

MARINA CRISTINA CANDIDO

Direito a Liberdade de Locomoção e o Instituto do “Habeas Corpus”

Bacharel em Direito

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE
ASSIS
ASSIS
2009**

MARINA CRISTINA CANDIDO

**Direito a Liberdade de Locomoção e o Instituto do “Habeas
Corpus”**

**Monografia apresentada ao Departamento
do curso de Direito do IMESA (Instituto
Municipal de Ensino Superior), como
requisito para a conclusão de curso, sob a
Orientação específica do Prof. Ricardo
Fracasso, e Orientação Geral do Prof. Dr.
Rubens Galdino da Silva.**

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE
ASSIS
ASSIS
2009**

MARINA CRISTINA CANDIDO

Folha de Aprovação

Assis, ____ de _____ de ____

Assinatura

Orientador: Prof. Ricardo Fracasso _____

Examinador: _____

Dedicatória

Dedico essa conquista, a uma única pessoa, aquela que mais amo, minha mãe Inez Marcelino, que ao meu lado superou diversos e insistentes desafios para que eu chegasse ate aqui e concluísse esse tão sonhado curso.

Agradecimentos

Primeiramente a Deus, pela minha vida e saúde, pois passei por diversas dificuldades, mas estou aqui firme para superar qualquer problema.

Aos senhores professores, pela dedicação com que ministraram as aulas que tanto engrandeceram meus conhecimentos.

*"nascemos livres na mesma medida em que
nascemos racionais"*

John Locke

Sumário

Resumo	7
Abstract	8
Introdução	9
I- Evolução Histórica	11
1.1- Origem do “Habeas Corpus ”	11
1.2- O Habeas Corpus no Brasil	13
1.3- Previsão Constitucional	16
II- Do “Habeas Corpus”	19
2.1- Conceito	19
2.2- Natureza Jurídica	20
2.3- Espécies	21
III- Legitimidade	23
3.1- Legitimidade Ativa	23
3.2- Legitimidade Passiva	27
IV- Admissibilidade	29
4.1 – Quando não houver justa causa	29
4.2 – Quando alguém estiver preso por mais tempo que determina a Lei	30
4.3 – Quando quer ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo	34
4.4 – Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação	34
4.5 - Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a Lei autoriza;	35
4.6 – Quando o Processo for manifestamente nulo	36
4.7 – Quando extinta a Punibilidade	39
V – Da Competência	45
5.1 – Competência Originaria	45
5.1.2– Juiz de 1ª Instancia	45
5.1.3 – Tribunal de Justiça	46
5.1.4 – Superior Tribunal de Justiça	47
5.1.5 – Supremo Tribunal Federal	47
5.1.6 – Juiz Federal	48
5.1.7 – Tribunal Federal	48
Conclusão	48
Referencias	51
Apêndice	
Anexo	

Resumo:

A finalidade desse Trabalho é demonstrar o quão importante é o instituto do Habeas Corpus, pois assegura um direito fundamental do indivíduo, tal qual o Direito a Liberdade de Locomoção que está contemplado no texto da Lei Maior que visa impedir ‘a ocorrência de prisões ilegais, uma vez que faz cessar a coação ou a violência praticadas por abuso de poder ou ilegalidade contra a liberdade do cidadão de ir, vir e ficar. Relatei o que diz respeito à evolução histórica do *writ*, natureza jurídica, conceito, bem como as hipóteses de cabimento com a menção de entendimentos dos Ilustres Tribunais por meio de Jurisprudências. Além do mais, tratei brevemente das autoridades competentes para apreciar o pedido interposto pelo paciente.

Palavras - chaves:

Habeas Corpus – liberdade – coação - prisão

Abstract

The purpose of this Work is to demonstrate as it is important is the institute of the Habeas Corpus, therefore it assures a basic right of the individual, such which the Right the Freedom of Locomotion that this contemplated in the text of the Law Biggest, that it aims at to hinder the occurrence of false imprisonments, a time that makes to cease the coercion or the violence practised by abuse being able or illegality against the freedom of the citizen to go, to come and to be. I told what the historical evolution says respect of *writ*, legal nature, concept, as well as the hypotheses of suitability with the mention of agreements of the Illustrious Courts by means of Jurisprudences. In addition, I dealt with the competent authorities briefly to appreciate the order inserted for the patient

Words - keys:

Habeas Corpus - freedom - coercion - arrest

INTRODUÇÃO

Diante da necessidade de ser preservado o direito a liberdade de locomoção do indivíduo, que venha a ser violado por abuso de poder ou ilegalidade, foi instituído um dos mais importantes remédios constitucionais, tal qual o *Habeas Corpus* que tem como finalidade impedir ou fazer cessar o constrangimento ilegal.

O primeiro capítulo é reservado a Evolução Histórica do instituto do Habeas Corpus, uma vez que sua origem possui três correntes totalmente distintas, das quais causam divergência entre os Doutrinadores.

A primeira corrente diz respeito ao surgimento do *writ* no Direito Romano, onde o paciente dispunha do direito de impetrar ação “*interdictum de homini libero exhibendo*”, impedindo que fosse detido por ilegalidade.

Por outro lado, a segunda corrente afirma que o Habeas Corpus teve origem na Inglaterra, por meio da instituição da Magna Charta Libertatum no ano de 1215.

Na terceira corrente defende-se que o *writ* surgiu na Espanha em meados de 1679, quando Carlos II editou a Petition Of Rights, que culminou no chamado *Habeas Corpus Act*.

Alem disso, é feita uma breve abordagem histórica no que diz respeito ao surgimento do Habeas Corpus na legislação brasileira.

No segundo capítulo será exposto o conceito, a natureza jurídica do *writ*, bem como suas espécies. Para tanto, serão analisados os entendimentos Doutrinários e as previsões constitucionais.

O terceiro capítulo trata da Legitimidade Ativa para a impetração da ordem de Habeas Corpus, que pode ser feita por qualquer do povo, sem que haja a necessidade de advogado devidamente constituído. Ademais, destaca-se a Legitimidade Passiva, que caracteriza-se como sendo aquele que pratica a ilegalidade ou coação contra a liberdade física do paciente. Tal coação pode advir de ato ilegal praticado por autoridade e por particular.

No quarto capítulo ficaram demonstradas as várias possibilidades previstas no Código Processual Penal, que asseguram o direito de ser impetrar ordem de *Habeas Corpus* contra ato praticado pela autoridade coatora. Foram colecionados os entendimentos jurisprudenciais, bem como Doutrinários

Por fim, o quinto capítulo diz respeito a competência da autoridade judiciária da qual a ordem deve ser impetrada. Note-se que a competência será destinada a autoridade hierarquicamente superior a autoridade coatora, ou quando algum dos sujeitos estiver subordinado a sua jurisdição. É feita uma abordagem da competência do Juiz de 1ª Instancia, do Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, do Juiz Federal e do Tribunal Regional Federal.

I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 Origem do “Habeas Corpus”

Consoante ao que se refere à Origem do instituto do Habeas Corpus identifica-se na doutrina, três correntes relacionadas a este tema. Vejamos.

A primeira corrente reza que o Habeas Corpus teve origem no Direito Romano. Assim, todo cidadão tinha direito em reclamar por meio da ação “interdictum de homini libero exhibendo”, tendo como finalidade impedir que alguém retivesse ilegalmente o homem livre.

Conforme prevê o Doutrinador Othon Sidou (1969, pag.8): “Elegeu-se em Roma, o interdito de “libero homine exhibendo”

Conseqüentemente, esse instrumento passou a assegurar o direito de liberdade de locomoção do indivíduo. Assim, quando o “interdicto” fosse expedido, o coator era compelido a apresentar o homem livre detido ilegalmente ao pretor, e ele entendendo que não havia necessidade de matê-lo detido, obrigava o carcereiro a colocá-lo em liberdade ou promover a ação judicial competente. Porém, havia uma certa restrição quanto a aplicação desta determinada ação contra atos praticados pelos Governantes, que eram considerados superiores as Leis.

Por outro lado, não impediu que fosse garantido aos romanos “interdicto de homine libero”, o direito de ir, vir e ficar, caracterizando assim a plena liberdade pessoal.

No que tange ao surgimento do *writ*, Paulo Roberto da Silva Passos (1991, pag. 15) leciona: “Não resta dúvidas que o interdito “libero homine exhibendo” foi o embrião do Habeas Corpus”

Tal corrente tem como seus adeptos o autor Pinto Ferreira, bem como J. M. Othon Sidou, que alegam como veremos a seguir, que na Inglaterra o “Habeas Corpus” visava apenas proteger a liberdade dos nobres e Barões.

Com o surgimento do Habeas Corpus, os poderes da monarquia foram limitando-se, e automaticamente foi se instrumentalizando e ganhando acesso a justiça.

Mas tarde, na Inglaterra em meados de 1215, cedendo as pressões dos Barões e condes, João Sem Terra impôs a Magna Charta Libertatum, visando protegê-los de modo que eles jamais poderiam ser privados de sua liberdade sem o devido julgamento, impedindo assim a ocorrência de prisões ilegais. Assim, a ordem era concedida inicialmente aos barões, e não a todas as pessoas. Vigorava então o interesse baronial

O controle destinado a impedir prisões ilegais era realizado sumariamente pelos Juízes, e eles ao analisarem os fatos e fundamentos que levaram a sua ocorrência, poderiam decidir a respeito da legalidade ou ilegalidade da prisão.

Com o passar dos anos, a referida Carta passou a assegurar as garantias individuais do cidadão, tais como:

- a) Governo representativo;
- b) Organização das Assembléias políticas;
- c) Imunidades parlamentares;
- d) Ilegitimidade das tributações sem participação dos representantes do povo;
- e) O "*habeas-corpus*";
- f) O tribunal do júri e numerosos princípios relacionados com os direitos e garantias individuais

A Carta instituída por João Sem Terra previa em seu o capítulo XXIX “Das Disposições Fundamentais”, mais precisamente em seu art. 48, o direito a liberdade de locomoção, ou seja, de ir e vir. Exceto, nos casos de determinação judicial.

Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, de acordo com as leis do país;

Muitos autores como Pinto Ferreira acreditam que tal documento nada veio a acrescentar quanto aos direitos e garantias do cidadão. Vejamos as palavras deste professor:

Magna Carta encerra uma época histórica e reabre uma outra, devendo ser entendida como a crisálida ou o modelo imperfeito das constituições posteriores.

(FERREIRA,)

Entretanto, outros como doutrinadores como Ingo Wolfgang Sarlet, afirmam que com a sua instituição, foram editados dispositivos de vital importância para as liberdades, passando a reger princípios que devem ser respeitados e principalmente cumpridos por todos. Por isso, é a corrente que mais possui adeptos, uma vez que revigorou o direito a impetrar a ordem de Habeas Corpus.

Em 1679 surgiu a terceira corrente, quando Carlos II editou a *Petition Of Rights* (Petição de Direitos) que originou o *Habeas Corpus Act*, estabelecendo o direito de quem quer que estivesse preso, de comparecer a justiça para ser ouvido junto com seu curador. (MIRANDA, 1955.)

Deste modo, passou a exigir-se que o preso fosse apresentado ao Magistrado em um prazo máximo de 20 dias, onde seria ou não expedida à liberdade. Porém, o remédio contra prisões ilegais somente era competente, para sanar irregularidades relacionadas a pessoas acusadas pela prática de crimes comuns.

Neste período, aquele que ordenasse a prisão do cidadão pelo mesmo motivo do qual, havia sido colocado em liberdade por meio de ordem de Habeas Corpus, seria punido com a aplicação de multas.

1.2 O Habeas Corpus no Brasil

A instituição do Habeas Corpus na Legislação Brasileira e o momento exato de sua inclusão trouxe, divergências na Doutrina.

O direito a liberdade e os pressupostos necessários a efetivação da prisão, eram previstos já no ano de 1821 por meio do chamado Alvará Real, e automaticamente foram integrados ao texto da Constituição Imperial de 1824, em seus artigos:

174, inciso X: a exceção do flagrante delito, a prisão não poder ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos, com as penas que a Lei determinar.

179, § 8º. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada; e nestes, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seus acusadores e o das testemunhas, havendo-as. (*grifei*)

A partir de então, acreditava-se que a partir da previsão constitucional que proibia o cerceamento a liberdade do indivíduo sem que a culpa estivesse completamente formada, ou seja, comprovada, já era possível a impetração da ordem de Habeas Corpus em seu favor.

Contudo, o Doutrinador João Mendes Jr. (1911, pag. 256). afirma que o direito a impetrar ordem de Habeas Corpus a fim de salvaguardar um dos direitos fundamentais do cidadão, tal qual o direito a liberdade de locomoção passou a estar previsto de forma implícita do texto Constitucional a partir do momento em que fora reconhecida a Tripartição dos Poderes: “Entendo, que o Habeas Corpus está implícito na Constituição quando ela decretou a independência dos Poderes e quando deu ao Poder Judiciário o direito exclusivo de conhecer tudo quando entende com a inviolabilidade pessoal”.

Para complementar esse entendimento, foi instituído o Código Criminal do Império do Brasil, e seus artigos estabeleciam o seguinte:

Art. 183: recusaram os juizes, a quem permitido passar ordens – “Habeas Corpus” – concede-las, quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, o deixarem de propósito, e com conhecimento de causa as passar independentemente de petição nos casos em que a Lei o determinar;

Art. 184: recusarem os oficiais de justiça, ou demorarem por qualquer outro modo a intimação de uma ordem de Habeas Corpus – que lhes tenha sido apresentada, ou a execução das outras diligencias necessárias para que essa ordem surta efeito;

Mesmo sendo uma garantia constitucional, o Habeas Corpus era previsto unicamente no Código Criminal, uma vez que não existia o Direito Processual. Assim, o *writ* tornou-se efetivamente explícito, com a promulgação do Código de Processo Penal no ano de 1832, que previa em seu art. 340:

Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de Habeas Corpus em seu favor;

É importante ressaltar que o referido Código já previa em seu art. 353 quais hipóteses eram consideradas ilegais, e conseqüentemente eram passíveis de ordem de Habeas Corpus, a fim proteger o direito a liberdade de locomoção:

- a) quando não houver justa causa;
- b) quando o réu se encontrasse preso por mais tempo do que o previsto em Lei;
- c) quando nulo estivesse o processo e o réu não sofresse o gravame;
- d) quando o réu estivesse preso por mandado de autoridade sem competência para tanto;
- e) quando houvesse cessado o motivo que justificava a prisão;

A Legislação Brasileira denominou o Habeas Corpus apenas como liberatório, ou seja, fazia cessar um constrangimento a liberdade ambulatoria. Mas, com o passar dos anos tal remédio heróico, passou a ser utilizado contra simples ameaça ao direito de liberdade de locomoção, nascendo então o chamado Habeas Corpus Preventivo. Tal direito, foi declarado pela Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871, que interpretando o Código de Processo, estabeleceu em seu art. 18, § 1º:

Tem lugar o pedido e concessão de ordem de Habeas Corpus, ainda quando impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado;

A partir de então, com a promulgação da referida complementação ao Código de Processo Penal, do qual passou a prever a possibilidade de impetração de *Habeas Corpus* contra ameaça ao direito de ir e vir e não somente quando o indivíduo tivesse privado totalmente de sua liberdade de locomoção, automaticamente passou a ser garantido aos estrangeiros o direito em impetrar a referida ordem, de acordo com o que estabelecia o art. 18 § 8º do referido Código:

Não é vedado ao estrangeiro requerer para si, ordem de habeas corpus, nos casos em que esta tem lugar;

Com o devido desenvolvimento e a influencia do *writ* entre os brasileiros, o Decreto nº 8.118 de 11 de outubro de 1890 estabeleceu que quando denegada ordem de *Habeas Corpus* pelo Juiz do qual era competente para apreciá-la o interessado dispunha do direito de interpor recurso voluntário junto ao Supremo Tribunal Federal, de modo que a ordem fosse apreciada pela Instância Superior e conseqüentemente concedida pelos seus Ministros.

1.3 Previsão Constitucional

No ano de 1891 quando foi instituída a Constituição Nacional, o direito a impetrar ordem de Habeas Corpus visando proteger a liberdade de locomoção do indivíduo, já estava previsto na Legislação Brasileira por meio do Código de Processo Penal de 1832. Assim, passou a ser tratado pela referida Magna Carta em seu art. 72, § 22, que deu valor constitucional ao instituto:

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;

Analisando o que estabelece o texto, fica evidente que é amplo o entendimento dado ao *writ*. Por isso, gerou grandes discussões e debates entre os estudiosos e aplicadores do direito entre eles estava Ruy Barbosa (BARBOSA, 1923) que afirmava não ter encontrado limites para a impetração e concessão da ordem de Habeas Corpus, e assim dizia: “Onde houver violência, onde o indivíduo sofrer ou corre risco próximo de sofrer coação, e se essa coação for ilegal, se essa coação produzir-se por excesso de autoridade, por árbitro dos que o representam, o Habeas Corpus é irrecusável”.

Nas palavras da Doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, o entendimento de Ruy Barbosa passou a influenciar nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, onde seus Ministros admitiam e concediam ordem de *Habeas Corpus* em qualquer tipo de ação e não somente em ações de âmbito penal, desde que, estivesse em pauta o direito a liberdade de locomoção. Por esta razão, o STF passou a ser considerado o Tribunal mais liberal do mundo:

Esse entendimento passou a influenciar o Supremo Tribunal Federal, que começou a admitir a impetração de ordem de Habeas Corpus em casos de natureza não penal, a fim de proteger qualquer direito que tivesse como pressuposto de exercício a liberdade de locomoção;
(GRINOVER, 1994).

Por outro lado, houve opositores a tese defendida por Ruy Barbosa, como o Ministro Pedro Lessa, pois entendia que a previsão constitucional do Habeas Corpus não visava amparar

qualquer direito político ou civil, mas sim a garantia da liberdade pessoal, ou seja, competente para solucionar conflitos relacionados à liberdade ambulatoria.

Tal conflito veio a somar em relação à legislação brasileira, pois possibilitou o então Presidente da República da época Arthur Bernardes, a adotar no ano de 1924 o sistema norte-americano e conseqüentemente ordenar que fossem criados novos remédios jurídicos, a fim de sanar conflitos em que não se estendiam as regras do Habeas Corpus. Assim, foi realizada uma reforma constitucional, com o intuito de dar nova definição ao art. 72, §22, que passou a dispor:

Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção;

A teoria adotada por Ruy Barbosa foi derrotada, prevalecendo àquela defendida por Pedro Lessa, onde o Habeas Corpus ficou restrito a hipóteses de liberdade de locomoção, não sendo aplicável a direitos líquidos, certos e incontestáveis.

O instituto do Habeas Corpus foi mantido no texto Constitucional de 1934. Porém, a expressão locomoção foi excluída, tratando apenas do direito a liberdade de indivíduo. Assim, dispunha o texto do art. 123, inc. XXIII:

Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder;

Devido a grande polêmica existente quanto a impetração do *writ* relativamente a proteger o direito a liberdade, fez-se necessária a instituição de mecanismos competentes para amparar os demais direitos.

Desta feita, criou-se o Mandado de Segurança previsto Constituição de 1934 em seu art. 133, inc. XXXIII:

Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida à pessoa de direito público interessada;

Com o decorrer dos anos o instituto do Habeas Corpus continuou previsto nos demais textos constitucionais, tanto que a Constituição de 1946 também o contemplava em seu art. 141, § 23º.

Contudo, a expressão “locomoção” voltou a fazer parte do texto, e principalmente passou a estabelecer que o remédio heróico não era aplicável para os casos de transgressões disciplinares.

Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cadê Habeas Corpus;

Tal redação foi mantida pela Constituição de 1967, no artigo 150, § 2, bem como na Emenda Constitucional n. 1, datada de 1969, no artigo 153, § 20.

Atualmente o Habeas Corpus está previsto na Constituição Federal de 1988 no Capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no art. 5º - LXVIII, sendo aplicável aos casos em que o indivíduo sofrer violência ou se achar ameaçado em seu direito de liberdade de locomoção por meio de ilegalidade ou abuso de poder.

Deste modo, por estar previsto no capítulo de Direitos e Garantias Fundamentais do indivíduo, o direito em impetrar ordem de Habeas Corpus caracteriza-se como sendo cláusula pétrea também chamada de "cerne fixo", ou seja, não poderá ser suprimido do ordenamento jurídico por meio de Emendas Constitucionais, conforme dispõe o art. 60, § 4º da atual Constituição Brasileira:

II – DO “HABEAS CORPUS”

2.1 Conceito

A palavra *Habeas Corpus* vem do latim, significa dizer “que tenhas o teu corpo”. O *Habeas Corpus* caracteriza-se como sendo um remédio jurídico, que tem como finalidade garantir a todo e qualquer cidadão o direito de não ser privado de sua liberdade de locomoção por violência ou coação ilegal.

Portanto, o *writ* é medida que visa garantir o direito de ir, vir e permanecer, e principalmente impedir que ocorram prisões ilegais. Exceto, nos casos em que há previsão legal, conforme estabelece o art. 5º, LXI da Constituição Federal:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo [...];

Analisando a doutrina, é possível encontrar vários conceitos empregados ao instituto do Habeas Corpus:

Para Alexandre de Moraes:

Habeas corpus é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo - o direito do indivíduo de ir, vir e ficar;
(MORAES, 1997)

No entendimento de Vicente Grego Filho (1991. Pag.) “Constitui-se o habeas corpus no mais eficiente remédio para a correção do abuso de poder que compromete a liberdade de locomoção”

Enfim, o Habeas Corpus visa proteger a liberdade do indivíduo que sofre ou está prestes a sofrer violência ou coação ilegal em seu direito e liberdade de locomoção.

2.2 - Natureza jurídica

O *Habeas Corpus*, mesmo sendo considerado pelo Código de Processo Penal como sendo um recurso, vários Doutrinadores entendem que se trata de ação, uma vez que é um verdadeiro processo simplificado, com a finalidade de tutelar e garantir o direito a liberdade de todo e qualquer cidadão, previsto na Constituição Federal.

Por outro lado, há aqueles que defendam o que prevê o Código de Processo, ou seja, tratam o Habeas Corpus como sendo um Recurso, destinado a impugnação de uma decisão.

Segundo Mirabete, o Habeas Corpus é uma Ação Penal Popular Constitucional, onde o texto processual penal estabelece sua aplicabilidade.

Vejamos exemplos de Habeas Corpus, como verdadeira Ação:

Quando, impetrada ordem de Habeas Corpus com fundamento nos incisos II, III, IV, e V do Código de Processo Penal, ele terá natureza Jurídica de Ação Cautelar, uma vez que tem como finalidade impedir que o desenrolar do processo ocorra de forma demorada e não acarrete prejuízos à liberdade do paciente;

Havendo sentença transitada em julgado, conforme nas hipóteses previstas nos incisos VI e VII do mesmo Código, o Habeas Corpus funcionará como Ação Penal Constitutiva, pois extinguirá uma situação jurídica. Mas, se não houver sentença transitada em julgado, a Ação será Declaratória.

Para que o Habeas Corpus caracterize-se como um recurso, é necessário a existência de um ato jurisdicional. Mas, para que haja o direito em impetrar ordem de Habeas Corpus, basta apenas a existência de um constrangimento ilegal ao direito de locomoção.

Entretanto, o *writ* não se configura como sendo um recurso, pois dá a entender que somente seria aplicável aos casos em que a sentença não tiver transitado em julgado, uma vez que o referido instituto é aplicável tanto antes quanto após o trânsito em julgado da sentença

Por esta razão, o Habeas Corpus é uma ação mandamental e está sujeito às condições que esta se subordina, ou seja, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade.

2.3 – Espécies

Importante destacar que o Habeas Corpus possui duas espécies:

a) **Preventivo**: tem como finalidade impedir que ocorra uma ilegalidade, ou seja, quando houver uma ameaça à liberdade de locomoção, por ato ilegal ou abuso de poder.

Neste sentido, quando o indivíduo estiver prestes a sofrer a coação ilegal, poderá impetrar ordem de *Habeas Corpus Preventivo*, endereçado a autoridade competente. Assim, se a ordem for concedida o Magistrado expedirá Salvo-Conduto, que ira conceder ao paciente o livre trânsito e impedir que sofra uma prisão ou detenção pelos mesmos motivos alegados no *writ*, conforme prevê o art. 660 § 4º do Código de Processo Penal:

Se a ordem de habeas corpus for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz;

O Salvo-Conduto vem do latim *salvus* (salvo) *conductus* (conduzido) e significa dizer que a pessoa será conduzida a salvo.

b) **Liberatório**: também conhecido como Repressivo, visa cessar o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente que está privado de sua liberdade de locomoção.

Deste modo, estando o paciente preso ou detido por ilegalidade ou abuso de poder, caracterizando coação ilegal, impetrará ordem de Habeas Corpus junto a autoridade competente. Sendo concedida a referida ordem, o Juiz expedirá o Alvará de Soltura em seu favor, para que seja imediatamente posto em liberdade.

O Juiz ao analisar os fundamentos e as provas que instruem o pedido de Habeas Corpus impetrado pelo interessado, reconhecer a existência de ilegalidade da coação, ordenará que ele seja solto imediatamente, de acordo com o que reza o art. 660 § 2º do referido Código

Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou Tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento;

Neste caso, ordenada a soltura do paciente que se encontra preso e caracterizado o abuso de poder da autoridade coatora, ela sofrerá uma sanção de acordo com o que estabelece o art. 653 e parágrafo único do Código de Processo Penal:

Ordenada á soltura do paciente em virtude de habeas corpus, será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação;

Parágrafo único: neste caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade;

Por outro lado, se não for configurada a coação ilegal ou quando faltar um dos requisitos necessários para a concessão do Habeas Corpus, o Magistrado denegará a ordem impetrada pelo paciente ou interessado devendo ele permanecer privado de liberdade de locomoção, ate que haja necessidade jurídica.

III – LEGITIMIDADE

3.1 - Legitimidade Ativa

Para o ajuizamento do Habeas Corpus não se exige a capacidade de estar em juízo e nem a capacidade postulatória.

Sendo assim, tal ordem pode ser impetrada por qualquer pessoa seja pelo próprio paciente, terceiro, até mesmo pelo Representante pelo Ministério Público, conforme estabelece o art. 654 do Código de Processo Penal:

O habeas corpus, poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público;

Neste sentido, doutrinadores como Celso Bastos, Diomar Ackel Filho e Tourinho Filho, tem entendido que o *writ* pode ser impetrado por qualquer do povo.

Em conseqüência, pode requerer a medida o próprio paciente ou qualquer pessoa mesmo destituída de capacidade postulatória. Destarte, não importa se nacional ou estrangeira, física ou jurídica, em seu próprio nome ou de outrem, qualquer um pode impetrar habeas corpus;
(BASTOS, 1998, pag.233.)

Quando a lei expressou que ‘qualquer pessoa ‘ pode impetrá-lo, não fez distinção alguma. De modo que não se deve indagar de sua capacidade civil ou de sua situação jurídica. O instituto, em suas origens, sempre foi assim. Desde a sua mais remota aplicação, que se atribui aos saxônicos e às Constituições de Clarendon, se reconhece a qualquer cidadão o direito de pedir uma ordem de habeas corpus;
(ACKEL FILHO, 1988, pag. 42)

Outro nuance é acerca da legitimidade “ad causam” do Ministério Público em impetrar ordem de Habeas Corpus em favor do paciente, pois, o art. 654, *caput*, do Código de Processo Penal o autoriza, devendo proceder à impetração dentro de suas funções, principalmente em relação

ao art. 127, *caput*, da Constituição Federal e ao art. 32 da Lei n.º 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (MORAES, 2006, p.117).

Sobre o assunto, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

Entendia-se que o Promotor de Justiça, nessa qualidade e no exercício de suas funções, podia impetrar o *habeas corpus* apenas perante o Juiz de Direito, mas não junto aos Tribunais, onde a representação do Ministério Público cabe privativamente ao Procurador Geral de Justiça, que pode delegá-la aos Procuradores de Justiça. Entretanto, conforme pondera Ada Pellegrini Grinover, como, perante a lei processual, o *habeas corpus* é um recurso, permite-se que o Promotor de Justiça requeira o *writ* perante o Tribunal por estar ele oficiando na esfera de suas atribuições junto ao Juízo;
(MIRABETE, 2007. p.741.

Por outro lado, os próprios Tribunais têm reconhecido a legitimidade do Representante do Ministério Público em impetrar o *writ* perante aos órgãos de superior Instância. Esse entendimento é defendido pelo Doutrinador Julio Fabbrini Mirabete:

[...] que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a possibilidade de o representante do Ministério Público, embora com atuação nos graus inferiores de jurisdição, ajuizar, em nome do "Parquet", ação originária de "habeas corpus" perante esta Suprema Corte (HC 84.307/RO, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 85.725/RO, Rel. Min. CELSO DE MELLO) ou junto a qualquer outro Tribunal judiciário;
(MIRABETE, 2000, p. 1.461, item n. 654.2.),

Deste modo, considerando as decisões proferidas pelos Tribunais, constata-se que a Legitimidade Ativa do Ministério Público vem se expandindo:

'Habeas corpus'. Impetração, pelo Ministério Público, em favor do réu. Legitimidade ativa 'ad causam' em qualquer grau de jurisdição. Inteligência do art. 654 do CPP. [...]. O Ministério Público, em qualquer grau de jurisdição, tem legitimidade ativa 'ad causam' para impetrar 'habeas corpus' em favor do réu, por força do disposto no art. 654 do CPP;
(RT 764/485, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

Recurso de 'habeas corpus'. Impetração pelo Ministério Público. Impetração de 'habeas corpus' como qualquer pessoa e como promotor público. Garantia constitucional da liberdade, tem o Ministério Público o direito de impetrá-lo e, conforme as circunstâncias, o dever de fazê-lo, se tem conhecimento de coação ilegal. Recurso de 'habeas corpus' conhecido e provido para que o Tribunal de Justiça aprecie o mérito do pedido;
(RT 603/432, Rel. Min. OSCAR CORRÊA - grifei)

No que tange a legitimidade dos Magistrados em impetrar ordem de Habeas Corpus, o Código de Processo Penal de 1832 previa no seu art. 18:

Os juízes de direito poderão impetrar ordem de Habeas Corpus, em favor de quem estiver ilegalmente preso, ainda quando fosse por determinação o chefe de policia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a título de recrutamento, não estando ainda alistados como praças no Exercito ou na Armada.

Porém, atualmente os Magistrados não têm competência para impetrar ordem de *Habeas Corpus* em favor de terceiro, uma vez que não possui função postulatória. Somente poderá fazê-lo em benefício próprio. Assim, também não pode fazê-lo o Funcionário Público no exercício de função de comando ou de autoridade, pois o exercício do cargo subtrai dele a qualificação de “qualquer do povo”.

Entretanto, quando no decorrer do Processo Criminal o Juiz constatar alguma irregularidade, poderá ordenar de ofício a ordem de *Habeas Corpus* em favor daquele que vem sofrendo a coação ilegal, conforme reza o art.654 § 2 do Código de Processo Penal:

Os juízes e Tribunais tem competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou esta na iminência de sofrer coação ilegal;

Esse também tem sido o entendimento de Doutrinadores, como Diomar Ackel Filho e Tourinho Filho:

Poderá também ser decretado o habeas corpus de ofício, pelo órgão jurisdicional, se verificada a sua necessidade, como mostra Bastos: "Da mesma forma pode o juiz ou Tribunal quando no curso do processo verificar que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal;

(ACKEL FILHO, 1988, pag. 234)

[...] de acordo com o § 2.º do art. 654 do Código de Processo Penal, o Habeas Corpus pode ser concedido de ofício pelos juízes e pelos tribunais, quando no curso de determinado processo for verificado que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal; do mesmo modo, poderá ser pólo ativo o juiz que esteja na qualidade de paciente, excluindo a impetração fora dessas possibilidades, porquanto sua função jurisdicional não é postulatória;

(TOURINHO FILHO, 1997, p.526).

No que tange a impetração da ordem, pode ser realizada por menor de idade, insano mental e até mesmo por paciente analfabeto, independente de habilitação legal ou advogado de profissão, não necessitando de procuração.

Neste sentido, leciona Tourinho Filho:

Qualquer pessoa pode impetrar o *writ*, não importando sexo, idade, estado mental, nacionalidade, profissão, nem conhecimento específico; não há necessidade de capacidade para estar em juízo, muito menos postulatória, podendo até mesmo ser interposto por analfabeto, bastando apenas que alguém assine para ele. Pode também ser interposto por uma terceira pessoa, sem necessidade de procuração, como também por pessoa jurídica. Contudo, em se tratando de pessoa jurídica, frisa-se que esta tão-somente pode impetrar o *mandamus*, não podendo por ele se beneficiar, em face de não possuir liberdade ambulatoria; (TOURINHO FILHO, 2001, p.475)

O *writ* poderá ser impetrado também por Pessoa Jurídica em benefício de pessoa física, não sendo cabível ao seu favor, uma vez que não detém o direito de ir e vir. Assim, leciona Heráclito Antonio Mossin:

O preceito processual predito ao admitir que o habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, o consagra como ação penal popular. Isto leva a entender que a legitimatio ad causam ativa é bastante ampla, não se atendo somente àquele que tenha interesse na composição do litígio, de forma particular, ou quem o representante postulatoriamente".

"Outrossim, nada impede que uma pessoa jurídica impetre ordem de habeas corpus em favor de uma pessoa física. É o que o artigo 654 do Código de Processo Penal, ao fazer menção a impetração por qualquer pessoa, nela faz compreender também a pessoa jurídica. Aliás, por se cuidar o habeas corpus de uma actio popularis, é óbvio que uma pessoa jurídica pode impetrar habeas corpus em favor de pessoa natural, como nos de prisão, ou ameaça de direito, sócio, associado, confrade; (MOSSIN, 1996)

No que se refere ao Delegado de Policia:

Quanto ao Delegado de Policia, nada o impede de fazê-lo, não como Autoridade Policial, mas, *ut civis*, como cidadão; (cf, RT 545/438)

Portanto, todos podem requerer ordem de Habeas Corpus perante a autoridade coatora, a fim de evitar ou fazer cessar constrangimento ilegal a liberdade de locomoção, pois a Constituição Federal não especifica quem é o sujeito ativo, e o Código de Processo Penal em seu art. 654 confere grande amplitude ao tema.

3.2 - Legitimidade Passiva

Nota-se que, a guisa de legitimidade passiva existem duas correntes doutrinárias no que se refere ao sujeito coator, que pode ser autoridade ou particular.

Na primeira corrente, alguns doutrinadores defendem que em principio o coator somente seria aquele que exerce função pública, ou seja, uma autoridade. Assim, entende Celso Bastos (1998. pag. 234): “O habeas corpus é voltado contra os atos de autoridade”;

Neste mesmo sentido, leciona Ackel Filho

[...] o writ só pode ser intentado quando o coator exerce função pública, pois a coação exercida contra particular, configurando crime (cárcere privado, seqüestro, constrangimento ilegal), exige providência de natureza policial e não o habeas corpus;
(ACKEL FILHO, 1988, pag. 43).

Porém, o art. 5º LXVIII da Constituição Federal estabelece como principal pressuposto para o seu ajuizamento, a existência de ilegalidade. Assim, o referido texto não faz nenhuma referencia a ilegalidades praticadas apenas por autoridades publicas, ou seja, pode ser também aquela praticada por particulares.

Neste sentido, a segunda corrente adotada por Magalhães Noronha bem como Helio. B. Tornachi e outros acolhem a admissibilidade do *writ* contra atos praticados por particulares:

É possível a impetração de Habeas Corpus conta ato de particular, mesmo porque o texto constitucional fala apenas em “abuso de poder”, expressão ampla que não se circunscreve a conduta de autoridade;
(NORONHA, 1978, pag.541 e SS).

Alega-se que se o particular comete o constrangimento ilegal, a Polícia deve intervir. E se não intervier? Somente o heróico remédio poderá fazer cessar a violência ou coação;
(TORNACHI, 1980, pag. 387).

O habeas corpus deverá ser requerido contra coator, seja ele quem for, autoridade ou não. Delegado de Polícia, agente de investigação, Juiz ou Tribunal etc., dono de fazenda, diretor de hospital ou outro qualquer. O que importa aqui é a posição de coator;
(ACKEL FILHO, 1988, pag. 43).

Com o desenrolar desta polemica, Bastos passou a admitir a impetração do *writ* , contra atos ilegais praticados por particulares, que constroem a liberdade de locomoção de um

indivíduo, tomando como exemplo a manutenção de paciente em leito hospitalar sem o consentimento de seus familiares:

Todavia, há que se referir aqui a casos ocorrentes quando da alta de pacientes internados. Às vezes há conflito entre os seus parentes, que querem retirá-los, e os médicos, que não querem assumir esta responsabilidade porque consideram a medida contra-indicada. Nestas hipóteses parece que o habeas corpus cumpre um papel insubstituível;
(BASTOS, 1998, pag. 234)

Neste sentido, dispões as jurisprudências proferidas pelos Tribunais:

“HABEAS CORPUS” - Impetração contra particular - Cabimento - Hospital - Saída de internado impedida por não ter feito o pagamento das despesas - Constrangimento ilegal caracterizado - Ordem concedida;
(TJMS - RT 574/400)

Atualmente os particulares podem figurar no pólo passivo das Ações de Habeas Corpus, pela pratica de ilegalidades que visam privar a liberdade de locomoção de qualquer que seja o indivíduo.

IV – ADMISSIBILIDADE

Habeas Corpus, como instituto jurídico, tem como finalidade a proteção e garantia da liberdade de locomoção do indivíduo, com relação a qualquer violência ou coação ilegal que esteja sofrendo ou se achar na iminência de sofrer, na sua liberdade de ir, vir e ficar.

De acordo com o que determina o Código de Processo Penal, considerar-se-á ilegal, quando ocorrer alguma das hipóteses previstas no se art. 648 e seus incisos:

4.1 – Quando não houver justa causa;

Como anota Magalhães Noronha (1986, pag. 414) “Justa causa é o fato cuja ocorrência torna lícita a coação”;

No que se refere a falta de justa causa, ou seja, quando for ilícita a coação, consequentemente enseja a ausência do *FUMUS BONI IURIS*, significa dizer que falta a fumaça do bom direito, que pode estar presente tanto na instauração do Inquérito Policial, na Ação Penal, na Prisão, ou qualquer outro constrangimento a liberdade de locomoção. Assim, tem entendido os Tribunais:

INQUERITO POLICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE ILÍCITO CRIMINAL. TRANCAMENTO. ART. 4. DO CPP. CONSTITUI CONSTRANGIMENTO ILEGAL A INSTAURAÇÃO DE INQUERITO POLICIAL PARA A APURAÇÃO DE FATOS QUE DESDE LOGO SE EVIDENCIEM INEXISTENTES OU NÃO CONFIGURANTES, EM TESE, DE INFRAÇÃO PENAL. RECURSO DE 'HABEAS CORPUS' PROVIDO. (RHC 64373 SP - SÃO PAULO RECURSO EM HABEAS CORPUS)

HABEAS CORPUS - Denúncia imputando o crime de falsidade ideológica a despachante, que se limitou a encaminhar requerimento, formulado por clientes, à delegacia de trânsito - Descrição de fato atípico - Denúncia inepta - Ausência de

dolo - Falta de justa causa - Trancamento da ação penal determinado - Ordem concedida.

(TJSP - HC 291.229-3 - Mirassol - 4ª C.Crim. - Rel. Des. Passos de Freitas - J. 31.08.1999 - v.u.)

HABEAS CORPUS - AÇÃO PENAL - CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (LEI Nº 8.137, ART. 5º, II) - DENÚNCIA INEPTA - TRANCAMENTO - A denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41), com adequada indicação da conduta ilícita imputada ao réu, de modo a propiciar-lhe o pleno exercício do direito de defesa, uma das mais importantes franquias constitucionais. Contém a mácula da inépcia a denúncia que formula acusação genérica de prática de crime contra as relações de consumo, sem apontar de modo circunstanciado a participação dos réus no fato delituoso. A mera qualidade de sócio ou diretor de uma empresa, na qual se constatou a ocorrência de crime no processo de venda, não autoriza que contra o mesmo diretor seja formulada uma acusação penal em Juízo. Recurso ordinário provido. Habeas corpus concedido.

(STJ - RHC 8.320 - SP - 6ª T. - Rel. Min. Vicente Leal - DJU 11.10.1999 - p. 87)

HC - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – TRANCAMENTO DO PROCEDIMENTO PENAL - FATOS ATÍPICOS. - JUSTIFICA-SE A CONCESSÃO DO WRIT REQUERIDO SOB A ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA, SE NEM MESMO EM TESE, O FATO IMPUTADO CONSTITUI CRIME, OU ENTÃO, QUANDO SE VERIFICA, PRIMA FACIE, NÃO CONFIGURADA A PARTICIPAÇÃO DELITUOSA DO PACIENTE.- ORDEM CONCEDIDA PARA TRANCAR O PROCEDIMENTO PENAL.

(HC 1157 / RJ ; HABEAS CORPUS; Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, QUINTA TURMA; DJ 24.05.1993 p. 10009)

Enfim, configurada a falta de justa causa que é um dos pressupostos essenciais para se iniciar um processo crime, o interessado poderá impetrar ordem de Habeas Corpus endereçando-a a autoridade competente, a fim de que faça cessar a ilegalidade que vem sofrendo ou que venha a sofrer, de modo que não seja privado de sua liberdade de locomoção que é um dos Direitos e Garantias Fundamentais previstos pela Lei Maior.

4.2 – Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a Lei;

Quando houver cumprimento de determinação judicial ou o indivíduo for preso em flagrante delito, ele não poderá ficar detido por tempo superior aquele estabelecido em lei.

Esse tem sido o entendimento das Excelsas Cortes:

Prolongar indefinidamente o processo de réu preso por culpa exclusiva do emperramento da máquina judiciária constitui constrangimento ilegal sanável por habeas corpus;
(RT 543/426).

Neste sentido, estando o indiciado detido por medida cautelar, o *Habeas Corpus* será o remédio competente para fazer cessar o constrangimento por excesso do prazo previsto para a conclusão do Inquérito.

Nesse mesmo diapasão, temos o seguinte julgado:

"*Habeas Corpus*". Liberdade Provisória. Indeferimento. Manutenção da Custódia Justificada. Excesso de Prazo para a Ultimação do Inquérito Policial. Constrangimento Ilegal. Demonstrado. a magistrada, com suporte nos elementos dos autos, que necessária se faz a custódia cautelar, para a garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, não cabe afastá-la mediante a concessão do *writ*, ainda que dotado, o paciente, de bons predicados pessoais. Caracteriza constrangimento ilegal a manutenção da custódia cautelar, por prazo superior ao legalmente assinalado para a ultimação do inquérito policial, impondo-se a concessão da ordem. Ordem Concedida Ex Officio. (" *Habeas Corpus* nº 30564-9/217(200704731031). Publicado em 06 de Dezembro de 2007.)

Há aqueles que admitam a impetração do remédio heróico, para cessar constrangimento no que se refere aos prazos previstos para o termino do Inquérito Policial que deve ser respeitado pela autoridade policial.

Tal prazo é delimitado pelo Código de Processo Criminal, em seu art. 10:

O inquérito policial devera terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contando o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela;

No entanto, esse prazo não é definitivo, ou seja, pode ser dilatado, uma vez que a autoridade policial não concluindo os autos do Inquérito Policial no tempo estabelecido pelo Código, tendo em vista que se trata de fato de difícil elucidação, poderá remetê-lo ao Juiz da Comarca, que ira estabelecer novo prazo. Mas, isso somente ocorrera quando o indiciado estiver em liberdade, jamais quando detido, de acordo com o que prevê o § 3º do art. 10 do mesmo Código.

Diferente será o prazo quando se tratar de crimes de tráfico de drogas, conforme estabelece o art. 51 da Lei 11.343/2006.

O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto;

Entretanto, nada obsta que tal prazo seja estendido de acordo com o que prevê o seu parágrafo único:

Os prazos a que se refere esse artigo podem ser duplicados pelo Juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido da autoridade de polícia judiciária;

O *writ* caberá também quando se tratar de excesso de prazo da instrução criminal, ou seja, no acolhimento de provas que demonstrem a ocorrência dos fatos imputados ao acusado, com a finalidade de fornecer o suporte necessário ao Magistrado para que apresente o julgamento final do processo, optando ou não pela condenação. Assim, com o advento da Lei nº 11.719/2008 o Código de Processo Penal sofreu importantes modificações..

Tal Lei trouxe modificações no que se refere ao Código de Processo Penal, revogou algum de seus artigos e passou a estabelecer novas regras.

Houve modificações aos Ritos Sumário, Ordinário e Sumaríssimo. Conforme identificamos no art. 394 § 1º Lei 11.709/2008:

O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei;

Uma das maiores modificações diz respeito á instrução criminal que realizar-se-á em um único ato.

Deste modo, automaticamente foram alterados os prazos legais previstos para o término da instrução criminal. Assim, no Rito Ordinário onde a pena prevista pela pratica do delito for igual ou superior a 4 (quatro) anos de reclusão, a Audiência de Instrução e Julgamento deverá ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, conforme o estabelece o art. 400 do Código de Processo Penal com as alterações da Lei nº 11.719/2008:

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado; (*grifei*).

Por outro lado, o art. 531 do Código de Processo Penal a partir da promulgação da referida Lei, prevê prazo diverso quando a pena prevista para o delito for inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, onde o processo penal será regido pelo Rito Sumário. Vejamos:

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate; (grifei)

Neste sentido, reconheceu o Supremo Tribunal Federal ao deferir o pedido de Habeas Corpus nº 84.254/PI Rel. Min. Celso de Mello, que o réu tem direito de ser julgado pelo Poder Judiciário dentro de um prazo razoável, a fim de que não ocorra injusto constrangimento a liberdade de locomoção .

Caracterizado excesso de prazo sem a devida justificação, cabe ao Juiz competente colocar o réu em liberdade, para que responda o Processo e as acusações que lhes são feitas.

Neste sentido, já decidiu os Tribunais:

A demora no encerramento da instrução sem convincente justificação significa prisão por mais tempo do que determina a lei, justificando a concessão do habeas corpus;
(RT 538/461).

A instrução criminal obedece a rito e cronograma determinados na lei processual. Excesso de prazo injustificável para o término constitui constrangimento ilegal;
(RT 695/388).

Nada impede que o Juiz conceda de ofício ordem de Habeas Corpus em benefício do réu, para que tenha o seu direito a liberdade de locomoção preservado, quando reconhecer excesso de prazo para o termino da instrução criminal.

Consoante ao exposto, este é o entendimento que vem das Cortes:

Habeas corpus que não se conhece por não ser caso de pedido originário a esta Corte, mas que se concede, ex officio por gritante excesso de prazo;
(HC 59.629/PA Rel. Min. MOREIRA ALVES).

4.3 – Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

Temos como conceito de competência, o que defende o doutrinador José Frederico Marques (1987, pag. 210) “Competência é a medida da jurisdição, uma vez que determina e demarca o campo de atribuições dos órgãos que a exercem”.

No ordenamento jurídico Brasileiro, a prisão somente pode ser decretada por autoridade que tenha competência material e territorial. Exceto, em casos de prisão em flagrante delito ou disciplinar militar, de acordo com a determinação do art. 5º LXI da Constituição Federal

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;

Do mesmo modo, quando a prisão advir de ato praticado por autoridade incompetente, este ato considerar-se-á ilegal e nulo, mesmo que os autos posteriormente sejam remetidos a Autoridade revestida de competência.

Portanto, quando uma autoridade judicial cometer um ato repressivo, seja decretando a prisão ou por algum motivo ameaçar o direito de liberdade de locomoção de outrem, o interessado poderá impetrar ordem de Habeas Corpus, a fim de fazer cessar o constrangimento ilegal.

4.4 - Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

Quando ficar demonstrado que o motivo que ensejou a coação houver cessado, conseqüentemente ensejará a falta de justa causa.

Sendo assim, não há necessidade de manter o indivíduo detido, quando houver cessado o fato “motivo” crucial que autorizou a coação privando-o de sua liberdade. Exemplos:

- a) manutenção da prisão, após ter efetuado o pagamento de fiança, nos delitos afiançáveis;
- b) continuidade da prisão, quando ocorrer prescrição ou decadência;
- c) continuidade da prisão após relaxado o flagrante delito;
- d) quando do término da prisão preventiva, ainda não tiver sido prolatada a sentença;
- e) quando autorizada a desinternação, continuar o paciente retido;

Assim sendo, se por motivo alheio ou injustificado o Magistrado manter o réu preso, após ter cessado o motivo que autorizou sua prisão, este ou outrem poderá impetrar o *writ* em seu favor fazendo cessar o constrangimento ilegal

4.5 – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a Lei autoriza;

Existem hipóteses, em que há o cerceamento do direito a liberdade de locomoção, por meio da inadmissão do pagamento de fiança, mesmo havendo autorização e previsão legal para a formalização do ato.

Como salienta Mauro Cunha e Roberto Geraldo Coelho da Silva (1980, pag. 438), a autoridade coatora será aquela que não admitir ao acusado, prestar fiança: “Aqui a coação partiria ou da autoridade policial ou da autoridade judiciária, únicos que tem o poder de conceder fiança [...]”;

Por sua vez o Código de Processo Penal, estabelece algumas hipóteses em que pode ser concedido ao réu o direito de prestar fiança. Assim, prevê o art. 322 do mesmo Código:

A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples;

Entretanto, quando tratar-se de casos que não se enquadram nesse texto, o réu poderá requerer ao juiz competente o direito em prestar fiança e este decidirá a respeito, conforme elenca o parágrafo único do art. 322:

Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas;

Vejamos o que estabelece o art. 323 do Código de Processo:

Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;

II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;

III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;

IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;

V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Consoante ao que estabelece esse artigo, estando o réu detido e não se enquadrar nestas hipóteses terá direito em impetrar ordem de Habeas Corpus, a fim de que possa ser posto em liberdade por meio de fiança.

Sendo assim, o direito a prestar fiança poderá ser requerido a qualquer fase do Processo, como prevê o art. 334 do Código de Processo Penal:

A fiança poderá ser prestada em qualquer termo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória;

4.6 – Quando o Processo for manifestadamente nulo;

Quanto ao conceito de nulidades, Guilherme de Souza Nucci (2007, pag. 771) ensina: “É o vício que contamina determinado ato processual, praticado sem a observância da forma prevista em lei, podendo levar a sua inutilidade e conseqüente renovação”.

Miriam Petri Lima de Jesus Giusti expõe:

Os atos praticados no processo estão sujeitos à observância de certos requisitos que a lei impõe, de maneira que o encadeamento entre eles permita o regular processamento do feito com o objetivo de viabilizar uma decisão de mérito. Assim, se um ou mais atos praticados dentro do procedimento apresentem vícios ou defeitos, cuja imperfeição prejudique a regularidade processual, ensejarão como conseqüência a perda dos efeitos esperados pela sua prática atingindo o ato isoladamente ou, o próprio processo. A essa conseqüência, ou seja, a perda do efeito do ato ou do processo face à imperfeição que ostenta, denomina-se nulidade; (GIUSTI, 2004, pag.127).

De acordo com os ensinamentos de Borges da Rosa (1982, pag. 634), as nulidades são: “Defeito jurídico que torna sem valor ou pode invalidar o ato ou o processo no todo ou em parte”.

Assim sendo, pode-se dizer que as nulidades são vícios ou defeitos que podem ocorrer tanto no Processo Penal quando na fase investigatória, ou seja, no momento do Inquérito Policial. Entretanto, neste ultimo podem ocorrer atos nulos ou anuláveis, sem que prejudiquem o andamento da respectiva Ação Penal.

Por outro lado, a parte antes de argüir a nulidade “vício” do ato, deve sempre ater-se ao que determina o art. 563 do Código de Processo Penal, que diz:

Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa;.

Deste modo, quando do acontecimento de um vício ficar evidente que causará prejuízos a parte, aquele deverá ser identificado pelo interessado, a fim de que possa ser sanado ou anulado pela autoridade competente para analisar e julgar o litígio.

Neste sentido, entende o doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira (2008. pag. 665) “*Pas de Nullité Sans Grief*, segundo o qual, para o reconhecimento e a declaração de nulidade de ato processual, haverá de ser aferida a sua capacidade para a produção de prejuízos aos interesses das partes e/ou ao regular exercício da jurisdição”

Sendo assim, não há como se falar em nulidade, quando não acarretar prejuízos as partes ou ao Processo.

No mais, quando ocorrer uma nulidade “vício” este deve ser identificado pelo interessado, pois quando praticado o ato, o Processo Penal seguirá sua marcha normalmente e conseqüentemente poderá acarretar prejuízos tanto para o acusado quanto ao Estado, uma vez que não poderá aplicar sua jurisdição, ou seja, aplicar a norma ao caso concreto.

Na esfera criminal, o Processo será passível de nulidade quando ocorrer alguma das hipóteses previstas no art. 564 do Código de Processo Criminal.

Ocorrendo uma dessas hipóteses, o interessado deverá argüir a nulidade no prazo estabelecido pela Lei Processual Penal, conforme se identifica no art. 571.

Acerca das nulidades, é importante lembrar o que leciona José Frederico Marques:

Quando a nulidade do ato processual não pode ser sanada, a nulidade é absoluta; mas quando sanável, ela se diz relativa. O ato relativamente nulo difere do ato anulável, porque a validade do primeiro está subordinada a uma condição suspensiva, e a do segundo a uma condição resolutiva. O ato nulo nasce ineficaz, mas é possível que adquira validade e eficácia pela superveniência de fato ou circunstância que o faça convaler. O ato anulável nasce válido, mas pode perder a eficácia se for anulado ou rescindido; (MARQUES, 1998. p. 380.)

No que tange as nulidades processuais, há aquelas que são consideradas absolutas e relativas. Vejamos

a) ***Nulidade Absoluta***: ocorre quando a nulidade do ato estiver relacionada a violação de um Princípio Constitucional, uma vez que o Processo Penal Brasileiro, tem como base os Princípios resguardados pela Lei Maior. Por isso, quando caracterizada a nulidade absoluta, automaticamente o ato estará viciado tornando-se insanável.

Quando as nulidades absolutas, vejamos o que leciona Maximilianus Claudio Führer e Maximiliano Roberto Fuhrer (2000, pag. 72): “A nulidade absoluta ocorre nos defeitos insanáveis, com violação de norma de ordem pública, no sentido de que não se convalidam automaticamente, em nenhuma hipótese”.

Deste modo, ocorrendo nulidade absoluta em algum ato do Processo, este será passível da impetração de Habeas Corpus, conforme tem entendido os Tribunais:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO DO JÚRI. JUNTADA DE DOCUMENTOS PARA LEITURA REQUERIDA TRÊS DIAS ANTES DA DATA EM QUE A SESSÃO SE REALIZARIA. INDEFERIMENTO. ART. 475 DO CPP. INTELIGÊNCIA. CERCEAMENTO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. NULIDADE ABSOLUTA. PREJUÍZO EVIDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O pedido da defesa para juntada de documentos, cuja leitura pretendia realizar em plenário, não poderia ter sido indeferido, pois foi protocolizado exatos três dias antes da data do julgamento. Artigo 475 do Código de Processo Penal. Impossibilidade de interpretação extensiva para prejudicar o réu. 2. O prejuízo causado pelo indeferimento ofende o próprio interesse público, pois conduziu à prolação de um veredicto sem que todas as provas existentes fossem submetidas ao conhecimento dos jurados. Garantias do contraditório e da ampla defesa violadas. 3. Tratando-se de nulidade absoluta, não há de se falar em preclusão pelo mero fato de a irregularidade não ter sido argüida logo após o pregão, como determina o art. 571 do Código de Processo Penal. 4. Ordem concedida, para que novo julgamento seja realizado pelo Tribunal Popular, garantida a leitura dos documentos cuja juntada foi indeferida pelo ato impugnado. Impossibilidade de reformatio in pejus. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento 01/04/2008.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. NULIDADES. RÉU NÃO ENCONTRADO POR ERRO NO MANDADO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. FALTA DE INTIMAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA SESSÃO DE JULGAMENTO. NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I - A nulidade que vicia a citação pessoal do acusado, impedindo-lhe o exercício da auto-defesa e de constituir defensor de sua livre escolha causa prejuízo evidente. II - Tal vício pode ser alegado a qualquer tempo, por tratar-se de nulidade absoluta. III - É imprescindível a intimação pessoal do defensor público para sessão de julgamento, por força do disposto em lei. Precedentes da

Corte. IV - Ordem concedida para anular o processo a partir da citação.
Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 11/03/2008.

b) *Nulidade Relativa:* caracterizam-se como sendo vícios referentes a atos processuais que interessam somente as partes, ou seja, não podem ser declaradas de ofício pelo Juiz. Assim, as nulidades devem ser demonstradas pela parte interessada. Outra característica das nulidades relativas, é que elas não invalidam o ato. Elas consideram-se sanadas quando não forem argüidas no prazo legal ou quando o fato for praticado de forma diversa a determinação da legal, mas atingiu os seus efeitos.

As nulidades relativas, seguindo o entendimento de José Frederico Marques (1998. p. 396.) “São nulidades relativas sanáveis porque, violada a forma legal do ato ou do procedimento, purgada pode ficar a irregularidade”.

Quanto às nulidades relativas que afetam o processo e automaticamente trazem prejuízos às partes os Tribunais, tem entendido:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO DEMONSTRADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Evidenciado o prejuízo causado ao réu, com a recusa do defensor em interpor o cabível recurso de apelação, faz-se imperiosa a concessão do remédio heróico.

2. Ordem concedida.

(HC 40327/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 15.03.2005, DJ 23.05.2005 p. 356)

Por outro lado, para que seja reconhecida a ocorrência da nulidade relativa, faz-se necessário que a parte interessada se manifeste no prazo Legal, uma vez que se aspirado á nulidade considerar-se-á sanada.

4.7 – Quando extinta a punibilidade:

O Habeas Corpus será remédio constitucional competente para sanar o constrangimento ilegal quando a punibilidade estiver extinta, uma vez que o Estado perdeu o seu Jus Puniend. A extinção de punibilidade não faz cessar o delito, mas torna-o impunível.

Sendo assim, quando extinta a punibilidade do réu, conseqüentemente cessará a causa que ensejou a perda da liberdade de locomoção.

Deste modo, o réu deve ser colocado em liberdade imediatamente, uma vez que o constrangimento caracterizar-se-á ilegal, devido a extinção de punibilidade.

Vejam os quais as formas legais de extinção de punibilidade previstas no art. 107 do Código Penal:

a) Pela morte do agente;

Se por ventura o acusado falecer, a punibilidade estará extinta, pois a pena “conseqüência penal”, não poderá passar da pessoa que cometeu o ilícito penal.

b) Pela Anistia, Graça ou Indulto;

Anistia: é ato do Poder Público, mais precisamente do Poder Legislativo que visa declarar impunível delitos políticos, tornando nulos e de nenhum efeito. A Anistia faz cessar a punição e os fatos que a causaram.

Graça / Indulto: é concedido pelo Presidente da República, com a finalidade de suprimir a execução da pena, sem extinguir os efeitos da condenação.

c) Pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

Se instituída uma Norma “Lei”, que deixar que considerar o fato como crime, a punibilidade estará extinta.

d) Pela prescrição, decadência ou preempção;

Prescrição: dividi-se em duas vertentes, tais como Prescrição da Pretensão Punitiva e Prescrição da Pretensão Executória. Vejam os:

1- Prescrição da Pretensão Executória dar-se-á antes do transito em julgado da sentença. Tal prescrição esta prevista no art. 109 do Código Penal Brasileiro, e será aplicada de acordo com a pena cominada ao delito:

- I – em 20 (vinte) ano, se o Maximo da pena é superior a 12 (doze) anos;
- II – em 16 (dezesesseis) ano, se o Maximo da pena é superior a 8 (oito) ano e não exceder a 12 (doze) anos;
- III – em 12 (doze) anos, se o Maximo da penal é superior a 4 (quatro) ano e não exceder a 8 (oito) anos;
- IV – em 8 (oito) ano, se o Maximo da pena é superior a 2 (dois) ano e não exceder a 4 (quatro) anos;
- V – em 4 (quatro) anos, se o Maximo da pena é igual a 1 (um) ano, ou sendo superior não exceder a 2 (dois) anos;
- VI – em 2 (dois) anos, se o Maximo da pena é inferior a 1(um) ano;

Poderá ocorrer a Prescrição da Pretensão Executória, após o transito em julgado da sentença condenatória que esta prevista no art. 110 do Código Penal:

A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regular-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior (art. 108), os quais se aumentam de um terço, se o acusado for reincidente;

De acordo com o que estabelece o § 1º do referido artigo, a prescrição após o transito em julgado para a acusação, regula-se pela pena aplicada ao caso concreto.

Entretanto nada impede que haja a Prescrição Retroativa, conforme identifica-se no § 2º do mesmo artigo, que dispõe:

A prescrição, de que trata o parágrafo anterior pode ter por termo inicial data anterior ao recebimento da denuncia ou da queixa;

Neste sentido, a defesa poderá alegar a Prescrição Retroativa quando o prazo legal houver aspirado. Tal prazo começará a correr antes mesmo se der apresentada a peça inicial que enseja a Ação Penal.

Por outro lado, os prazos previstos no art. 109 do Código Penal, podem ser reduzidos pela metade quando ocorrer alguma das hipóteses previstas no art. 115 do referido Código:

São reduzidos pela metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos;

Decadência: caracteriza-se como a perda do direito de Ação, uma vez que não fora exercido no prazo estabelecido pela Lei. Assim sendo, o ofendido terá o seu direito de representar contra o acusado, extinto, uma vez que dispõe de faculdade para tanto.

No que tange a decadência, na Ação Penal Privada o ofendido deve levar em consideração o prazo legal previsto no art. 103 do Código Penal, para representar contra o autor do ato ilícito a acusação da qual ensejara a instituição do Processo Criminal a fim de aplicar a condenação prevista pela prática do delito.

Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime [...];

Neste sentido, também estabelece o art. 38 do Código de Processo Penal.

Perempção: é a perda do direito de dar andamento a Ação Penal, devido a inércia do ofendido ou interessado, ou seja, a não manifestação após intentada a Peça Inicial.

Entretanto, a perempção somente ocorrerá quando se tratar de Ação Penal Privada, uma vez que sendo Ação Penal Privada Subsidiária da Pública, o Ministério Público fará dar andamento ao Processo como parte principal. Assim, de acordo com o que dispõe o art. 42 do Código de Processo Penal o Representante do Ministério Público não poderá desistir da Ação Penal.

Sendo assim, o Código de Processo Penal, prevê em seu art. 60 as hipóteses passíveis de perempção, quando se tratar de Ação Penal Privada:

- I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 (trinta) dias seguidos;
- II – quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir o Processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo ...;
- III – quando o querelante deixar de comparecer sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação...;
- IV – quando sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor;

e) Pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

Renúncia do Direito de Queixa: quando o ofendido não demonstrar interesse em dar andamento ao Processo, significa que ele renunciou o direito de prestar queixa contra o acusado, podendo ocorrer tanto tácita quanto expressamente. Tal hipótese está prevista no Código Penal no art. 104

No que diz respeito a renúncia tácita do direito de prestar queixa, dar-se-á quando o ofendido não praticar atos competentes para fazer processar e julgar o réu.

Perdão do Ofendido: nas Ações Penais Privadas o ofendido dispõe do direito de conceder perdão ao acusado, excluindo a culpabilidade quanto ao delito praticado. Esse direito está tipificado no art. 105 do Código Penal:

f) Pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

O autor do ilícito penal poderá se retratar quanto ao ato praticado, nos casos previstos em Lei. Tais como:

Calúnia e Difamação

- art. 143 / Código Penal: “o querelado que, antes da sentença se retrata cabalmente da Calúnia (art. 138) ou da Difamação (art. 139), fica isento de pena.”

Falso Testemunho ou Falsa Perícia

- art. 342, § 2º / Código Penal: “o fato deixa de ser punível se, antes da sentença no Processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a Verdade

Como identificamos a retratação do suposto acusado, somente poderá ocorrer antes de ser proferida a sentença condenatória de primeiro grau. Assim, não haverá feitos a condenação.

Por outro lado, quando o agente do ato se retratar em casos que não são admitidos em Lei, o juiz deverá aplicar o que dispõe o art. 65, III, “b” do Código Penal, ou seja, entende ser circunstância atenuante.

A retratação feita por um dos agentes do delito, não se estendera aos demais, ou seja, é ato incomunicável.

g) Pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Uma das causas de extinção de punibilidade, esta relacionada ao perdão judicial. Esta hipótese será aplicável ao caso concreto, quando o próprio fato “crime” atingir de tal forma o agente que seja inútil sua condenação.

O perdão judicial será aplicado quando se tratar do crime de homicídio culposo elencado no art. 121, § 5º do Código Penal Brasileiro:

Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária;

Poderá também ser concedido o perdão judicial na Lesão Corporal Culposa, conforme prevê o art. 129, § 8º do referido Código.

Portanto, concedido o perdão ao autor do delito, a sentença não será considerada para efeitos de reincidência, é o que dispõe o art. 120 do Código Penal.

Além das hipóteses nominadas na Lei conforme identificadas acima, existem aquelas que também são passíveis de ordem de Habeas Corpus a fim de fazer cessar a coação ilegal ou impedir que ela venha a ocorrer:

- a) Cárcere Privado;
- b) Quando o juiz competente não for comunicado quando a ocorrência de prisão em flagrante;
- c) Prisão flagrante delito sem a apresentação da respectiva nota de culpa ao acusado;
- d) Ocorrência de Prisão Preventiva sem que haja suporte legal para tanto;

Entretanto, há casos em que o *writ* não é aplicável “não é admissível”, tais como:

- a) Nos casos de punições Militares;
- b) Contra simples instauração de Inquérito Policial;
- c) Na vigência do Estado de Sítio;
- d) Quando não houver ameaça ao direito a liberdade de locomoção do indivíduo;
- e) Se tiver como finalidade o trancamento de inquérito Policial, quando houver crime em tese;
- f) Quando visar o reexame de provas;

V - COMPETÊNCIA

No que tange a competência para conhecer e julgar a ordem de Habeas Corpus, esta regulamentada pela Constituição Federal, pelas normas do Código Processual Penal, pelos Regimentos Internos dos Tribunais como também pelas Leis de Organização Judiciária.

O pedido de Habeas Corpus, em regra, será remetido “impetrado” perante a autoridade judiciária superior aquela que cometeu a coação ilegal, chamada de autoridade coatora.

Por isso, faz-se necessário abranger a competência originaria e principalmente a recursal.

5.1 Competência Originaria

Diz respeito á competência dos Juízes Monocráticos de Primeira Instancia como também dos Colegiados de Segunda Instancia, que exercem seu poder de julgar os litígios que envolvam direitos de ir, vir e ficar, ou seja, direito de liberdade de locomoção.

Neste sentido, a competência originaria será distribuída pelos órgãos superiores aquela que praticou a coação ilegal.

5.1.2 Juiz de Direito (1ª Instancia)

Os Juízes Estaduais de 1ª Instância serão competentes para conhecer e julgar os lítios referentes ao direito de liberdade, quando a coação partir de Autoridade Policial “Delegado de Polícia” ou de Particulares.

Entretanto, a competência do Juiz Estadual cessará se porventura, a ilegalidade for praticada for Autoridade de igual ou superior Jurisdição. Assim, dispões o art. 650, § 1º do Código de Processo Penal

Deste modo, quando a coação ilegal ao direito de liberdade de locomoção for praticada por Juízes Estaduais, caberá ao interessado impetrar ordem de Habeas Corpus a autoridade Judiciária hierarquicamente superior, ou seja, ao Tribunal de Justiça.

5.1.3 Tribunal de Justiça

Ate o ano de 2005 existia o chamado Tribunal de Alçada Criminal, que dispunha de competência para apreciar o *writ*, quando a ilegalidade fosse praticada por Juízes de Primeira Instância ou do Secretario de Estado, conforme estabelece o art. 650, II do Código de Processo Penal.

No entanto, a partir do ano seguinte os Tribunais de Alçada Criminal tiveram seu corpo de Magistrados integrado ao do Tribunal de Justiça, onde conseqüentemente passaram a figurar no rol de Desembargadores do Ilustre Tribunal.

Deste modo, o Tribunal de Justiça passou a ter competência originaria para conhecer e julgar a ordem de Habeas Corpus, quando o processo for de sua competência ou quando a autoridade coatora ou ate mesmo o paciente estiver sujeito a sua jurisdição. Exceto, os processos de competência exclusiva do Tribunal Militar, conforme descreve o art. 74, IV da Constituição do Estado de São Paulo.

Sendo assim, tem-se como autoridades sujeitas a jurisdição do Tribunal de Justiça aquelas descritas no art. 74, inciso I, II :

- a) Vice-Governador;
- b) Secretario de Estado;
- c) Deputados Estaduais;
- d) Procurador-Geral de Justiça;
- e) Procurador-Geral do Estado;
- f) Defensor Publico Geral;
- g) Prefeitos Municipais;
- h) Juiz do Tribunal da Alçada Criminal;
- i) Juiz do Tribunal da Justiça Militar;
- j) Juiz Estadual;
- k) Juiz Auditor da Justiça Militar;
- l) Representantes do Ministério Publico;
- m) Comandante Geral da Policia Militar;
- n) Delegado-Geral da Policia Civil;

Enfim, note-se que a competência originaria do Tribunal de Justiça esta diretamente relacionada a coação ilegal advinda das autoridades sujeitas a sua jurisdição que atente contra a liberdade de locomoção de outrem ou mesmo quando o paciente for qualquer desses tipificados acima.

5.1.4 Superior Tribunal de Justiça

A competência do Superior Tribunal de Justiça esta limitada ao agente que provocar o ato ilegal ou quando aquele que sofrer a coação for alguns dos sujeitos a seguir expostos. Assim descreve o art. 105 da Constituição Federal na alínea “c”.

- a) Governador de Estado;
- b) Governador do Distrito Federal;
- c) Membros dos Tribunais de Contas do Estado;
- d) Membros do Tribunal de Contas do Distrito Federal;
- e) Membros dos Tribunais Estaduais;
- f) Membros dos Tribunais Regionais Federais;
- g) Membros dos Tribunais Regionais Eleitorais;
- h) Membros dos Tribunais Regionais do Trabalho;
- i) Membros do Conselho ou Tribunais de Contas dos Municípios;
- j) Membros do Ministério Público;
- k) Membros da União;
- l) Ministros de Estado;

5.1.5 Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal será órgão competente para apreciar ordem de Habeas Corpus, quando a autoridade coatora ou o próprio paciente for algum dos sujeitos subordinados a sua jurisdição, de acordo com o que disciplina o art. 102, “d” da Constituição Federal.

- a) Presidente da Republica;
- b) Vice-Presidente da Republica;
- c) Membros do Congresso Nacional e seus próprios Ministros;
- d) Procurador-Geral da Republica;
- e) Ministros de Estado;
- f) Membros dos Tribunais Superiores;
- g) Chefes de Missão Diplomática;
- h) Membros dos Tribunais de Contas da União;

5.1.6 Juiz Federal

O Juiz Federal será o órgão competente para apreciar o *writ* quando a autoridade coatora for a Policial Federal.

5.1.7 Tribunal Regional Federal

Será atribuída a competência ao Tribunal Regional Federal quando o paciente sofrer acoação ilegal advinda de ato praticado pelo Juiz Federal subordinado a este.

Conclusão

O bem jurídico liberdade individual de locomoção, é pressuposto que preserva a dignidade da pessoa humana, de modo que o homem livre, poderá dispor de si mesmo e autodeterminar-se.

Deste modo, a preservação da liberdade, se deve a criação de institutos e mecanismos que venham dar efetividade e esse direito.

Nesse contexto, temos que a finalidade do *Habeas Corpus* é a proteção do bem jurídico, que na hipótese em questão, trata-se do direito a liberdade de locomoção. Tal remédio constitucional pode ser invocado quando o homem livre for privado de sua liberdade por ato ilegal ou abuso de poder, praticados pela autoridade coatora. Assim, privando-se ilegalmente a liberdade do indivíduo, a violência estará caracterizada.

Artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito** à vida, à **liberdade**, [...] nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LXI - 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;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVIII - 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;

Todavia, para a sua concessão deve estar caracterizado algum dos pressupostos previstos nos artigos 647 e 648 do Código Processual Penal, bem como não se tratar de prisão em flagrante delito ou crimes de competência militar, conforme estabelece o texto constitucional.

Sendo assim, quando evidenciar-se a ilegalidade, a autoridade competente ira cessá-la, por meio da expedição do Salvo-Conduto quando se tratar de Habeas Corpus Preventivo, ou Alvará de Soltura quando liberatório.

Referências

a) Fontes

INGLATERRA, Magna Charta Libertatum , 1215.

INGLATERRA, Petition Of Rights, 1679

BRASIL, Alvará Real, 1821

BRASIL, Constituição Imperial de 1824

BRASIL, Código Criminal do Império do Brasil, 1830

BRASIL, Código de Processo Penal no ano de 1832

BRASIL, Lei 2.033 de 20 de setembro de 1871

BRASIL, Decreto nº 8118 de 11 de outubro de 1890

BRASIL, Constituição Nacional, 1891.

BRASIL, Constitucional de 1934.

BRASIL, Constituição de 1946.

BRASIL, Constituição de 1967, datada de 1969.

BRASIL, Habeas Corpus no Direito Brasileiro; Aide Editora e Comercio de Livros Ltda/RJ, 1980.

BRASIL, Comentários ao Código de Processo Penal, 3ª edição. Revista dos Tribunais/SP, 1982.

BRASIL, Curso de Direito Penal, Editora Saraiva, 17ª Edição, 1986.

BRASIL, Manual de Direito Processual Civil, Editora Saraiva, 12ª Edição, 1987.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL, Código de processo penal interpretado. 4º edição. ed. Atlas, 1996, SP.

BRASIL. Código penal. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. (Legislação brasileira).

BRASIL, Projeto de Lei nº 4209/2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

BRASIL, Lei 11.719/08. Altera dispositivos do Código de Processo Penal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 160.

b) Livros

SIDOU J.M. Othon, Do Mandado de Segurança, 3ª Ed. Ed RT/SP – 1969

PASSOS, Paulo Roberto da Silva, DO HABEAS CORPUS – COAÇÃO ILEGAL, , 1ª edição, Ed. Edipro, 1991

MENDES Jr. João, O processo criminal brasileiro, 1911, v. 2,

GRINOVER, Ada Pellegrini Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 17/189

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 2º edição. Editora: Atlas, 1997, São Paulo.

FILHO, Vicente Grego. Manual de Direito Penal. Editora: Saraiva, 1991, São Paulo.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini "Código de Processo Penal Interpretado", 7ª ed., 2000, Atlas, v.g.,

ACKEL FILHO, Diomar. Writs Constitucionais: "habeas corpus", mandado de segurança, mandado de injunção, "habeas data". São Paulo: Saraiva, 1988,

NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de Direito Processual Penal, Ed. Saraiva, 1978,

TORNACHI, Helio. B. Curso de Processo Penal , 1ª Ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1980,

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. 2ª. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GIUSTI, Miriam Petri Lima de Jesus. Sumário de Direito Processual Penal. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de Oliveira. Curso de Processo Penal. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal - Vol. II, Campinas-SP: Bookseller, 1998.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo; e FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Resumo de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

c) Periódicos

REVISTAS DOS TRIBUNAIS, 545/438

REVISTAS DOS TRIBUNAIS, 538/461,

REVISTAS DOS TRIBUNAIS, 695/388

d) Textos Extraídos do WWW.

HABEAS CORPUS, Nº 64373 – SP. Disponível no endereço: < <http://www.jusbrasil.com.br> >. Acesso em: dia 28/07/2009 as 9h:20min .

HABEAS CORPUS, Nº 291.229-3/ TJSP irassol 4º C. Crim.. Disponível no endereço: < <http://www.tj.sp.gov.br> >. Acesso em: 09/02/2009 as 11h:00min

HABEAS CORPUS, Nº 8.320 - SP - 6ª T. Disponível no endereço: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 09/02/2009 as 11h:25min .

HABEAS CORPUS, Nº 1157 / RJ. Disponível no endereço: <[http:// www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 09/02/2009 as 11h:47min)

HABEAS CORPUS, Nº 30564-9/217(200704731031). Disponível no endereço: < <http://www.tjgo.jus.br> >. Acesso em: 16/02/2009 as 12h:25min

HABEAS CORPUS, Nº 40327/PR. Disponível no endereço: < [http://:www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br) >. Acesso em: 20/02/2009 as 11h:05min)

RT Nº 603/432. Disponível no endereço: <[http:// www.jusvi.com.br](http://www.jusvi.com.br)>. Acesso em: 12/01/2009 as 15h:05min .

RT N° 574/400.. Disponível no endereço: <[http:// www.tjms.jus.br](http://www.tjms.jus.br). Acesso em: 02/02/2009 as 09h:15min .

RT N° 543/426.. Disponível no endereço: <[http:// www.tex.pro.br](http://www.tex.pro.br)> Acesso em: 16/02/2009 as 08h:10min .

ANEXO

No ano de 2008, ocorreu um dos casos de maior repercussão nacional, do qual houve a impetração de várias ordens de Habeas Corpus em favor do paciente Daniel Dantas, então proprietário do Banco Opportunity, do qual era investigado pela Polícia Federal por meio da Operação denominada Satiagraha, que significa a “busca da verdade”, por suspeita de participação em crimes de lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, evasão de divisas, formação de quadrilha e tráfico de influência para a obtenção de informações privilegiadas em operações financeiras. Crimes estes que também eram praticados contra o Estado.

Após tomar conhecimento por meio de matérias jornalísticas publicadas no jornal Folha de S. Paulo em 26 de abril 2008, que seria investigado pela Polícia Federal pela prática de delitos financeiros, o advogado de defesa do investigado impetrou ordem de Habeas Corpus Preventivo perante o Tribunal Regional Federal pleiteando Salvo – Conduto, de modo a impedir uma suposta prisão do paciente, bem como uma ação de busca e apreensão. Além do mais, a defesa pleiteou o direito a ter acesso aos autos do Inquérito Policial que havia sido instaurado contra o Banqueiro. Entretanto, o pedido fora negado pelo TRF.

Deste modo, não obtendo sucesso na peça anteriormente impetrada na referida Instância, o advogado reiterou o pedido junto ao Superior Tribunal de Justiça. Porém, fora novamente negado pelo ministro Arnaldo Esteves, relator do caso, pois considerou que a notícia jornalística levava a uma mera probabilidade de prisão.

A defesa então impetrou o *writ* perante o Supremo Tribunal Federal que ficou a cargo do Ministro Eros Grau, que optou também pelo seu indeferimento.

Com as investigações realizadas pela PF, ficou devidamente comprovado o envolvimento do Banqueiro nos delitos dos quais ele era suspeito. Deste modo, o acusado mais que rapidamente tratou de querer subornar o Delegado Federal Victor Hugo Rodrigues Alves Ferreira ofertando-lhe na quantia de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) para que o seu nome e o de sua Irma Verônica Dantas fossem excluídos

do inquérito. A tentativa de suborno foi gravada em 19 de junho de 2008, em um restaurante de São Paulo.

Após a conclusão da peça investigativa, ela fora devidamente endereçada a Procuradoria Federal, autora do pedido de prisão dos envolvidos no esquema, apresentou Denúncia perante o Juiz da 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo o Senhor Fausto Martin De Sanctis, pois havia se deparado com indícios suficientes dos crimes financeiros de gestão fraudulenta, operação ilegal de instituição financeira, evasão de divisas e concessão de empréstimos vedados, além de uso indevido de informação privilegiada (insider information), lavagem de dinheiro, corrupção ativa e formação de quadrilha. O Magistrado analisando todas as provas anexadas a Ação Penal determinou a prisão preventiva do Banqueiro Daniel que ocorreu no dia 08 de julho de 2008, bem como dos demais envolvidos.

Desta feita, o advogado de defesa atravessou uma Petição no HC anteriormente apresentado a Excelsa Corte, pedindo não o Salvo – Conduto, mas desta vez que fosse lavrado Alvará de Soltura em favor do paciente. Assim, como o Ministro responsável Eros Grau estava em período de férias naquele momento, o pedido foi analisado e julgado pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, que optou pela concessão da Liminar, da qual colocou em Liberdade Daniel Dantas no dia 10 de julho de 2008, pois considerou que a prisão preventiva dos acusados era desnecessária, já que eles não representavam ameaça às provas colhidas durante a operação. Acontece que no mesmo dia na parte da tarde, o acusado foi preso novamente pela Polícia Federal por meio de uma nova ordem de Prisão expedida pelo Juiz da 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo por tentativa de suborno, fato este que gerou um novo pedido de Habeas Corpus que novamente fora concedido pelo STF.

Após a concessão de duas liminares de Alvará de Soltura em favor de Dantas em menos de 48 (quarenta e oito) horas, o Ministro Relator Gilmar Mendes sofreu diversas críticas da sociedade bem como do Ministro Tarso Genro. Procuradores da República articularam a apresentação, no Senado, de um pedido de impeachment do presidente do STF em razão da sua atuação nos habeas corpus de Dantas.

Alem do mais, no dia 10 de julho de 2008 em que o acusado obteve pela segunda vez o Alvara de Soltura, a Associação dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) divulgou nota, em que manifestou sua indignação em relação à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, de suspender a prisão preventiva do Banqueiro Daniel Dantas. Para a entidade, Mendes agiu em desacordo à jurisprudência, uma vez que as próprias decisões proferidas pelos Tribunais autorizam a prisão preventiva do acusado no caso de prejuízo à instrução criminal. Na nota, a associação também alega que a decisão do presidente do STF desprezou o esforço desenvolvido pela Polícia Federal, pelo Ministério Público Federal e pela Justiça Federal.

A indignação partiu também do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde a Presidente Marli Ferreira, comentou em nota oficial divulgada no dia 11 de julho de 2008, o embate entre o Juiz Federal Fausto Martins de Sanctis e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, sobre a prisão e soltura de Daniel Dantas. Para Marli, os juízes devem "servir com destemor, independência, imparcialidade" e precisam ser entendidos. "(Os juízes) contrariam interesses ao exercer seu mister divino: julgar." (GRIFEI)

Por outro lado, o Ministro desqualificou os argumentos alegados pelo Juiz Federal para justificar a segunda prisão de Dantas e principalmente que o retorno do acusado a carceragem da Polícia Federal, caracterizou-se como uma afronta a decisão do Supremo.

No despacho divulgado no dia 11 de julho de 2008, Mendes afirmou: "O novo encarceramento do paciente revela nítida via oblíqua de desrespeitar a decisão deste Supremo Tribunal Federal. Não é a primeira vez que o Juiz insurge-se contra decisão emanada desta corte." (GRIFEI)

As críticas a atitude do Juiz da 6ª Vara Criminal Federal não pararam por aí, o Ministro disse ainda: "O magistrado não indicou elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade da prisão cautelar, atendo-se, tão-somente, a alusões genéricas." (GRIFEI)

Alem disso, o Ministro da Excelsa Corte acionou o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho da Justiça Federal e a Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a fim de que a conduta do Juiz Federal, fosse investigada.

E quanto ao pedido de impeachment que seria enviado ao Senado por Procuradores Regionais contra Mendes, ele respondeu que não há razão para isso: "Não tem nenhum cabimento." (*GRIFEI*)

Durante o curso da operação o Delagado Protogenes Queiroz que deu inicio as operação no ano de 2004, fora afastado do caso em 14 de julho e passou a ser investigado em duas sindicâncias internas na PF. Assim, o chefe da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros da Polícia Federal de São Paulo, Ricardo Saadi, assumiu o comando das investigações da Operação Satiagraha.

Enfim, no decorrer do Processo Crime instaurado contra o Banqueiro Daniel Dantas a defesa arguiu a Suspeição do Juiz Titular da 6ª Vara Criminal Federal de Sao Paulo o Senhor Fausto Martin De Sanctis, alegando parcialidade e precipitação, afirmando que ele considera-se suspeito e incompetente, para a causa. Porem, o Juiz nao foi afastado do caso por meio da decisao proferida no dia 17 de novembro de 2008 pelo Tribunal Regional Federal.

Ainda no mes de novembro de 2008 a defesa impetrou nova ordem de Habeas Corpus em favor do acusado, desta vez com liminar pleiteando que o Inquerito que estava em curso perante a Justiça Federal fosse bloqueado e principalmente a suspensao da Ação Penal contra o referido paciente. Entretanto, o pedido fora negado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por esta razao, os patronos do paciente impetraram a ordem perante o Supremo Tribunal Federal. No entanto, o ministro Eros Grau negou o pedido, justificando que o Habeas Corpus já havia sido indeferido pelo Superior Tribunal de Justiça. A Súmula 691, do STF, proíbe os ministros de julgarem Habeas Corpus cujo mérito ainda não tenha sido apreciado por tribunal superior.

Conciderando que o processo estava apto a ser sentenciado, no dia 02 de dezembro de 2008 o Juiz Federal proferiu a sentença da qual condenou o banqueiro a 10 (dez) ano de reclusao com regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 229 dias-multa em cada um fixado sobre o montante de 15 salarios minimos, totalizando R\$ 1.425.525,00 (hum milhão, quatrocentos e vinte cinco mil e quinhentos e vinte e cinco reais).