

GARANTISMO: O HABEAS CORPUS SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL.

DIRCEU LOPES COSTA¹

RESUMO

O tema ora apresentado refere-se ao Garantismo, enfocando-se o habeas corpus sob a ótica do garantismo penal, uma garantia processual que assegura o direito de locomoção do ser humano através do princípio da legalidade. O estudo a ser analisado tem por objetivo estudar a importância do Habeas Corpus sob a ótica do garantismo penal, no contexto do Estado Constitucional de Direito. O garantismo é uma antítese entre a liberdade do homem em face do Poder do Estado e tem o intuito de proteger os direitos fundamentais. O termo Estado de Direito pode ser empregado como garantismo, pois significa um Estado Legal regulado por leis, através do princípio da Legalidade. A palavra Habeas Corpus significa ‘tenhas o corpo’ e sua origem vem do Direito Romano com o objetivo de tutelar a liberdade de locomoção do indivíduo e não pode ser suprimido por emenda constitucional, pois é uma cláusula pétrea e se refere a uma ação sumaríssima e constitucional de caráter penal que exige prova pré-constituída e não se utiliza para o reexame de fato controvertido ou que demande dilação probatória. Enfatizando, diga-se de passagem, o habeas corpus, gloriosamente, estendeu seus braços para amparar os seres humanos contra as arbitrariedades do poder do Estado, através do garantismo.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo. Habeas Corpus. Constituição. Princípio da Legalidade.

ABSTRACT

The theme presented here refers to the Guaranteeism, focusing on the habeas corpus from the viewpoint of penal guaranteeism, a procedural guarantee that ensures the right to locomotion of human beings by the principle of legality. The study to be analyzed has as objective to study the importance of Habeas Corpus under the optics of the penal guaranteeism, in the context of Constitutional Rule of Law. The Guaranteeism is an antithesis between the freedom of man in the face of the Power of the State and has the purpose of protecting the

¹ O AUTOR é acadêmico de Direito do 10º período da UNP/RN. E-MAIL: dirceulopes46@hotmail.com

fundamental rights. The term Rule of Law can be employed as guaranteeism because it means a Legal State governed by laws, through the principle of legality. The word "Habeas Corpus means "you may have the body" and its origin comes from the Roman Law with the aim of safeguarding the freedom of locomotion of an individual and cannot be deleted by constitutional amendment, because it is a clause petraea and refers to an action summarily tried and constitutional criminal that requires proof pre-formed and not used for the review of fact controversial or that demande extensions evidential value. Emphasizing, let it be said in passing, the habeas corpus, gloriously, stretched out his arms to sustain the humans against the arbitrariness of the power of the State, through the criticism.

KEY WORDS: Guaranteeism. Habeas Corpus. Constitution. Principle of legality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o intuito de apresentar o Garantismo e terá por objeto o instituto do habeas corpus sob a ótica do garantismo penal, com suas implicações jurídicas e sociais, bem como as controvérsias existentes acerca do assunto, considerando-se de que o garantismo é um direito, privilégio e isenção que a Constituição da República Federativa do Brasil confere aos seus cidadãos ou aos seres humanos sob a ótica do Habeas Corpus, garantias dos chamados direitos de primeira geração que, conforme a doutrina de Alexandre de Moraes², retomando o pensamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo, “compreendem as liberdades negativas, realçando o princípio da Liberdade”.

Observa-se, também, as questões principais pertinentes do estudo em análise, quais sejam: expor de modo sucinto a ‘origem’ do garantismo e o contexto histórico do habeas corpus; apresentar o writ como garantia de proteção do ser humano; os princípios relacionados ao garantismo e ao habeas corpus, assim como o nexos causal entre o garantismo penal em face do habeas corpus.

Sendo assim, expõe-se de modo sucinto a ‘origem’ do garantismo e o contexto histórico do habeas corpus; assim, apresenta-se este remédio constitucional como garantia de proteção do ser humano, através de suas espécies e mostrar o nexos causal entre o habeas corpus com o garantismo penal.

² STF- Pleno- MS nº 22.164/SP- Rel. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção 1, 17 de Nov. 1995 (apud MORAES, 2007, p. 25)

Do ponto de vista jurídico, a pesquisa será feita à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, assim como os princípios e artigos presentes na Carta Constituinte de 1988 que darão embasamento à proteção da liberdade do ser humano como garantia fundamental, tais como o princípio da legalidade, inserido no art. 5º, XXXIX e XL da Constituição Federal c/c o Código Penal, art. 1º e o princípio da supremacia da Constituição.

O estudo em análise visa estudar a importância do Habeas Corpus sob a ótica do garantismo penal, com o escopo de assegurar a supremacia da Carta Magna de 1988, tendo por base os ideais de primeira geração de que todo o ser humano tem direito em relação ao poder do Estado.

O habeas corpus é a tutela jurisdicional específica, que significa direito e garantias fundamentais, assim, é uma cláusula pétrea, irreduzível e não pode ser suprimido por emenda constitucional. Trata-se de uma garantia processual que visa proteger a liberdade do ser humano diante do abuso do Estado, por isso o remédio em questão é uma garantia irreduzível e não pode ser modificado, pois fere o texto constitucional.

2. O GARANTISMO & SUA ORIGEM

A origem do Garantismo não se identifica através de um momento histórico específico no ordenamento jurídico, com sua posição enciclopédica, pelo contrário, o termo garantismo foi criado, idealizado pelo jurista italiano *Luigi Ferrajoli*, na obra *Direito e Razão*, publicada em 1989 na Itália, traduzida para o espanhol em 1995 e a primeira edição lançada no Brasil em 2002; o próprio autor alertou que a teoria do garantismo ainda é obra inacabada, em artigo publicado no Brasil.

O garantismo é uma antítese entre a liberdade do homem em face do Poder do Estado e busca fundamentos nas normas existentes no Estado Democrático de Direito.

Como expõe o próprio idealizador, Ferrajoli³, em sua obra *Direito & Razão*, se expressa:

[...] a teoria do garantismo deriva do campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas políticas e jurídicas, que o têm jogado numa mesma vala, ocultado e alimentado, quase sempre em nome da defesa do Estado de direito e do ordenamento democrático.

A referida teoria, como expôs o próprio autor, teve seu nascedouro na esfera penal contrariando o desenvolvimento crescente de diversidades, culturas políticas e jurídicas que

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito & Razão**. 3ª ed. rev. São Paulo: RT dos Tribunais LTDA, 2010.

restringiam o direito de liberdade do cidadão, quase sempre em nome da defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático. Com o passar do tempo, o garantismo se desenvolveu como garantia processual, dando a condição de liberdade ao ser humano.

O garantismo é um modelo normativo ideal do Estado de Direito, conforme expõe Ferrajoli⁴:

[...] no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Em suma, constata-se de que o garantismo apresenta 03 (três) planos de suma importância, sendo: o estudo crítico dos princípios, hipóteses e resultado das ciências que se caracteriza como um sistema de poder mínimo; o plano político que tem a técnica de subestimar a violência e sobreestimar a liberdade, enquanto que o plano jurídico engloba um sistema vinculado à punição do Estado garantindo, assim, os direitos dos cidadãos.

Assim, entende-se de que o modelo ideal do Estado de Direito em relação à área penal (garantias relativas às penas e garantias relativas aos delitos), atende, também, aos princípios constitucionais (garantias relativas ao processo). Entre estes princípios, identifica-se o princípio da Legalidade.

É importante analisar a visão de Ferrajoli⁵ em relação ao Direito Penal mínimo:

[...] o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a “verdade formal”, inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o *princípio in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma

⁴ (Idem, ibidem, p. 786)

⁵ (Idem, ibidem, p. 102)

discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros.

Entende-se de que o direito penal mínimo não corresponde somente ao grau máximo de proteção às liberdades dos cidadãos, diante do parecer punitivo, todavia, leva-se em consideração o ideal de racionalidade e de certeza, excluindo-se, assim, de fato, a responsabilidade penal em face das incertezas e indeterminações conjecturadas.

A respeito da citação acima, salienta-se de que há um vínculo entre garantismo e racionalismo. Face ao racionalismo o direito penal é racional e correto quando suas intervenções são previsíveis e somente àquelas motivadas por argumentos que levam à verdade formal.

A limitação do direito penal mínimo em face da certeza e da razão tem o critério do princípio do ‘favor-rei’, isto é, que não apenas permite, mas exige intervenções revestidas de poder e valores que excluam ou atenuem responsabilidades cada vez que existir incerteza quanto aos pressupostos e conhecimentos da pena.

A respeito da lei penal, Ferrajoli⁶ se expressa da seguinte forma:

[...] O direito penal mínimo é uma técnica de tutela dos direitos fundamentais, o objetivo geral do direito penal, pode ser identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade. [...] A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através de sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam. [...] A lei penal se justifica enquanto lei do mais fraco. É sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a “necessidade política” do direito penal enquanto instrumento *de tutela dos direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições.

O direito penal mínimo, também, chamado de garantismo, para Ferrajoli, tem o intuito de proteger os direitos fundamentais, assim o objetivo deste direito é a redução da violência social, que, geralmente, é consequência do uso das próprias razões, portanto, o direito penal mínimo coíbe essa dupla violência, sendo assim, o garantismo visa defender a liberdade do ser humano em face da arbitrariedade do poder punitivo do Estado, porém, as duas finalidades preventivas existem: uma para prevenção dos delitos e a outra para prevenção das penas arbitrárias, visto que não se justifica ofender com os delitos e nem com as punições.

⁶ (Idem, ibidem, p. 311-312)

O garantismo como modelo de direito penal mínimo, tem a função de minimizar a violência, tanto privada quanto pública, assim, a função garantista do direito em geral consiste na minimização do poder absoluto, ou seja, dos poderes privados os quais se manifestam no uso da força física e nas formas de opressão familiar, de domínio econômico e de abuso interpessoal e, também, dos poderes públicos, os quais se manifestam nos arbítrios políticos, nos abusos policiais e administrativos.

Em relação à função garantista do direito, consiste na limitação dos poderes e no aumento da liberdade, assim, a liberdade depende das leis e estas liberdades são destinadas à convivência.

O termo Estado de Direito, empregado por Ferrajoli⁷, significa sinônimo de garantismo que:

[...] Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado Legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público- legislativo, judiciário e administrativo- está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio de incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfações dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.

Este termo, Estado de Direito, significa não meramente um Estado Legal, regulado por leis. Porém, um Estado oriundo das modernas constituições e firmado da seguinte maneira: formalmente, pelo princípio da legalidade como assim o é todo poder público (legislativo, judiciário e administrativo), portanto está subordinado às leis gerais e abstratas; substancialmente, do ponto de vista funcional de todos os poderes do Estado, à garantia de proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos através da colocação limitadora em sua constituição com vistas legais de não ferir os direitos de liberdade e das obrigações que satisfazem os direitos sociais, bem como do direito dos cidadãos de recorrerem à tutela judiciária.

A norma fundamental que dá embasamento a todas as outras normas inferiores pode ser chamada de ordenamento, esta norma pode ser considerada garantista, conforme preleciona Rogério Greco, retomando o pensamento de Norberto Bobbio⁸:

⁷ (Idem, ibidem, p. 790)

[...] as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais a cima, chega-se a uma norma suprema, qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias providências um conjunto unitário que pode ser chamado de ordenamento.

Existem normas no ordenamento jurídico, classificadas em superiores e inferiores, estas dependem daquelas. As normas superiores, fala-se aqui da Constituição Federal como norma fundamental, que é a unidade do ordenamento jurídico, pois esta norma impera sobre todas às outras normas espalhadas.

Busca-se o Garantismo nas normas contidas no Estado Constitucional de Direito como vínculos e regras racionais impostos a todos os poderes na tutela da liberdade dos seres humanos.

Segundo preleciona Rogério Greco⁹:

[...] a magistratura, segundo a concepção garantista de Ferrajoli, exerce papel fundamental, principalmente no que diz respeito ao critério de interpretação da Lei conforme a constituição. O juiz não é mero aplicador da lei, mero executor da vontade do legislador ordinário. Antes de tudo, é o guardião de nossos direitos fundamentais. Ante a contrariedade da norma com a constituição, deverá o magistrado, sempre, optar por esta última, fonte verdadeira de validade da primeira.

A magistratura exercerá papel preponderante diante da CRFB, desta forma o papel do magistrado é interpretar a Lei conforme a Constituição, pois é o Juiz o guardião dos direitos fundamentais do ser humano. Havendo controvérsia da norma jurídica com a Carta Magna o magistrado deixará prevalecer esta última por ser hierarquicamente superior à primeira.

Segundo Rogério Greco¹⁰ retomando as palavras de Luigi Ferrajoli, vai dizer que:

[...] a sujeição do juiz à lei já não é, como o velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que fosse seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a constituição. E no modelo constitucional garantista a validade já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência de seus significados com a constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valorização do juiz. Disso se segue que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger

⁸ BOBBIO, 1982 (apud GRECO, 2007, p. 10)

⁹ (Idem, ibidem, p. 11)

¹⁰FERRAJOLI, 2000 (apud GRECO, 2007, p. 11)

os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos pelas mesmas.

Neste ponto de vista, o garantismo tem por objetivo defender a coerência e a plenitude como ideais do direito válido diante das normas superiores na Constituição, estabelecidas como direitos fundamentais. Interpretar judicialmente a Lei é sempre um juízo sobre a própria Lei, assim, o Juiz tem a responsabilidade de colher os únicos significados compatíveis com as normas constitucionais substanciais e, também, com os direitos fundamentais pelas próprias normas constitucionais.

Sob o enfoque da teoria em questão, deve ser tratada por direitos fundamentais, assim é necessário trazer a ideia de Peña Freire, em sua tese de doutorado, *La Garantía en el Estado Constitucional del Derecho*, através de Adriano de Bortoli¹¹, que menciona:

[...] de que a Constituição é a norma que orienta o Estado e o Direito frente à sociedade, por isso pode ser denominada de primeira instituição garantista dos sistemas políticos atuais. [...] Assim, tanto os direitos fundamentais quanto os direitos subjetivos e os interesses legítimos são analisados enquanto garantias da manutenção da posição central da pessoa no direito e frente ao Estado e enquanto instituições ou instrumentos que vão permitir que o sistema jurídico e a atuação dos poderes públicos estejam abertos a todo momento às exigências e expectativas que se formulam *ex parte populi*.

Desta forma, a CRFB é considerada garantista através dos direitos e garantias fundamentais, em respeito à manutenção da posição central do cidadão em sua liberdade diante do poder do Estado e do Direito, poderes estes que são norteados pela Constituição. O sistema jurídico e a atuação dos poderes públicos estão disponíveis, isto é, de portas abertas às exigências e expectativas que se formulam, por ventura, ao povo.

Segundo Bortoli¹² outra característica que revela o teor crítico do garantismo em relação ao positivismo jurídico dogmático “é a tarefa incumbida ao jurista garantista de denunciar as antinomias e lacunas do ordenamento mediante juízos de invalidez das normas inferiores e superiores”.

Em face disto, é dever do jurista garantista denunciar as normas que não estão em consonância com a Constituição, normas estas que ferem o ordenamento pátrio.

¹¹FREIRE, 2007 (apud BORTOLI, Adriano de. **Garantismo Jurídico, Estado Constitucional de Direito e Administração Pública**. Disponível em: <<http://virtual.cesusc.edu.br/.../direito/.../Garantismo-estado-de-direito-adm-publica-Prof.-Adriano-de-Bortoli.pdf>>, acessado em 05.03.2011)

¹²BORTOLI, Adriano de. **Garantismo Jurídico, Estado Constitucional de Direito e Administração Pública**. Disponível em: <[http:// virtual. cesusc.edu.br/.../direito/.../Garantismo-estado-de-direito-adm-publica-Prof.-Adriano-de-Bortoli.pdf](http://virtual.cesusc.edu.br/.../direito/.../Garantismo-estado-de-direito-adm-publica-Prof.-Adriano-de-Bortoli.pdf)> acessado em 05.03.2011.

Visto que a teoria em comento, proposta por Ferrajoli pode ser analisada como direitos fundamentais, direitos de defesa do ser humano, é importante enunciar a visão de Alexandre de Moraes, retomando o pensamento de Canotilho¹³, quanto a estes direitos estabelecidos como fundamentais:

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Direitos estes, tidos como fundamentais, que todo ser humano tem, assegurados por normas, convenções e tratados internacionais, em face do poder autoritário do Estado que venha restringir a liberdade do homem, diante de um plano jurídico subjectivo e jurídico objetivo. Porém o plano jurídico objetivo é uma norma de competência negativa para os poderes públicos, proibindo a sua influência na esfera jurídica individual, em contrapartida o plano jurídico subjectivo tem o poder de exercer os direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos, evitando agressões lesivas por parte dos referidos.

Os direitos fundamentais do homem através do princípio da liberdade, conforme menciona Alexandre de Moraes¹⁴, retomando o pensamento do egrégio Min. Celso de Melo do STF “enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade (...)”.

Significa que este direito de liberdade, assegurado na CRFB, é um direito fundamental, que serve de amparo para todos os seres humanos, desde a época da Revolução Francesa proposta por Montesquieu.

Conforme este pensamento colabora Adriano de Bortoli retomando o pensamento Guastiani¹⁵:

¹³CANOTILHO, 1994 (apud MORAES, 2007, p. 25)

¹⁴ STF – Pleno – MS nº22. 164/SP – Re. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995 (apud MORAES, 2007, p. 26)

¹⁵ GUASTINI, Ricardo. I fondamenti teorici e filosofici Del Darantismo. In: GIANFORMAGGIO, Letícia. Le Ragioni Del Garantismo. Torino: Grappichelli, 1993 (apud BORTOLI, Adriano de. **Garantismo Jurídico, Estado Constitucional de Direito e Administração Pública**. Disponível em: <<http://virtual.cesusc.edu.br/.../direito/.../Garantismo-estado-de-direito-adm-publica-Prof.-Adriano-de-Bortoli.pdf>>, acessado em 05.03.2011)

[...] Il sostantivo "Garantismo" margine di "sicurezza" e designa gli sostentamento, sostegno, riparazione, la difesa, la tutela di qualcosa. Il lessico politico, quando si parla di sicurezza, e garantismo, significa-indicare i mezzi di comunicazione, sostiene, riparazioni, difese, le parti interessate che permettono l'accesso ad una specifica e questo specifico è costituito dalle posizioni dei singoli individui nella società politica, o, per le libertà individuali. [...]Libertà Individuali che prendono il nome del garantismo sono difese, le parti interessate, il sostegno carattere giuridico, sono quindi gli strumenti con cui il diritto assicura un numero di libertà individuali che sono sistemato, definiti o imposto dalla legge. [...]Una organizzazione giuridica: t'dice-se garantista quando comprendono le strutture e istituzioni in grado di mantenere, offrire protezione, difendere e tutelare alcune delle libertà individuali ben definiti. Un giurista dice-se garantista quando diretto le loro attività volte ad incrementare o dell'efficacia delle strutture e strumenti offerti dalla organizzazione giuridica di proteggere, difendere, etc, le libertà individuali.¹⁶

Desta forma, conforme citação acima, o garantismo, significa privilégios e isenções que o ser humano tem, ou seja, é uma tutela de proteção de um bem específico, qual seja a liberdade individual, por exemplo. Em se falando de política, garantia e garantismo entende-se como apoio, defesa, escora, proteções que possibilitam a um bem específico constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política. Intitula-se como garantista o jurista que norteia suas atividades para o aumento e desempenho dos alicerces e das ferramentas oferecidas pela organização jurídica para proteger, assegurar, tutelar, etc, as liberdades individuais.

É importante mencionar o pensamento de Ferrajoli¹⁷, a respeito da principal garantia processual:

[...] nessa clássica formulação, o princípio já exprime mais ou menos explicitamente três fundamentais garantias: a) o habeas corpus, ou seja, a imunidade do cidadão contra as restrições arbitrárias de sua liberdade pessoal e, mais em geral, contra punições ou intervenções autoritárias lesivas aos seus direitos; b) a reserva de jurisdição em matéria penal, isto é, confiar a investigação e a repressão dos delitos somente ao "juízo legal" de um sujeito imparcial e independente, c) a presunção de inocência, por força da qual sem um "juízo legal" e antes de sua conclusão nenhum homem pode ser tratado ou punido como um culpado.

¹⁶ O substantivo 'Garantismo' deriva de 'garantia' e designa o sustento, o suporte, o reparo, a defesa, a tutela de alguma coisa. No léxico político, quando se fala de garantia, e de garantismo, entende-se indicar os suportes, apoios, reparos, defesas, tutelas que possibilitam o acesso a um bem específico e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, ou seja, pelas liberdades individuais. Uma outra limitação quanto ao significado do termo provém da nossa tradição lingüística e política: as garantias [...] das liberdades individuais que tomam o nome de garantismo são defesas, tutelas, apoios de caráter jurídico, são portanto os instrumentos com os quais o Direito assegura um certo número de liberdades individuais que são sistematizados, definidos ou instituídos pelo próprio Direito. [...] Uma organização jurídica diz-se garantista quando inclui estruturas e instituições aptas a manter, oferecer proteção, defender e tutelar algumas liberdades individuais bem definidas. Um jurista diz-se garantista quando dirige suas atividades para o aumento ou eficácia das estruturas e dos instrumentos oferecidos pela organização jurídica para tutelar, defender, etc, as liberdades individuais

¹⁷ (FERRAJOLI, 2010, p. 496)

Assim, a principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras, conforme a citação acima é a da submissão à jurisdição, a primeira enunciação deste princípio se encontra no parágrafo 39 da Magna Charta de 1215, que assevera sobre o habeas corpus, a reserva de jurisdição em matéria penal e a presunção de inocência.

O garantismo assegura três garantias fundamentais, assim formuladas: o habeas corpus, que ampara o cidadão contra as restrições arbitrárias de sua liberdade e o ampara contra as punições autoritárias que ferem os seus direitos; garantia em matéria penal, busca-se a reserva de jurisdição, confiando-se na investigação e a repressão dos crimes somente ao juízo legal, imparcial e independente; nenhum homem pode ser punido como um culpado, isto é, condenado por presunção de inocência, sem um juízo legal.

É importante observar a lição de Dantas¹⁸, a respeito das garantias fundamentais:

[...] os direitos fundamentais genéricos, por serem garantidos, a todas as pessoas, sem possibilidade de exclusão injustificada de parcelas da sociedade. São por outro lado, extrapatrimoniais, uma vez que não tem natureza econômica imediata, são também irrenunciáveis, já que seu titular não os pode renunciar de maneira alguma.

Em face disto, todas as pessoas são legitimadas de proteção e liberdade individual, quando se refere aos direitos fundamentais genéricos e estes direitos são irrenunciáveis, portanto, diante da CRFB, estes direitos são cláusulas pétreas.

Assevera também, o referido autor¹⁹ assevera:

[...] que os direitos fundamentais são intransmissíveis, por não transmitirem com a morte do titular, são tidos, ademais, por imprescritíveis, em razão de não haver prazo para o seu exercício, são por fim indisponíveis, uma vez que não podem ser alienados.

Em suma se entende que estes direitos de liberdade de primeira geração são intransmissíveis, pois cabe somente à pessoa na sua individualidade, são imprescritíveis, pois não requer prazo para o seu exercício e por não poderem ser cedidos são por fim indisponíveis.

Ressalte-se, dizer, de que as garantias se interpretam nos direitos do cidadão em cobrar dos poderes públicos a tutela de seus direitos, assim, estas garantias constitucionais se dividem em geral, ou seja, aquelas por meio dos princípios e preceitos constitucionais e pelas

¹⁸ (DANTAS, 2010, p. 298)

¹⁹(Idem, ibidem, p. 298)

garantias específicas, que instrumentalizam o exercício dos direitos pelo conteúdo e pela materialidade das primeiras.

A liberdade do homem deve ser expandida ao máximo, através de uma lei anterior, de uma lei escrita (expulsar o costume), de uma lei estrita (vedar a analogia incriminadora) e de uma lei certa (de fácil entendimento) pelo princípio da taxatividade, diante do princípio da Legalidade, uma garantia do ser humano e a função da teoria em questão é restringir o mínimo o poder estatal, a partir de leis, as mesmas leis já mencionadas e pelo brocado “nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimen”.

O Garantismo é de grande importância, como cláusula pétrea que é, pois como sinônimo de Constituição organiza o Estado e limita o poder estatal, por meio de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, gerando muitas consequências jurídicas e sociais que contribuem para um maior aprimoramento da ciência jurídica.

2.2 O CONTEXTO HISTÓRICO DO HABEAS CORPUS

Ao falar da origem do Habeas Corpus é necessário antes enunciar o significado deste remédio constitucional de caráter penal, que conforme preleciona Temer²⁰: “Toma (literalmente: tome no subjuntivo, habeas, de habeo, habere, ter, exhibir, tomar, trazer etc.) o corpo deste detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso”.

Desta forma, o significado do termo Habeas Corpus, significa ‘tenhas o corpo’.

Observa-se o conceito de Habeas Corpus conforme alguns doutrinadores prelecionam²¹:

[...] 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, Alexandre).²²

[...] O habeas corpus protege um direito líquido e certo: a liberdade de locomoção. (TEMER, Michel).²³

Assim, entende-se por Habeas Corpus como uma garantia individual ao direito de locomoção do ser humano, pode ser entendido, também, como direito líquido e certo ou por uma ordem judicial a fim de cessar a coação do coator.

²⁰(TEMER, 2008, p. 202)

²¹TRENTIN, Beatriz. Resumo de Direito Processual Penal- Habeas Corpus. Disponível em: <http://intervox.nce.ufjf.br/.../pp-Processual_Penal_H.Corporus_Trentin.doc>, acessado em: 07/03/2011.

²²MORAES, 1997 (apud TRENTIN, Beatriz. Resumo de Direito Processual Penal- Habeas Corpus. Disponível em: <http://intervox.nce.ufjf.br/.../pp-Processual_Penal_H.Corporus_Trentin.doc>, acessado em: 07/03/2011)

²³TEMER, 1997 (apud TRENTIN, Beatriz. Resumo de Direito Processual Penal- Habeas Corpus. Disponível em: <http://intervox.nce.ufjf.br/.../pp-Processual_Penal_H.Corporus_Trentin.doc>, acessado em: 07/03/2011)

O habeas corpus pode ser considerado como uma garantia processual de liberdade, que já existe há vários séculos.

É importante observar a lição de Trentin²⁴, quanto à data mais remota da origem deste remédio heróico:

[...] é datada do direito romano, garantia ao povo romano a liberdade de se locomover. Os *habeas corpus* ressurgiram destinados a proteger a liberdade, no reinado de Henrique II (1133 -1189), na Inglaterra, porém o *habeas corpus*, a princípio só ampararia os barões e nobres, sem extensão aos homens comuns.

O habeas corpus é uma proteção do ser humano, que teve início no Direito Romano, para proteger a liberdade de seu povo e mais tarde ressuscitou na Inglaterra, porém só amparava os barões e nobres.

É importante observar o entendimento de Siqueira Júnior²⁵, que diz: “[...] O interdito era a ordem que o pretor dava para apresentar o cidadão livre de qualquer constrangimento, com o intuito de verificar a legalidade da prisão”.²⁶

Entende-se, da citação acima, de que o interdito do direito romano garantia o direito de locomoção.

Quanto à ideia, do habeas corpus se originado no direito romano, Alexandre de Moraes²⁷ preleciona a respeito do assunto:

[...] o instituto do habeas corpus tem sua origem remota no Direito romano, pelo qual todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo*.

Na época do direito romano, o habeas corpus era usado como medida de proteção para todo cidadão, através do *interdictum de libero homine exhibendo*.

Muitos doutrinadores entendem que este remédio heróico, de natureza constitucional ou garantista, teve sua origem datada em 1215, no direito inglês, a partir da primeira constituição histórica, *a Carta do Rei João Sem Terra*, imposta pelos barões.

É necessário observar a ideia do professor Alexandre de Moraes²⁸, em relação à Magna Carta de 1215:

²⁴TRENTIN, Beatriz. Resumo de Direito Processual Penal- Habeas Corpus. Disponível em: <http://intervox.nce.ufrrj.br/.../pp-Processual_Penal_H.Corporus_Trentin.doc>, acessado em: 07/03/2011.

²⁵(JUNIOR SIQUEIRA, 2009, p. 315)

²⁶“O *interdictum de homine libero exhibendo*, ou *hominis libero exhibendo*, ou ainda *interdictum de liberis exhibendis*.”

²⁷(MORAES, 2007, p. 118)

²⁸Idem, *ibidem*, p. 118.

[...] a Magna Carta, em seu capítulo XXIX, onde, por pressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215, nos campos de Runnymede, na Inglaterra. Por fim, outros autores apontam a origem do habeas corpus no reinado de Carlos II, sendo editada a *Petition of Rights*, que culminou com o Habeas Corpus Act de 1679. Mas a configuração plena do Habeas Corpus não havia, ainda, terminado, pois até então somente era utilizado quando se tratasse de pessoa acusada de crime, não sendo utilizável em outras hipóteses. Em 1816, o novo Habeas Corpus Act inglês ampliou o campo de atuação e incidência do instituto, para colher a defesa rápida e eficaz da liberdade individual.

Assim, existe divergência quanto à origem do habeas corpus em face da Magna Carta de 1215, outorgada pelo Rei João Sem Terra, porém posiciona-se diante do momento histórico de 1679, o habeas corpus act, pois, foi a partir do mesmo que ampliou o campo de atuação da liberdade individual dos seres humanos.

As arbitrariedades levaram o povo inglês a clamar por efetivas garantias pessoais. Em 1679, foi editado o Habeas Corpus Act que, estabeleceu regramento procedimental do remédio jurídico. Esta lei significou um grande passo para a liberdade, chegando a ser chamada de “Segunda Magna Carta”. Segundo Foppel e Santana²⁹, retomando o pensamento de Pontes de Miranda que prelecionam:

[...] os seus princípios já estavam nos pactos dos barões de 1215; e o próprio nome habeas corpus já era usado havia séculos. Mas os direitos firmam-se quando têm garantias e o velho sistema processual do século XIII não lhes dava.

O habeas corpus é garantia de liberdade para o ser humano, mas perante a Carta Magna de 1215, esta garantia era observada de forma restrita, por causa do pacto dos barões, que tomavam para si a proteção do habeas corpus.

O habeas corpus Act de 1816 veio corrigir tais falhas, passando a tutelar também a pessoa presa ou detida por motivos diversos da acusação criminal.

Com a declaração de direitos da Carta Magna de 1215, a prisão injusta foi proibida e determinou que as pessoas livres só fossem julgadas por seus pares, segundo as leis do país, a partir desse momento o princípio do devido processo legal se originou, assim como a luta pela liberdade, ainda de forma restrita.

A respeito da Magna Carta de 1215, é importante observar o entendimento de Michel Temer³⁰:

²⁹ Idem, ibidem, p. 97

³⁰ (TEMER, 2008, p. 202)

[...] A Magna Charta Libertatum, outorgada por João Sem Terra, em 15.06.1215, por força das constantes pressões dos nobres e do clero, norteou os princípios fundamentais do habeas corpus. Diz o seu art. 48: “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.

Em face da citação acima, salienta-se de que a Magna Carta de 1215, foi outorgada por pressão dos barões, dos nobres e clero, não para o povo em geral, portanto, a partir da manifestação destes grupos de pessoas deu-se o habeas corpus de forma restrita em sua liberdade.

A primeira notícia do habeas corpus no Brasil, no período pré-colonial, foi através do decreto de 23 de maio de 1821, conforme salienta Siqueira Júnior³¹ retomando o pensamento de Pontes de Miranda, este instituto previa:

[...] 1º. Que desde sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do Juiz ou magistrado criminal de território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente. 2º Que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada.

Entende-se pela citação acima, que o habeas corpus foi uma inovação trazida pelo decreto de 1821, assegurou às pessoas livres a segurança da liberdade, e só poderia ser presa por ordem do Juiz ou magistrado criminal, salvo para os casos de flagrante delito.

Após 1821, foi promulgada a primeira constituição do império datada em 1824, que não trouxe o instituto do habeas corpus, no rol do art. 179, incisos VIII, IX e X³², que conforme elucida Siqueira Junior³³, ficava:

[...] o disposto acerca da prisão antes da culpa formada não compreende as ordenações militares, estabelecidas como necessárias à disciplina e recrutamento do exército, nem os casos que não são puramente criminais, e em que a lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo.

³¹ MIRANDA, 1990, (apud FOPPEL; SANTANA. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.), 2009, p. 34)

³² “Art. 179, VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; 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 e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta a extensão do território, o juiz, por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as. IX – Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a lei a admite, e em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto. X – À execução do flagrante delito, a prisão não pode 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.

³³ (SIQUEIRA JUNIOR, 2009, p.319)

Entende-se a respeito da primeira constituição do império, que esta não trouxe o instituto do habeas corpus, mas compreendia que a lei determinava a prisão de alguma pessoa por desobedecer à justiça.

A constituição do império não fez menção ao Habeas Corpus, mas vedou qualquer hipótese de prisão arbitrária embora reconhecesse o direito, cuja tutela sempre se prestou, porém, o Código Criminal de 1832, trouxe o mandado de Habeas Corpus, com o nome de liberatório, no art. 340, com a seguinte redação: “Todo cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de – Habeas-corpus – em seu favor.”³⁴

É importante observar, que foi a partir do código criminal acima mencionado, que o habeas corpus surgiu no Brasil da época, com a denominação de liberatório.

Após 1832, foi promulgada em 1871, a Lei nº 2.033, em seu artigo 18, § 1º, que modificou o Código Criminal do Império, fazendo surgir o habeas corpus preventivo, cabível quando o indivíduo estivesse na iminência de sofrer violência ou constrangimento ao seu direito de liberdade; através desta Lei, verifica-se a existência de duas espécies de Habeas Corpus: o liberatório (quando a lesão ao direito de locomoção já se concretizou), desde 1832 e o preventivo (quando há ameaça e este direito). E ampliou ao assegurar a impetração de Habeas Corpus para os estrangeiros.

Em relação ao Habeas Corpus, na constituição do império, a assertiva de Foppel e Santana³⁵, retomando o pensamento de Pontes de Miranda, sobre o assunto é bem resumida:

[...] a) A constituição do Império, na esteira do Decreto de 23 de maio de 1821, deu-nos o direito subjetivo constitucional à liberdade. b) O Código Criminal, arts. 183-188, aludiu ao Habeas Corpus, que se não regulou desde logo; mas os arts. 183-188 foram, evidentemente, o foco criador do instituto: digamos, da pretensão. Pensamos mesmo que os juízes não podiam negá-lo, em 1831, isto é, poderia ter sido provocada a criação jurisprudencial da ação e do remédio. Não no foi. c) O Código de Processo Criminal criou o remédio jurídico processual com o nome de Habeas Corpus.

Em suma, ao se interpretar a citação acima, do insigne mestre Pontes de Miranda, a constituição do império diante do decreto de 1821, trouxe a liberdade e a partir do código criminal de 1832 trouxe o habeas corpus, que o código de processo criminal reforçou essa segurança jurídica para as pessoas.

³⁴ PIERANGELI, 1983, (apud SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton, 2009, p. 318)

³⁵ MIRANDA, 1990, (apud FOPPEL; SANTANA. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.), 2009, p.35)

Observa-se, com o advento da República em 1889, foi necessária uma nova Constituição, que se originou em 1891, onde consagrou o instituto do Habeas Corpus, que até então de natureza processual, passou a integrar o texto constitucional no artigo 72, §22, com os seguintes dizeres: “Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

Assim, com base na citação acima, o habeas corpus assegurou ao indivíduo a proteção, sempre que este achasse em iminente perigo de sofrer violência por ilegalidade ou abuso de poder.

O texto constitucional de 1891 mencionava somente o direito de liberdade e contemplavam o habeas corpus liberatório e preventivo.

Segundo Siqueira Júnior³⁶, retomando o pensamento de Rui Barbosa a respeito do texto de 1891, viesse a interpretar o instituto do Habeas Corpus, através da proteção dos direitos pessoais e não somente da liberdade física, entendia o insigne mestre: que “o remédio heróico era o meio para tutelar a violência a qualquer tipo de liberdade, não só de ir e vir, e não violência a doutras liberdades”.

Da interpretação de Rui Barbosa, entende-se de que o habeas corpus visava tutelar qualquer tipo de liberdade. Entretanto a interpretação que prevaleceu no ordenamento jurídico da época foi a de Pedro Lessa, então Min. do STF e de Pontes de Miranda, ambos entendiam que o Habeas Corpus, era o remédio que tutela não só qualquer violência ao direito de ir e vir, mas também todos os demais decorrentes dessa garantia.

A partir dos entendimentos de Pedro Lessa e de Pontes de Miranda, surgiu a chamada ‘Teoria brasileira do habeas corpus’, criada a partir da primeira carta republicana, congregava as mencionadas proposições de extensão da aplicação do remédio constitucional.

O texto constitucional de 1891 mencionava somente o direito de liberdade e contemplavam o habeas corpus liberatório e preventivo.

Segundo Siqueira Júnior³⁷, retomando o pensamento de Rui Barbosa a respeito do texto de 1891, viesse a interpretar o instituto do Habeas Corpus, através da proteção dos direitos pessoais e não somente da liberdade física, entendia o insigne mestre: que “o remédio heróico era o meio para tutelar a violência a qualquer tipo de liberdade, não só de ir e vir, e não violência a doutras liberdades”.

Da interpretação de Rui Barbosa, entende-se de que o habeas corpus visava tutelar qualquer tipo de liberdade. Entretanto a interpretação que prevaleceu no ordenamento jurídico

³⁶ (SIQUEIRA JUNIOR, 2009, p. 320)

³⁷ (SIQUEIRA JUNIOR, 2009, p. 320)

da época foi a de Pedro Lessa, então Min. do STF e de Pontes de Miranda, ambos entendiam que o Habeas Corpus, era o remédio que tutela não só qualquer violência ao direito de ir e vir, mas também todos os demais decorrentes dessa garantia.

É importante que se observe a citação do Min. do STF, Gilmar Mendes³⁸, acerca do habeas corpus: “A partir de 1926 o instituto do habeas corpus teve seu âmbito de proteção reduzido, ficando vedada à sua proteção para proteção de outros direitos que não a liberdade de ir e vir”.

Assim, se entende diante da citação do Min. Gilmar Mendes, que foi a partir da reforma de 1926, o mandado em análise teve sua proteção reduzida no âmbito da proteção a outros direitos.

Através da reforma constitucional de 1926, se extinguiu a possibilidade de interpretação que marcou a doutrina brasileira do habeas corpus.

Diante desta reforma, pode-se observar que o habeas corpus foi primordial, pois a partir desse instituto, assim, segundo Foppel e Santana³⁹, retomando o pensamento de Napolini, foi projetada para a Constituição de 1934 a criação do Mandado de Segurança, como “herdeiro direto do heróico remédio, mas exclusivo para a proteção de direitos líquidos e certos não amparados por Habeas Corpus, esse sim, a partir da constituição de 1934, restrito ao direito de ir e vir”.

Assim, se interpreta desta citação, que do Habeas Corpus se originou o Mandado de Segurança, mas que tem como finalidade a proteção de direitos líquidos e certos não amparados pelo mandado em estudo.

Em 1937, sob a égide de uma constituição outorgada por Getúlio Vargas, então Presidente do Brasil, trouxe o instituto do Habeas Corpus, em seu artigo 122, XVI, que conforme o professor Pedro Lenza⁴⁰ tinha a seguinte redação: “Dar-se-á Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

Assim, perante a constituição outorgada por Getúlio Vargas, em 1937, o habeas corpus foi vedado nos casos de punição disciplinar.

A respeito da Carta Magna de 1946, salienta-se a volta da palavra “locomoção”, ao mencionar no seu texto da época, mas houve um acréscimo no que diz respeito nas transgressões disciplinares, não cabendo habeas corpus, porém, em algumas hipóteses,

³⁸(BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 566)

³⁹NASPOLINI, apud (FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). 2009. p. 36)

⁴⁰(LENZA, 2009, p. 807)

excepcionalmente, era cabível o habeas corpus, mesmo nas punições disciplinares, conforme rezava o art. 141, §23 da referida Carta, nos dizeres de Pedro Lenza⁴¹, que assevera: “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 cabe o habeas corpus.”

Já na Constituição de 1967, em seu art. 150, §20 e pela EC nº 1 de 1969, no art. 153, §20, manteve a redação do art. 141,§23 da constituição de 46⁴². Assim, a única restrição ao cabimento do habeas corpus foi estabelecida pelo Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 1968, que suspendeu a garantia nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional e social, assim contra a economia popular.

A respeito do AI-5, observa-se a redação do art. 10 com a seguinte redação: “Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”.

Em suma, se entende que durante o regime militar, o habeas corpus uma garantia trazida desde o código criminal de 1832 no Brasil, foi retirada ilegalmente pelo AI-5.

A Constituição atual, promulgada em 05 de outubro de 1988, estabelece o habeas corpus, como remédio constitucional, em seu art. 5º, LXVIII, com a seguinte redação: “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.”

Hoje, o habeas corpus é uma garantia processual, cabível a todos os seres humanos que venham sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, porém, ainda, existem vedações a este remédio heróico, quando se refere às transgressões disciplinares, no Código de Processo Penal Militar.

A teoria do Garantismo, idealizada pelo jurista italiano Ferrajoli, que trata dos direitos e garantias individuais, inseridos no Título II, capítulo I, em seu artigo 5º da CRFB, mais precisamente no inciso LXVIII (Habeas Corpus), tem o intuito de proteger a liberdade do Ser Humano.

2.3 O HABEAS CORPUS COMO GARANTIA DO SER HUMANO

⁴¹ (Idem, ibidem, p. 807)

⁴² “CF/46, art.141,§23: 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 cabe o habeas corpus.”

Em relação ao estudo do presente capítulo, enuncia-se de que o habeas corpus tem como significado “corpo livre, corpo solto, corpo aberto”⁴³ ou ainda “ordem de libertação”⁴⁴.

O remédio constitucional em análise é uma garantia processual, inserido na Carta Constituinte de 1988, tipificado no artigo 5º, inciso LXVIII, título II, capítulo I⁴⁵ e a partir do artigo 647 do Código de Processo Penal Brasileiro, título II, Capítulo X, relativo aos recursos em geral, porém, não se trata de recurso e sim de uma ação constitucional de caráter penal.

O referido remédio tem o intuito de tutelar à liberdade de locomoção, o direito de ir, vir e ficar, portanto, é uma cláusula pétrea irredutível e não pode ser suprimido por emenda constitucional.

Utiliza-se o Habeas Corpus diante do surgimento ou possibilidade iminente de lesão, em face de qualquer ser humano que venha sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção; assim, destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva do Poder Público à sua liberdade de ir, vir e permanecer.

A respeito da liberdade de locomoção, enuncia-se, na doutrina de Branco, Coelho e Mendes, de que a jurisprudência do Pretório Excelso⁴⁶ é dominante em relação ao habeas corpus, com a finalidade de que “não terá seguimento o habeas corpus que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente”.

Diante da interpretação acima, do egrégio Supremo Tribunal Federal, constata-se de que o habeas corpus é o meio adequado para proteger tão somente o direito de ir e vir do cidadão em face de violência, coação e abuso de poder da autoridade coatora.

Afere-se de que o habeas corpus é uma tutela jurisdicional específica e, que significa direito e garantias fundamentais, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Assim, o objetivo do habeas corpus é tutelar a liberdade do indivíduo.

Em relação à natureza jurídica do habeas corpus tipificado no rol de garantias processuais, entende-se de que trata de ação sumaríssima, pois exige prova pré-constituída.

Conforme a doutrina de Carvalho é pacífica a jurisprudência do Pretório Excelso⁴⁷, a respeito do assunto:

⁴³ RANGEL, 2001, (apud ALENCAR; TÁVORA, 2009, p. 896)

⁴⁴ MIRABETE, 2003, (apud ALENCAR; TÁVORA, 2009, p. 896)

⁴⁵ CF, art. 5º, 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.”

⁴⁶ HC 84.816, Rel. Carlos Veloso, 2ª Turma, unânime, DJ de 6-5-2005; HC 84.420, Rel. Carlos Veloso, 2ª Turma, unânime, DJ de 27-8-2004; HC AgR 84.326, Rel. Ellen Gracie 2ª Turma, unânime, DJ de 1º-10-2004; HC 83.263, Rel. Nelson Jobin, 2ª Turma, unânime, DJ de 16-4-2004, Rel. Ilmar Galvão, 1ª Turma, unânime, DJ de 18-12-98 (apud BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 567)

⁴⁷ STF, HC 69.780, Rel. Min. Celso de Melo, DJ, 17.2.2005. (apud CARVALHO, 2009, p. 855)

[...] a ação de habeas corpus constitui remédio processual inadequado, quando ajuizada com o objetivo de promover a análise da prova penal, de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, de provocar a reapreciação da matéria de fato e de proceder à revalorização dos elementos instrutórios, coligidos no processo penal de conhecimento.

Em face da citação acima, entende-se de que o remédio em questão é incabível na incidência de causa excludente de culpabilidade, decisão condenatória à pena de multa, e não pode ser convertida em pena de prisão ou a processo em curso por infração penal.

Face ao tópico ora em análise, observam-se as possibilidades de cabimento da ação de Habeas Corpus quando houver ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo poder estatal, diante da liberdade de locomoção do ser humano, conforme tipificado no dispositivo 648 do Código de Processo Penal Brasileiro⁴⁸ preleciona situações de coação ilegal à liberdade de locomoção, que podem resultar em possibilidades de impetrar o habeas corpus, conforme se observa no artigo abaixo:

“CPP, art. 648: A coação considerar-se-á ilegal: I- quando não houver justa causa; II- quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III- quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV- quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V- quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI- quando o processo for manifestamente nulo; VII- quando extinta a punibilidade.”

Dentro da atual Carta Magna, encontram-se, duas espécies de writ tipificado no artigo 5º, LXVIII da CRFB, quais sejam: habeas corpus liberatório e preventivo, todavia a doutrina elenca outras variantes de habeas corpus importantes, a saber, quais sejam: habeas corpus suspensivo, de ofício e trancativo.

Na ação constitucional de habeas corpus existem três pessoas processuais que podem impetrar o instituto em questão, quais sejam: o impetrante, o paciente e o impetrado.

Assim, o impetrado se identifica através de autoridade coatora, responsável pela coação ilegal ou abusiva como arbitrário à liberdade de locomoção, pode ser autoridade pública⁴⁹ ou particular⁵⁰; já o paciente é a pessoa em favor de quem o writ é ajuizado, é quem sofre o constrangimento e pode coincidir na mesma pessoa do impetrante, vale dizer, qualquer

⁴⁸ (SARAIVA. Vade Mecum, 2010, p. 667)

⁴⁹ Delegados de Polícia, Juízes, Promotores de Justiça, Tribunais a quo e ad quem, etc.

⁵⁰ Hospitais, Clínicas, etc.

pessoa física ou jurídica⁵¹, nacional ou estrangeira, capaz ou incapaz, em benefício próprio ou de terceiros⁵² e não se exige capacidade de estar em juízo, nem capacidade postulatória.

Igualmente, a presença do advogado para peticionar o remédio em questão não é obrigatória. Conforme estabelece a redação do artigo 654 do CPP e pelo artigo 1º, §1º da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB):

“Lei 8.906/94, art. 1º: São atividades privativas de advocacia: §1º- Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal. (...) CPP, art. 654: O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”.

Assim, ao interpretar os dispositivos acima, entende-se de que para impetrar o habeas corpus perante a autoridade coatora, não se exige representação de advogado, podendo, assim, qualquer ser humano impetrar o mandado em questão, em favor de outrem ou do parquet.

A respeito da legitimidade ativa do habeas corpus, entende-se ampla, desta forma, “Qualquer pessoa seja física ou jurídica, ciente da violação à liberdade de locomoção de alguém”⁵³, em seu favor ou de outrem, pode impetrar o writ, seja o estrangeiro, ainda que não residente no Brasil, o absolutamente incapaz e o analfabeto, desde que assinado por outra pessoa, ao seu consentimento. Conforme prelecionam Alencar e Távora⁵⁴, ambos em sua doutrina.

Entende-se de que o juiz declara a ilegalidade da prisão e concede ordem de habeas corpus sem que haja necessidade de propositura prévia, ou na hipótese de cidadão, seja em benefício próprio ou de terceiro. Faz-se valer, assim, a redação do artigo 654, § 2º da Lei Infraconstitucional: “Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

Analisa-se, também, de que em casos de dúvida sobre o real interesse do paciente cabe ao relator determinar a sua intimação para que se manifeste sobre o pedido do writ, assim, preleciona o regimento interno do Pretório Excelso, em seu artigo 192, parágrafo único, com a seguinte redação: “Não se conhecerá de pedido desautorizado pelo paciente”.⁵⁵

⁵¹ Pessoa Jurídica não pode figurar como paciente em Habeas corpus, nem mesmo nos crimes ambientais, salvo em favor de pessoas naturais.

⁵² O Ministério Público pode impetrar o habeas corpus.

⁵³ (ALENCAR; TÁVORA, 2009, p. 903)

⁵⁴ (ALENCAR; TÁVORA, op. cit., p. 903)

⁵⁵ (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 576)

O Código de Processo Penal, em seu artigo 654, traz as hipóteses de legitimidade do Ministério Público, seja pelos membros deste órgão ministerial, para impetrar o habeas corpus. Cabe a este órgão acusador (o Parquet⁵⁶) atuar no processo penal como fiscal da lei e proteger o direito de liberdade.

Assim, um membro do Ministério Público que atue no primeiro grau de jurisdição poderá impetrar o habeas corpus em sua comarca e diretamente perante o Tribunal, de acordo com o advento da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público que verificou expressamente esta possibilidade.

Em relação à legitimidade passiva do impetrado observa-se de que recai sobre a pessoa responsável pelo ato ilegal, violador e lesivo à liberdade de ir e vir da pessoa física ou natural, normalmente um delegado, magistrado, Tribunal ou membro do Parquet.

Analisa-se, também, a hipótese de concessão de liminar em sede de habeas corpus preventivo, liberatório ou repressivo, desde que estejam presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, que indiquem, também, a existência de ilegalidade ou constrangimento ilegal, conforme a redação do artigo 660,§2º do Código de Processo Penal: “Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que esse cesse imediatamente o constrangimento.”

A respeito da competência do habeas corpus enuncia-se, em relação ao órgão competente, de que a apreciação da proposta ação será determinada em face do impetrado. A Constituição Federal, assim como as Constituições de cada Estado, até os regimentos internos dos Tribunais prevêm situações à competência de Tribunais superiores a serem estudadas no referido tópico.

Observa-se de que os órgãos de jurisdição têm competência para o julgamento do writ, que se define em conformidade com a qualidade da pessoa responsável pela ilegalidade ou pelo impetrante que sofre lesão ou ameaça de lesão à sua liberdade de locomoção. A competência para o processamento desta ação constitucional de caráter penal orienta-se por critérios de territorialidade, de hierarquia e prerrogativas de foro.

Ao enunciar o rito processual do remédio constitucional, observa-se de que trata de rito sumário. O writ tem prioridade de julgamento em relação às outras ações, menciona, assim, o artigo 664 da Lei Infraconstitucional (CPP), com a seguinte redação: “recebidas as informações, ou dispensadas, o habeas corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.”

⁵⁶ Ministério Público.

Observa-se de que a lei nº 8.038/90⁵⁷ estabelece o procedimento dos processos de Competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nos artigos 30 a 32⁵⁸. Quando se trata do writ, se faz remissão diretamente ao rito sumário, observando, assim, a redação do artigo 656, caput, do CPP⁵⁹.

O pedido de habeas corpus, portanto, deve ser formulado por escrito e em língua portuguesa e não precisa de formalidades para fazer a petição inicial do remédio em questão e deve trazer os requisitos do artigo 654, §1º do CPP, quais sejam:

[...] O nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça; a declaração da espécie de constrangimento, ou em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor; a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

Em suma, observa-se de que a exordial seja instruída com documentos capazes de demonstrar a ilegalidade do constrangimento ilegal, é o que se chama de prova pré-constituída, assim, caso o impetrante não apresente prova de ilegalidade da coação ilegal, há possibilidades de indeferimento do writ.

Analisa-se de que após a impetração do habeas corpus no juízo competente, o representante do Ministério Público deve ser ouvido, no prazo de 02 (dois) dias para a manifestação, ressalte-se que esse procedimento só é previsto para o processamento de habeas corpus nos tribunais.

4- A RELAÇÃO E OS PRINCIPAIS PRINCÍPIOS EXISTENTES ENTRE O GARANTISMO PENAL E O HABEAS CORPUS.

4.1 – PRINCÍPIOS: DA LEGALIDADE.

Enuncia-se no presente capítulo, o Princípio da Legalidade, um dos princípios mais importantes e pertinentes da relação existente entre o garantismo penal e o habeas corpus, uma vez que este princípio é o cerne, a viga mestra de sustentação do garantismo; a teoria em

⁵⁷ (SARAIVA. Vade Mecum, 2010, p. 1429)

⁵⁸ Lei 8038/90, art. 30: O recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, das decisões denegatórias de habeas corpus, proferidas pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais dos Estados e do Distrito Federal, será interposto no prazo de 05 (cinco) dias, com as razões do pedido de reforma; art. 31: Distribuído o recurso, a secretaria, imediatamente, fará os autos com vistas ao Ministério Público, pelo prazo de 02 (dois) dias. Parágrafo único- Conclusos os autos ao Relator, este submeterá o feito a julgamento independentemente de pauta; art. 32: Será aplicado, no que couber, ao processo e julgamento do recurso, o disposto com relação ao pedido originário de habeas corpus.

⁵⁹ CPP, art. 656: Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

questão idealizada por Ferrajoli se divide em três, quais: garantias relativas aos delitos, garantias relativas às penas e garantias relativas ao processo.

O princípio em análise está intimamente ligado ao garantismo e ao Estado Democrático de Direito através das Constituições rígidas, pois conforme visto neste trabalho, no capítulo II, o princípio da legalidade é sinônimo de Lei, nascido com as modernas Constituições, portanto, observa-se de que ele foi criado para retirar o poder absoluto das mãos do poder do Estado, exigindo-se desta maneira que todos os cidadãos fiquem sujeitos à lei.

O garantismo diante do princípio da legalidade se adéqua às constituições rígidas, àquelas que somente podem ser modificadas por meio de emendas constitucionais, assim como, matérias que poderão ser objeto de modificação, através de controle de constitucionalidade das leis e da interpretação conforme a Constituição. Diante desse entendimento, preleciona Rogério Greco⁶⁰ retomando o pensamento de Moraes:

[...] A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequada à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.

Assim, conforme citação acima, se entende que a supremacia das normas constitucionais no direito brasileiro e a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos propostos pelo poder estatal, ordenam que a interpretação do direito seja sempre adequada à carta constituinte, portanto, em caso de normas com interpretações diferentes, busca-se aquela que estiver mais ligada à Constituição, evitando, assim, casos de inconstitucionalidade.

Observa-se, também, o posicionamento de Bonavides acerca do princípio da legalidade, através da doutrina de Rogério Greco⁶¹:

[...] O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade

⁶⁰ MORAES, 2001, (apud GRECO, 2007, p. 94)

⁶¹ BONAVIDES, 1994, (apud GRECO, 2007, p. 93)

pessoal soberana ou se reputa legibus solutus e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Diante da citação acima, se interpreta que o princípio em questão nasceu com o objetivo de trazer regras para o ordenamento jurídico que fosse obedecido na sociedade humana e restringir diante deste princípio algumas ilegalidades cometidas por parte do poder estatal; tinha-se em vista alcançar, também, através do referido princípio, um estado legal pelos governantes evitando, assim, incertezas ou dúvidas, tão usuais num governo autoritário e soberano, sem regras de convivência e sem reconhecimento. Em resumo, o princípio da legalidade protegia os cidadãos de toda e qualquer conduta arbitrária da parte dos governantes, que detinham o poder em suas mãos, protegendo, assim, o fraco da arbitrariedade do forte.

A respeito do princípio ora analisado, constata-se de que a “Lei é o instrumento por excelência de conformação jurídica das relações sociais”⁶² não perdendo a sua importância como expressão de direitos democráticos e se encontra tipificado no inciso XXXIX da CF e no artigo 1º do CP, com a seguinte redação: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

O princípio em questão é o mais importante do Código Penal, pois a Lei é a única fonte do Direito Penal, quando tem por objetivo proibir condutas ilícitas, assim, diante desta constatação é cabível a expressão usada pelo professor Rogério Greco⁶³: “tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal”.

A respeito do princípio da legalidade, constata-se a sua origem na Magna Carta do Rei João Sem Terra em 1215, no artigo XXXIX⁶⁴, porém, foi a partir da Revolução Francesa que o referido princípio se inseriu no Direito Penal, através dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos artigos VII, VIII e IX⁶⁵ de 1789.

⁶²(BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 180)

⁶³(GRECO, 2007, p. 94)

⁶⁴Artigo XXXIX da Magna Carta de 1215: “Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.”

⁶⁵Art. VII: “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos, mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência”. Art. VIII: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”. Art. IX: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Acerca do princípio da Legalidade na Alemanha nazista, Rogério Greco⁶⁶ retomando o pensamento de Ferrajoli, assevera:

[...] Uma lei de 28 de junho de 1935 substituiu o velho art. 2º do Código Penal de 1871, que enunciava o princípio da legalidade penal, pela seguinte norma: ‘será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se, opondo-se ao fato, não houver qualquer lei penal de imediata aplicabilidade, o fato punir-se-á sobre a base daquela lei penal, cujo conceito fundamental melhor se ajuste a ele.

Dessa forma, em suma, se interpreta que na Alemanha nazista o princípio da legalidade tipificado no artigo 2º do Código Penal de 1871 foi substituído por uma lei de 1935 com animus de ilegalidade, ou seja, o Estado Nazista ficava com o poder de forma autoritária nas mãos, desrespeitando desta maneira os direitos do homem e do cidadão de 1789.

Conforme ensina Rogério Greco⁶⁷ a respeito do princípio da legalidade, “foi previsto expressamente em todos os nossos Códigos, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984”.

Em suma, constata-se de que o princípio da Legalidade está no nosso ordenamento jurídico penal brasileiro, desde a época do Código Criminal do império até a reforma ocorrida em 1984 da parte geral do Código Penal de 1940.

Observa-se, conforme as funções do princípio da legalidade, de que a certeza da proibição somente decorre da lei e que a fonte de conhecimento imediata do direito penal é esta LEI (Lex), tipificada no artigo 5º, II da CRFB, com a seguinte redação: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

4.2 – PRINCÍPIOS: DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA SUBMISSÃO À JURISDIÇÃO.

Em relação ao princípio da Submissão à jurisdição e ao da presunção de inocência, se observa que a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um indivíduo cometeu um delito, desde que esta prova seja encontrada pelo juízo competente, assim, constata-se de que ela é um poder de dizer o direito, ou seja, é um poder de resolver, pronunciar o monopólio estatal, através de uma lei, jurisprudência, em prol da sociedade.

⁶⁶ FERRAJOLI, 2001, (apud GRECO, 2007, p. 97)

⁶⁷ (GRECO, 2007, p.95)

Importante observar, também, de que a jurisdição é una, de forma que os 03 (três) Poderes: Executivo; Legislativo e Judiciário se entrelaçam entre si. Em relação ao princípio de submissão à jurisdição e ao da presunção de inocência, Ferrajoli⁶⁸ nos ensina que:

[...] o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo, e, sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação- postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.

Assim se observa, que pelo princípio de submissão à jurisdição, a nenhum indivíduo pode ser imputado culpa sem juízo de valor e que não haja juízo sem prova, caso contrário é admissível o habeas corpus; em relação à presunção de inocência, nenhum indivíduo pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O princípio ora analisado representa o garantismo processual a favor da proteção da imunidade dos inocentes, com vistas a tutelar a liberdade do ser humano em face das arbitrariedades cometidas pelo poder estatal.

Em relação ao nexos entre a liberdade e a segurança dos cidadãos proposta por Montesquieu, Ferrajoli⁶⁹ vem nos dizer:

[...] a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança, e essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas; de modo que, quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco o é a liberdade.

Diante da citação acima, proposta por Montesquieu, se interpreta que a liberdade política ampara-se na segurança ou, pelo menos, na certeza demonstrada por ela, em vista disto, quando não se garante a inculpabilidade dos cidadãos, não se garante, também, a sua liberdade.

O princípio da presunção de inocência, conforme Ferrajoli propôs em seu livro, se originou no direito romano, mas foi ofuscado pela inquisição da baixa idade média, e no início da idade moderna houve a reafirmação do princípio em questão.

Quanto ao princípio ora analisado, observa-se o entendimento de Beccaria, através da doutrina de Ferrajoli⁷⁰: “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tolher-lhe a proteção pública senão quando seja decidido que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída”.

⁶⁸ (FERRAJOLI, 2010, p. 505)

⁶⁹ (Idem, ibidem, p. 506)

⁷⁰ (Idem, ibidem, p. 506)

Assim, diante da citação acima, constata-se de que nenhum ser humano pode ter sua liberdade restringida ou sua moral maculada direta ou indiretamente, seja por um magistrado ou pela sociedade, através de divulgação da mídia, ou por outros meios, sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ainda em relação ao princípio da presunção de inocência, observa-se de que deve ser encarado como sinônimo de presunção de não-culpabilidade e duraria até o início do processo. Este princípio não colide com eventuais prisões processuais no curso do processo; caso o poder estatal viole o princípio da não-culpabilidade ou da presunção de inocência, o cidadão poderá impetrar o habeas corpus, com o intuito de proteger o seu direito à liberdade de locomoção.

4.3 – PRINCÍPIOS- DA PROPORCIONALIDADE.

Em face do Princípio da Proporcionalidade, enuncia-se de que o referente princípio se originou na Alemanha e representa um entendimento de interpretação da norma jurídica que habita nos direitos fundamentais; se configura, também, como Estado de Direito e terá por objetivo a aplicação na relação entre Poder Público e cidadão.

A respeito do princípio da proporcionalidade, afere-se de que está ligado à antiguidade, mas se firmou durante o século das luzes, devido a Cesare Beccaria, com seu livro *Dos Delitos e das Penas*, datado de 1764, assim, Rogério Greco⁷¹ retomando o pensamento de Beccaria, entendeu que: “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.

Diante da citação anterior, proposta por Beccaria, entende-se de que a pena deve ser proporcional ao delito e determinada pela lei. Para que não viole os direitos do cidadão a pena deve ser notória, seja a menor das penas aplicáveis.

Observa-se de que tal princípio é objeto de invocação quando o poder público ou qualquer legitimado pela constituição se colocam em conflito, assim, no que diz respeito ao significado central do princípio ora analisado, se constata que forneceu meios ao julgador para que pudesse, no caso concreto, individualizar a pena do infrator de forma proporcional ao fato cometido.

⁷¹ (GRECO, 2007, p. 77)

A respeito do Princípio ora analisado, é importante analisar na doutrina de Rogério Greco⁷² retomando a dissertação de Franco:

[...] O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade na pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Diante da citação acima, se interpreta que se faça um juízo de equilíbrio sobre a relação existente entre o bem que foi lesado ou proposto a isso, com gravidade do fato, e a privação deste bem em relação a alguém caracterizando, desta forma, a gravidade da pena. Em vista de um desequilíbrio com ênfase nesta situação, conseqüentemente, gera uma desproporção incabível; assim, o princípio da proporcionalidade repele ameaças de penalidades legais e, também, a imposição de penas que necessitam de relacionamentos aquilutados com o fato cometido em seu significado total. Relativamente, o princípio firmado deságua no poder legislativo que estabelece penas proporcionais em abstrato e no poder judiciário que impõe as penalidades ao agente do crime ou da infração.

Analisa-se, diante do princípio da proporcionalidade, de que este é um elemento integrante dos direitos fundamentais e garantidor das liberdades individuais presentes no Estado Democrático de Direito, visto que o legislador constituinte inseriu-o no princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da nossa República Federativa do Brasil, tipificado no artigo 1º, III da CF⁷³.

Frisa-se de que este princípio não pode ser invocado acima das garantias processuais e diante dos direitos individuais do acusado, assim o STF já admitiu no HC 80949/RJ, com a seguinte redação: “em caso extremo de necessidade inadiável e incontornável, situação que deve ser considerada tendo em conta o caso concreto” com a possibilidade de aplicação, conforme Alencar e Távora⁷⁴ prelecionam ambos em sua doutrina, retomando o pensamento de Silva Júnior, acerca do assunto.

⁷² SILVA, Franco, 1997, (apud GRECO, 2007, p. 77)

⁷³ CF, art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos... III- a dignidade da pessoa humana.

⁷⁴ SILVA JÚNIOR, 2008, (apud ALENCAR; TÁVORA, 2009, p. 57)

Em relação ao princípio ora estudado, observa-se os seguintes requisitos: Necessidade (exigibilidade) – medida indispensável para o caso concreto; Adequação (pertinência ou idoneidade) – o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; Proporcionalidade em sentido estrito – máxima efetividade com o mínimo de restrição.

4.4 - O NEXO CAUSAL ENTRE O GARANTISMO E O HABEAS CORPUS.

O nexo causal do garantismo penal e do habeas corpus se identifica diante do princípio da legalidade como cerne do garantismo. Por este princípio ora analisado, uma vez que essa liberdade se caracteriza através dos chamados direitos de (1ª) primeira geração ou dimensão que são os direitos e garantias, também chamados de direitos políticos clássicos, com as liberdades negativas ou formais e pelo direito de propriedade, criado a partir do século XVIII com as ideias do iluminismo.

A respeito dos direitos de 1ª (primeira) dimensão, direitos civis e políticos, se observam que estes foram incorporados durante as revoluções dos Estados Unidos de 1776 e da França de 1789 e, esta 1ª dimensão faz parte dos direitos e garantias individuais, através de liberdades públicas originadas em face da Constituição Federal.

Salienta-se de que as liberdades negativas, ou liberdades individuais, são indispensáveis a todos os homens que são legitimados ativos para lutarem por seus direitos, através de uma pretensão universal (Lei), para manter e guardar a sua propriedade para identificação dos direitos fundamentais.

Em relação aos direitos de 1ª dimensão (direitos de propriedade e de liberdade), Ferrajoli constatou que tais direitos, como os de propriedade correspondem a deveres adquiridos sobre específicas causas de efeitos na própria esfera jurídica; por sua vez, os de liberdade, correspondem a imunidades ou faculdades, reconhecidas a todos independentemente de qualquer título e exercidas em comportamentos lícitos, que não interfiram juridicamente nos direitos de outros sujeitos.

Assim, conforme a doutrina de Branco, Coelho e Mendes⁷⁵, os direitos de cada dimensão, 05 (cinco) dimensões, entre as quais a de 1ª (primeira) geração, ainda se configura na atual Constituição Federal, observa-se:

[...] Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções

⁷⁵ (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 268)

jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais.

Desta forma, constata-se de que os chamados direitos de dimensão existem ainda hoje, principalmente os de primeira, no ordenamento constitucional atual, tendo em vista que são garantias constitucionais através de cláusulas pétreas, portanto, mesmo diante deste ordenamento de forma rígida, passível de modificação através das emendas constitucionais, os direitos de primeira dimensão não podem ser alterados.

Em suma, ressalte-se, conforme interpretação de Celso Antônio Bandeira de Melo no livro *o conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, de que os direitos de primeira dimensão têm por objetivo a isonomia ou igualdade através da lei como fator de discriminação. Assim, Lei (Lex) significa ‘discriminar’ positivamente (efetiva algum valor constitucional) e negativamente (gera alguma inconstitucionalidade).

Pode-se dizer que os direitos de liberdade correspondem às vedações legais e prestações negativas, assim, Ferrajoli⁷⁶ nos ensina:

[...] Dos direitos de liberdade, aos quais correspondem as vedações legais, não são predetermináveis os conteúdos, mas somente os limites: assim, por exemplo, da liberdade de expressão ou da liberdade pessoal não é possível identificar os infinitos atos de seu exercício, mas apenas os limites (vedação legal de difamar, ou de caluniar, e assim por diante) ou as condições que legitimam as limitações (apenas por ordem motivada da autoridade judiciária, quando ocorram de indícios de delito e afins).

Em face da citação analisada, se observa que quanto aos direitos de liberdade não se pode prever os seus conteúdos por serem infinitos os atos de seu exercício, todavia, os seus limites sim, podem ser identificados e, conseqüentemente, podem ser vedados legalmente, exemplificando-se a liberdade de expressão e a liberdade pessoal que se encaixa neste teor, levando-se em consideração as condições que legitimam as restrições, amparadas por ordem da autoridade judiciária, diante de indícios de crimes.

As garantias no Estado de Direito necessitam de serem amparadas, assim as fontes de legitimação de jurisdição deste Estado, são duas, quais sejam: legitimação formal e legitimação substancial, conforme preleciona Ferrajoli⁷⁷ em sua doutrina: “a legitimação formal é aquela assegurada pelo princípio da liberdade e pela sujeição do Juiz à lei. A legitimação substancial é aquela que provém da função judiciária e da sua capacidade de tutela ou garantia dos direitos fundamentais do cidadão”.

⁷⁶ (FERRAJOLI, 2010, p. 843)

⁷⁷ (Idem, ibidem, p. 506)

Assim, pode-se interpretar que a liberdade formal tem amparo no cerne do garantismo, ou seja, em face do princípio da legalidade e pela sujeição do magistrado, igualmente, a legitimação substancial é dotada do órgão judiciário e da proteção às garantias fundamentais do ser humano, pela estrita legalidade.

Ainda a respeito das legitimações formais e substanciais, Ferrajoli⁷⁸ nos ensina que:

[...] Ocorre que, em suma, a tutela dos direitos por parte dos juízes – que quer dizer a substância de seu ofício, mais que sua fonte de legitimação substancial – na medida em que não tenham sobre os ombros uma legislação suficientemente precisa e unívoca, contradiz no melhor dos casos a sua sujeição à lei – que quer dizer a forma de seu ofício, mais que sua fonte de legitimação formal; e se revela no pior dos casos de todo impossível.

A respeito da citação acima de Ferrajoli, se observa que a proteção dos direitos, por parte dos magistrados, não tem amparo suficientemente preciso e homogêneo na legislação contradizendo assim, a sua submissão à lei e se revela, portanto, no pior dos casos, totalmente impossível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim desta exposição teórica e pelo desiderato analisado, constatou-se de que o garantismo, idealizado por Luigi Ferrajoli, é uma tutela de proteção da liberdade individual, oriundo das modernas constituições, que tem por objetivo defender a coerência e a plenitude como ideais do direito válido diante das normas superiores na Constituição, estabelecidas como direitos fundamentais contrariando, assim, o desenvolvimento crescente de culturas políticas e jurídicas que restringiram o direito de liberdade do cidadão, quase sempre em nome da defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático.

As principais questões pertinentes do estudo acima tiveram por objetivo analisar de modo sucinto à ‘origem’ do garantismo e o contexto histórico do habeas corpus, assim como mostrar o habeas corpus como garantia de proteção do ser humano, os seus princípios relacionados ao garantismo e mostrar o nexo de causalidade entre o garantismo penal em face do habeas corpus.

Diante do que foi visto, constatou-se de que o garantismo é sinônimo de direito penal mínimo, com o intuito de proteger os direitos fundamentais reduzindo a violência social e coibindo-a. Portanto, diante deste fato, se observou que a teoria em questão é uma virtude frente à liberdade do homem, a fim de ampliar o máximo essa liberdade, em face do poder do

⁷⁸ (Idem, ibidem, p. 507)

Estado, e de restringir o mínimo o poder do referido Estado, através do princípio da legalidade.

O garantismo conforme observado neste trabalho se dividiu em três espécies de garantias, nas garantias relativas às penas, nas garantias relativas aos delitos e nas garantias relativas ao processo, atendendo aos princípios constitucionais como modelo ideal do Estado de Direito.

Observou-se, também, de que este remédio constitucional é uma garantia processual da atual CRFB de 1988 e sua origem é datada do direito romano, que tinha por objetivo proteger a liberdade de seu povo por meio de uma ação que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo* e mais tarde ressuscitou na Inglaterra, com a Carta Magna de 1215, porém só amparava os barões e nobres, fazendo surgir em 1679, por clamor do povo inglês, o *habeas corpus Act* para clamar por efetivas garantias pessoais. Mais tarde, surgiu o *habeas corpus act* de 1816, que passou a tutelar a pessoa presa ou detida por motivos diversos da acusação.

A respeito do referido instituto no Brasil, observou-se que sua origem é datada no período imperial através do decreto de 23 de maio de 1821, assegurando às pessoas livres a segurança da liberdade, que só poderiam ser presas por ordem do Juiz ou magistrado criminal. Em 1824, na primeira constituição do império, o *habeas corpus* não foi tipificado, contudo, foi instituído pelo Código Criminal de 1832, como *habeas corpus liberatório*; a partir do período republicano, através da constituição de 1889, o *habeas corpus* sempre permaneceu no ordenamento constitucional como garantia de proteção à liberdade do ser humano, salvo, no período do AI-5 de 1968 que suspendeu a garantia de liberdade nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional e social.

A respeito do *habeas corpus*, observou-se de que tem o intuito de proteger a liberdade de locomoção, o direito de ir, vir e ficar do cidadão em face da violência, coação e abuso de poder da autoridade coatora, portanto, é uma cláusula pétrea irreduzível, não podendo ser suprimido por emenda constitucional.

Observaram-se, às hipóteses de cabimento da ação de *Habeas Corpus*, conforme o artigo 648 do CPP, hipótese de ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo poder estatal, assim como as espécies de *habeas corpus* (liberatório, preventivo, suspensivo, de ofício e trancativo); em relação aos legitimados, constatou-se de que existem três legitimados processuais (o impetrante, o paciente e o impetrado). Quanto às hipóteses de concessão de liminar em sede de *habeas corpus* preventivo, liberatório ou repressivo, se constatou que existe a necessidade da presença dos requisitos do *fumus boni juris* e o *periculum in mora* e que se faz, também, necessário a existência de ilegalidade ou constrangimento ilegal, em

conformidade com o artigo 660,§2º do CPP. Em relação ao rito processual do writ observou-se de que trata de rito sumário e o pedido será formulado por escrito e em língua portuguesa, não precisando de formalidades para fazer a petição inicial.

Relatou-se, na presente monografia, de que o princípio da legalidade, um dos princípios mais importantes e pertinentes da relação existente entre o garantismo penal e o habeas corpus, é o cerne, a viga mestra de sustentação da teoria de Ferrajoli, sendo, portanto, sinônimo de Lei nascido com as modernas Constituições e foi criado para retirar o poder absoluto das mãos do poder estatal, exigindo-se de que todos os cidadãos fiquem sujeitos à Lei.

A respeito do princípio da Submissão à jurisdição e ao da presunção de inocência, constatou-se de que representam o garantismo processual a favor da proteção da imunidade dos inocentes. Em relação a este último princípio (da presunção de inocência) se constatou que nenhum indivíduo pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Fez-se notório que o princípio da proporcionalidade representa um entendimento de interpretação da norma jurídica que habita nos direitos fundamentais e se configura como Estado de Direito, com o objetivo de aplicação entre o Poder Público e o cidadão.

Por fim, constatou-se de que o nexo causal entre o garantismo penal e o habeas corpus é a liberdade que se identificou diante do princípio da legalidade como cerne do garantismo e pelo próprio princípio da liberdade, uma vez que essa liberdade se caracteriza através dos chamados direitos de (1ª) primeira geração ou dimensão, que são direitos e garantias caracterizados pela liberdade negativa e pelo direito de propriedade. Assim, estas liberdades negativas são indispensáveis a todos os homens, através de uma pretensão universal (Lei), para manter e guardar a sua propriedade para identificação dos direitos fundamentais e, em face do habeas corpus, se caracterizou através da liberdade de locomoção.

Enfatizando, diga-se de passagem, o habeas corpus, gloriosamente, estendeu seus braços para amparar os seres humanos contra as arbitrariedades do poder do Estado, através do garantismo.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORTOLI, Adriano de. **Garantismo Jurídico, Estado Constitucional de Direito e Administração Pública**. Disponível em: <http://virtual.cesusc.edu.br/.../direito/.../Garantismo-estado-de-direito-adm-publica-Prof.-Adriano-de-Bortoli.pdf>, acessado em 05.03.2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 15ª Ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

DELMANTO, Celso; et al. **Código Penal Comentado**. 7ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito & Razão**. 3ª ed. rev. São Paulo: RT dos Tribunais LTDA, 2010.

FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael de Sá. **Habeas Corpus**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal- PARTE GERAL**. 9ª ed. rev. ampl. atual. Niterói, RJ: Impetrus, 2007.

LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. Niterói, RJ: Impetrus, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**, 26ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 542.

SARAIVA, Editora. **Vade Mecum**. 9ª ed. atual. e ampl. São Paulo, 2010.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos do Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

TRENTIN, Beatriz. **Resumo de Direito Processual Penal- Habeas Corpus**. Disponível em: http://intervox.nce.ufrj.br/.../pp-Processual_Penal_H.Corporus_Trentin.doc, acessado em: 07/03/2011.

