade do homem.

Quanto à sua natureza embora o *habeas corpus* venha previsto no Código de Processo Penal comum na forma de recurso, para o Código de Processo Penal Militar o writ é um processo especial e para o qual é incontestável que sua estrutura jurídica corresponde a uma verdadeira ação penal uma vez que a natureza da matéria que lhe serve de conteúdo é predominantemente penal.

O objeto mediato do writ of *habeas corpus* será sempre a liberdade corpórea do indivíduo, seu direito de locomoção, posto em perigo ou lesado por coação ilegal ou abuso de poder.

A definição de *habeas corpus* tendo visto a sua natureza e objeto poderá ser a de um *remedium iuris* de natureza constitucional voltado à tutela da liberdade de locomoção do indivíduo, quando coarctada ou ameaçada de sê-lo por violência ou coação decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Dentro das modalidades de *habeas corpus* viu-se que seu caráter cautelar compreende a grande maioria dos casos em que seu emprego é permitido sendo de igual importância a que se destinam a extinguir uma situação jurídica ilegal ou declarar inexistência de uma relação jurídica.

Cabe aqui colocar que elevar o *habeas corpus* à qualidade de garantia constitucional é dar-lhe maior consistência, além de proporcionar-lhe mais segurança no sentido de sua maior durabilidade.

Quanto ao cabimento do *habeas corpus* o que importa é que os atos arbitrários, mesmo os de autoridade civil ou de particular. Reportamo-nos aqui ao capítulo 4 desta obra: **CABIMENTO E NÃO CABIMENTO DO HABEAS CORPUS**, onde fundamentamos que até mesmo nas transgressões disciplinares que violem o direito à liberdade de locomoção, a coação que impeça alguém de ir, vir ou permanecer livremente, sem justa causa, são passíveis de *habeas corpus*.

Deve-se ressaltar, com isso, que não se pode elaborar rol exaustiva das possibilidades de impetração do writ sem que se possa incorrer em obra incompleta, posto que as situações são muito variadas e diversas no campo dos atentados contra a liberdade individual.

Já, no que concerne ao processo do *habeas corpus* notou-se que, efetivamente não há como se conceber possa o *habeas corpus* tutelar outros interesses individuais que não estejam vinculados à liberdade física do indivíduo.

Isto porque, primeiramente o *writ* é uma ação penal de caráter excepcional somente verificável onde há liquidez de direito, o que lhe imprime um procedimento sumaríssimo, que, de regra não comporta dilação probatória. Segundo, porque havendo ação própria para a defesa mesmo de direitos relativos a liberdade em sentido a mesma haverá de ser utilizada já que em tais casos não ficando caracterizada a liquidez de direito haverá de ter um procedimento de caráter probatório.

Percebe-se, também, que a grande maioria dos textos constitucionais foram enfáticos ao trazerem em seu bojo a expressão liberdade de locomoção, afastando, dessa maneira, qualquer tendência de aplicação do *writ* em outras modalidades de liberdade.

Quando a legitimidade para propor a ação pode-se concluir que o *habeas corpus* é um instrumento ou ação popular visto que pode ser impetrado por qualquer pessoa (bem como pelo Ministério Público) para proteger qualquer do povo.

A petição inicial deve conter um mínimo de dados para permitir a identificação da situação constrangedora e caso seja denegada a ordem pleiteada caberá a reiteração do pedido devendo constar, porém, novos fundamentos.

A concessão de liminar será sempre possível desde que estejam presentes os seus requisitos que são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

A sentença no *habeas corpus* deve seguir as normas contidas no Código de Processo Penal Militar. Tanto poderá ser liberatório como preventivo.

Quanto a coisa julgada, que tem um caráter imperativo, indefinido e irrevogável. O *habeas corpus* tem eficácia imediata, haja visto que o *mandamus*: manda. Mas nada impede, como já foi colocado, que, uma vez negado o *habeas corpus*, ele possa ser pedido repetidas vezes, desde que com argumentos diferentes dos pedidos anteriores.

Sobre as custas e honorários do processo, segue-se a regra geral do CPPM em seu art. 712, o qual diz que **os processos da Justiça Militar não são sujeitos a custas, emolumentos, selos ou portes de correio...**

Viu-se, finalmente, que são cabíveis alguns recursos contra a decisão do *habeas corpus* e que a competência originaria para apreciação da ação será de acordo com o órgão julgador que denegar o *pedido*.

Assim consideramos por concluso o presente trabalho de pesquisa, com plena consciência de não ter esgotado o assunto, porém não conformados com nossas limitações.

## BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Florêncio de. *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais: ("Habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data")*, 2 ed.ampl., São Paulo: Saraiva, 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A constituição federal comentada*. Rio de Janeiro: José Confino, 1940.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Writs na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, "habeas data", ação popular e "habeas corpus"*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- CUNHA, Mauro & SÍLVIO, Geraldo Coelho. *"Habeas Corpus no direito brasileiro"*. Rio de Janeiro, Aide. 1990.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. Ed. Saraiva. São Paulo. 1986.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, GRINOVER, Ada Pellegrini & CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da. *Liberdades públicas; parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- OTHON SIDOU, J.M. *Habeas Corpus, mandado de segurança, ação popular - As garantias ativas dos direitos coletivos*, Forense, 1992.
- MARQUES, Frederico José. *Elementos de direito Processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 1994.
- MIRANDA, Pontes de. *História e prática do "habeas corpus"*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- MALUF, Sahid. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Editora Sugestões Literárias. São Paulo. 1970.

- MOSSIN, Antônio Heráclito. *"Habeas corpus": Antecedentes históricos, Hipóteses de impetração, Processo, Competência e recursos, Modelos de Petição, Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1995.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ROSA, Borges da. *Comentários ao código de processo penal*. 3 ed., atualizada por Angelito A. Aiquele. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- RUBIANES. *Manual de derecho procesal penal*. 5 ed., Buenos Aires: Depalma, 1983.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 1990.