

1.4 O HABEAS-CORPUS

GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA
Procurador de Justiça do Estado de Goiás

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Natureza Jurídica. 3. Trancamento do Processo. 4. Hipóteses de Não-Trancamento do Processo. 5. Habeas Corpus Preventivo e Habeas Corpus Liberatório. 6. Habeas Corpus e a Lei nº 5.941/73. 7. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho ocorreu-nos a propósito de questão formulada quando da realização do último concurso para ingresso no Ministério Público goiano, concurso que, diga-se de passagem, consagraria o período administrativo do Procurador-Geral José Roberto da Paixão, ainda que não ocorrente o apostilamento, resultado da reforma constitucional estadual, e a vitória do pagamento de um terço do vencimento ao Promotor de Justiça que estenda suas funções para além de sua comarca, num total de até três terços, o que lhe asseguraria, com inteira justiça, o vencimento em dobro.

A questão, posta na pergunta "o habeas corpus tranca o processo?" e que é da lavra da banca examinadora de Processo Penal, composta pelos Procuradores de Justiça, Joel de Sant'Anna Braga e Manoel do Nascimento e pelo Promotor de Justiça, Camilo Alves do Nascimento, demanda resposta que se extrapola da que viria do art. 651 do Código de Processo Penal. Pretendemos especificar as diversas posições e resultados, insitos no enunciado genérico, amplo, do conteúdo da norma acima apontada.

A resposta à indagação só é possível através de prévia análise da natureza jurídica do *habeas corpus*, concretizável, pensamos, no exame da concessão da ordem impetrada, segundo os sete incisos do art. 648 do Código de Processo Penal.

NATUREZA JURÍDICA

Assume especial relevo, na resposta à questão formulada, o que inicialmente aludimos com o título do trabalho, o fixar-se a natureza jurídica do instituto do *habeas corpus*.

É recurso ou ação penal?

Para os que, alheios à realidade científica do Processo Penal, emprestam conotações unicamente condenatórias ao conteúdo prestação jurisdicional, inserto na ação penal, a colocação posta, à guisa de provocar discussão, improcederia. Para os que se omitem no questionamento às deficiências técnicas do nosso Código de Processo Penal, igualmente chegariam à improcedência da problemática, dado que o legislador processual penal, como fizera no tratamento da revisão criminal, colocara o *habeas corpus* no título II, sede dos recursos em geral.

É verdade, e ninguém o nega, o reconhecimento da presença de aspectos recursais, no âmbito do *habeas corpus*. O Prof. Romeu Pires de Campos Barros, reiteradamente o afirmara, exemplificando essa face excepcional do instituto com a hipótese do despacho liminar positivo, recebendo a denúncia ou queixa, sucumbência para a qual não prevê o nosso Código de Processo Penal forma impugnativa, como o faz em igual fase procedimental, em relação ao insucesso da pretensão punitiva, no momento de seu ajuizamento, que é o recurso em sentido estrito (art. 581, inc. I, do CPP).

Face à insuficiência recursal, impunha-se o *habeas corpus* como garantia constitucional da amplitude do direito de defesa, dado essencial à integração do contraditório, também garantia constitucional.

O mesmo exemplo oferta-nos o Prof. Tourinho Filho:

“É que, às vezes, o remédio heróico funciona como verdadeira medida destinada à impugnação de uma decisão. Assim, se o Juiz receber a denúncia ou queixa, sem o suporte fático, não havendo, de consequência, justa causa para a instauração do processo, pode o réu impetrar ordem de *habeas corpus*, com fundamento no art. 648, inc. I, do Código de Processo Penal, e tal *remedium juris* exerce o papel de verdadeiro recurso.”

Outro exemplo de função recursal do *remedium juris* estudado, não desvirtuando a excepcionalidade dessa função, é a propriedade do *habeas corpus* em resposta à decisão que venha a rejeitar protesto por novo júri. Irrecorrível tal ofício jurisdicional, através da carta testemunhável, é esse ato da jurisdição, na feliz lição de Tourinho Filho, trazendo à colação o magistério de Frederico Marques, impugnável mediante o uso da ação sumaríssima do *habeas corpus*, pois o protesto por novo júri, recurso de Juiz a quo para Juiz a quo, não poderia comportar a carta testemunhável, cuja destinária é a superior instância, dos recursos denegados ou que tenham seu seguimento ou expedição obstados na instância singela.

O *habeas corpus* é a doutrina que o define, é ação penal, em que pese o traço que a marca: ação penal, cujo objeto único é a tutela da liberdade do réu ou indiciado para que, enfatizando a defesa da liberdade individual, o legislador expressamente confere legitimidade ao Ministério Público, titular da ação penal pública, para exercê-la (art. 654 do CPP).

Malgrado opinião em contrário, esposada pelos dualistas (que combate o Projeto José Frederico Marques), a doutrina processual penal, abeberando-se nas melhores fontes da processualística civil, classifica as ações em: ação de conhecimento, da qual se desgarram as ações condenatória, declaratória e constitutiva; ação cautelar e ação executória.

E o *habeas corpus*, conforme exemplificação a seguir, nos tópicos concernentes ao trancamento e ao não-trancamento do processo, ação como é, pois o atesta seu distanciamento dos caracteres individualizadores das atividades recursais, qualquer que seja sua variedade conhecida só não dá conteúdo à ação penal condenatória. Vemo-lo a instrumentalizar a ação cautelar, a ação constitutiva e a ação declaratória, variação explicada pela tutela jurisdicional invocada, como veremos a seguir.

TRANCAMENTO DO PROCESSO

O art. 651 do Código de Processo Penal reza:

A concessão do *habeas corpus* não obstará, nem porá termo ao processo, desde que este não esteja em conflito com os fundamentos daquele.

É um enunciado geral o que contém a norma transcrita. O presente trabalho, no entanto, vai um pouco além, estudando hipótese por hipótese das ações de *habeas corpus*, tranquem ou não o processo.

Vejamos, inicialmente, a incidência do remédio heróico, quando põe fim ao processo. Ocorre o trancamento do processo, concedida a ordem impetrada, isto na dependência da natureza da ação que o **habeas corpus** assuma. Pelo mesmo fundamento, a medida liberatória deixa de opor entraves ao curso da relação processual.

A prestação jurisdicional, invocada pela via sumaríssima da ação de **habeas corpus**, traduz-se em trancamento do processo, na cessação do fluir da instância, quando aquela apresentar-se como ação constitutiva ou declaratória, posto que destinada a atingir a relação jurídica, anteriormente constituída, em virtude da verificação da existência de causa extintiva de punibilidade ou da ausência de suporte fático, apto a sustentar o desenvolvimento processual da *persecutio criminis* ou a falta de legítimo interesse para agir e, finalmente, declarar inexistente a relação jurídico-material.

O art. 648, incisos VI (processo manifestamente nulo) e VII (extinção da punibilidade), do Código de Processo Penal, exemplifica casos de ação penal constitutiva, verdadeira rescisória, como acentuam Tourinho Filho e José Frederico Marques, entre os nomes ilustres da ciência processual brasileira. Todavia, o **habeas corpus**, como nítida ação penal que é, nos termos do inciso VI, supracitado, não tranca o processo. Embora anulado o processo findo, sobre o qual incida os efeitos da coisa julgada, tem-se, aí, o desfazimento da relação que, entretanto, poderá renovar-se, dependente da perempção ou decadência.

Feita a ressalva, a conclusão é de que o **habeas corpus**, quando ação penal constitutiva, tranca o processo, impedindo o desenrolar do procedimento instrutório, como no exemplo que nos traz a "Revista Interamericana de Processo Penal", volume 10, págs. 143/144, em **habeas corpus** impetrado pelo Prof. Angelito Asmus Aiquele, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A ordem foi concedida nos termos do pedido, visto a queixa-crime ser inepta e, em conseqüência, extinta restara a punibilidade.

Ação declaratória, que ainda o é, o **habeas corpus** tranca o processo, posto que a tutela jurisdicional, que ali se invoca, é a declaração de inexistência de uma relação jurídico-material, preservando-se o *jus libertatis* do cidadão contra o qual fora instaurada a instância penal. É o que ocorre na *abolitio criminis* por ausência absoluta de condições de procedibilidade, como ensina José Frederico Marques.

A persecução penal não se instaura ou, instaurada, o processo tem seu curso paralisado, em face da declaração de inexistência do *jus puniendi* estatal.

HIPÓTESES DE NÃO-TRANCAMENTO DO PROCESSO

Conforme mencionado, o *habeas corpus* tem, na sua concessão, a consequência de estancar a ação penal ou, na maioria dos casos, visa a coibir abusos que não interferem, porém, no encerramento da relação processual.

Quando ação cautelar, o *habeas corpus* não tranca o processo. A concessão da ordem impetrada dirige-se no sentido de medidas tendentes a acautelar o *jus libertatis* do cidadão. Assume, assim, características de contracautela.

Nos termos da prescrição dos incisos II, III, IV e V do art. 648 do Código de Processo Penal, o *habeas corpus* é uma verdadeira ação penal cautelar, preleciona Tourinho Filho. Diferente não é o magistério de José Frederico Marques.

Ação cautelar, ainda o writ, quando a impetração formular-se em virtude de processo manifestamente nulo (art. 648, inc. VI, do CPP), mas em pleno fluir da instância, assumindo, entretanto, aspectos constitutivos, se transitada em julgado a decisão impugnada.

A ausência de justa causa, no modelo do inc. I do art. 648 do CPP, pode caracterizar a situação autorizadora de uma pretensão cautelar, toda vez, por exemplo, que o constrangimento, reputado ilegal, provenha de prisão preventiva, desatento seu decreto aos pressupostos catalogados no art. 312 do CPP. O mesmo se diga do *habeas corpus*, posto contra prisão em flagrante, se o auto que a formaliza afasta-se da orientação dos arts. 302 e seguintes do Código de Processo Penal. A pretensão libertária deduzida, embora acolhida, incidindo conseqüentemente na prestação jurisdicional reconhecedora do direito à liberdade do paciente, apresenta-se, no entanto, incapaz de impedir o evoluir do processo, através de seus atos procedimentais.

A justa causa, como observa Sérgio Demoro Hamilton, fundado em Frederico Marques, no item nº 1, funciona como norma genérica ou de encerramento, porquanto toda coação antijurídica que não se enquadre nos demais itens do art. 648, será subsumível no preceito amplo que fala em justa causa.

A revogação da prisão preventiva por obra de *habeas corpus* pode emprestar a este colorido constitutivo, produzindo o trancamento da ação penal porventura em curso contra o paciente, desde que o provimento cautelar combatido ressinta da total ausência de seus fundamentos. Nenhuma prova da autoria, ainda que indiciária, e do fato típico, objeto da imputação.

A posição adotada encontra respaldo doutrinário no excelente trabalho já mencionado (pág. 92) do Prof. Sérgio Demoro Hamilton: "Com efeito, aos poucos, a jurisprudência de nossos tribunais desvinculou-se das origens do conceito passando a tratar do tema de forma mais ampla atingindo, já agora, o mérito da ação penal". Revogando-se decreto de prisão preventiva via de *habeas corpus*, por faltar-lhe suportes factuais, a toda evidência, a instância será atingida.

HABEAS CORPUS PREVENTIVO E HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO

Quanto à finalidade, o *habeas corpus* apresenta-se sob as modalidades de liberatório e preventivo. Na primeira, a postulação é a cessação do constrangimento ilegal; pela segunda, em que a coação contra a lei é iminente, o ofício jurisdicional procurado está na cessação da ameaça de constrangimento.

Ambas as modalidades de *habeas corpus*, distintos, graças à finalidade que as informa, podem trancar ou não o processo, dependente da natureza jurídica das mesmas.

O indiciado ou réu preso, em virtude de flagrante lavrado ou de prisão preventiva decretada, obtida a ordem liberatória, pode não ver seu processo trancado, se o fundamento da pretensão vitoriosa é de natureza cautelar ou mesmo constitutiva, mas segundo os exemplos re-tromencionados, como o do processo manifestamente nulo, com trânsito em julgado.

A concessão da ordem, por outro lado, o acusado em liberdade vem a desvinculá-lo do ônus do processo, caso a cessação da ameaça de constrangimento argüida prender-se à justa causa, como ocorreria com a acusação carente, vazia de tipicidade, ou na ausência do legítimo interesse, calcado este sobre a inexistência até de indícios de autoria, por exemplo.

Assim, no trancamento do processo, através do remédio heróico do *habeas corpus*, é indiferente a finalidade imediata da medida. Em qualquer das formas aludidas, o trancamento pode vir, como pode não acontecer.

DO HABEAS CORPUS E A LEI Nº 5.941/73

Aqui não vamos nos estender sobre a natureza jurídica do instituto do *habeas corpus*, como fizemos em trabalho já bastante divulgado

(“O Habeas Corpus Tranca o Processo”, *Justitia* — 102/83 e *Revista Interamericana de Direito Processual Penal* — 11/68). Focalizaremos o *habeas corpus* segundo sua função como instrumento formal de realização do processo, destinado a alcançar a liberdade provisória, em momento anterior à formação da coisa julgada. Aliás, o recurso impediria esse efeito da sentença condenatória.

Os pedidos de *habeas corpus* que, sem exagero, inundam os Pretórios de nosso País e cujo ato jurisdicional de conhecimento é pacífico, atestam em favor da tese do direito processual subjetivo do acusado à liberdade provisória, em face da Lei nº 5.941/73, pois aos pretendentes, como em outras oportunidades já examinadas, exigem-se a primariedade e os bons antecedentes, como requisitos postos por lei. Nada mais.

Não é, assim, uma faculdade judicial. Aliás, é bom que o repita, dentro do sistema do livre convencimento, em que vivemos (art. 157 do CPP: “o Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”), não há como falar-se em faculdade judicial, que melhor se ajustaria ao sistema da íntima convicção. É até arrematado contra-senso mencionar tal faculdade, quando nossa lei processual penal é copiosa em exigência de motivação.

No *habeas corpus*, pugnando-se pela vitória da pretensão cautelar, consistente na liberdade provisória para o paciente (arts. 408, § 2º, e 594 do CPP), tem-se ação penal, assumindo aspecto eminentemente cautelar, embora fundado o pedido na falta de justa causa (art. 648, I, do CPP). É que o *habeas corpus*, estribado na falta de justa causa, pode, igualmente, configurar-se como providência cautelar, desde que não tenha por fim a cessação da instância, mas, apenas, a de alguma coação ou ameaça de coação, apesar de injustamente contra o réu, é o magnífico magistério do Prof. José Frederico Marques (“Elementos de Direito Processual Penal”, 4º vol, pág. 390). Se o réu é primário e desfruta de bons antecedentes e, mesmo assim, não lhe reconhecem o direito à liberdade provisória, está o mesmo, a toda evidência, como diria Tourinho Filho, sofrendo constrangimento ilegal, sanável através do HC.

Instaura-se, através do *habeas corpus* ajuizado, autêntico litígio cautelar, cuja solução só virá com a concessão ou negação da pretendida liberdade processual, negativa ou sucumbência, no pleito cautelar, que só poderia escudar-se na comprovada ausência de um, ao menos, dos requisitos legais: primariedade e bons antecedentes do acusado. Não satisfeitos os pressupostos, proclama-se vencedor do pleito

cautelar o Estado-Administração, com a conseqüente imposição da potestas coercendi estatal, em detrimento do *ius libertatis* do cidadão.

A pretensão libertária, consubstanciada nos arts. 408, § 2º, e 594 do CPP, com as alterações vindas da Lei nº 5.941/73, enseja a formação de um processo cautelar, através do *habeas corpus*, fundado na falta de justa causa, a exemplo do que ocorre com a prisão preventiva e a prisão em flagrante. Frederico Marques (ob. cit., nota 7) enriquece a exposição: “É o que se dá, *v. gratia*, com a prisão preventiva sem apoio na prova ou prisão em flagrante nula. E, ainda, quando injusta a prisão (retro, nºs. 922 e 934)”. Os exemplos do mestre paulista são de processo cautelar, alicerçado na falta de justa causa.

Assim o *habeas corpus*, como instrumento formal de consecução da liberdade provisória em estudo, é ação cautelar, que se apóia na ausência de justa causa, traduzindo-se esta na prisão ou iminência de prisão de alguém que, pronunciado ou condenado, é primário e tem bons antecedentes.

Alguns exemplos dos Tribunais, mas casos isolados, limitariam o âmbito de incidência do *habeas corpus* como instrumento de consecução da liberdade provisória.

Nosso Tribunal de Justiça, por sua 1ª Câmara Criminal, Rel. o eminente Des. Fausto Xavier de Rezende, assim decidiu:

“Se o Juiz, ao prolatar o decreto de prisão preventiva, mencionou os motivos que o levaram a essa decisão, o decreto está suficientemente fundamentado. Decidir se o paciente é primário e de bons antecedentes, trata-se de matéria de fato, que não pode ser ventilada em HC (DJG de 23-5-77, pág. 7).

Prevalente esse critério, teríamos que somente através dos recursos ordinários seria executível o conhecimento e provimento desses pedidos cautelares.

A propósito do emprego do *habeas corpus* como instrumento de realização da pretensão cautelar nos limites da Lei nº 5.941/73, não poderíamos dar por encerrado o tópico sem a lição do sempre lembrado Min. Cordeiro Guerra, em diversos acórdãos, manifestando-se um defensor da faculdade judicial, na qual fica assinalada a posição oposta:

“Legítima é a decretação da prisão por ocasião da pronúncia, quando o Juiz fundamenta os motivos por que não exerceu a faculdade que lhe assegura o § 2º do art. 408 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº

5.941 de 1973" (RHC — 56.484-A, "Revista dos Tribunais", 520/501).

Como assinalado já fizemos em outras passagens, se se fala em motivação, fundamentação ("fundamenta os motivos", como se disse), está afastada a tão decantada discricionariedade, consubstanciada em aparente faculdade.

CONCLUSÕES

Ao término da exposição na qual evidenciado ficara a natureza jurídica do *habeas corpus*, realçando-se seu caráter de ação penal e, só excepcionalmente, tomando feição recursal, podemos concluir:

1. O *habeas corpus* tranca a ação penal, quando concedido por falta de justa causa, desde que esta não dê conteúdo à ação penal cautelar.

A ação penal, na hipótese veiculada através de *habeas corpus*, é constitutiva, assumindo, nos exemplos dos incisos VI e VII do art. 648 do CPP, característica de ação rescisória.

2. Ação declaratória, o *habeas corpus* põe fim à pretensão acusatória quando sobre o fundamento desta, a *causa petendi*, incida a *abolitio criminis*, ou o Juízo da atipicidade absoluta.

3. Não impede, porém, o livre curso da relação processual, se ação cautelar, prevista no artigo 648, incisos II e V, do CPP, assim como na concessão da ordem com base no inc. I do mesmo artigo, de que resultar revogação da prisão preventiva ou a anulação do flagrante, com a conseqüente soltura do paciente.

Ainda que ação constitutiva, destinada a anular o processo manifestamente nulo (art. 648, inc. VI, do CPP), todavia, com trânsito em julgado, o resultado da prestação jurisdicional invocada não dispõe de semelhante elastério.