

**Ementa:** Indicação de parecer por Marcio Barandier, Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB. Projeto de Lei nº 3453/2021. Alterações na Lei Projeto de Lei e no Código de Processo Penal. Julgamento de causa criminal por órgãos colegiados: decisão mais favorável ao réu em caso de empate em votação. Coação ou ameaça ilegal à liberdade: concessão de *habeas corpus* de ofício.

Palavras -chaves- Código de Processo Penal- Habeas Corpus de Ofício – *In dubio pro reo*- Projeto de Lei

**INDICAÇÃO: 019/2023**

**Indicante:** Marcio Barandier

**Relatora:** Carmen Mansano da Costa Barros Filha.

## **1. Objeto do parecer.**

O Projeto de Lei nº 3453/2021, apresentado pelo Deputado Federal Rubens Pereira Júnior, propõe i) a alteração no art. 41-A, parágrafo único, da Lei nº 8.038/1990; ii) a alteração no art. 615, §1º, do Código de Processo Penal; e iii) a criação do art. 647-A no Código de Processo Penal, para fixar diretrizes sobre o resultado de julgamentos criminais em órgãos colegiados e a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Após os debates realizados na Câmara dos Deputados, que resultaram na finalização do texto proposto, o documento foi encaminhado ao Senado Federal, para que avaliasse as alterações legais sugeridas, consignadas nas seguintes redações:

*“Art. 41-A. A decisão de Turma, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, será tomada pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Parágrafo único. Em todos os julgamentos em matéria penal ou processual penal em órgãos colegiados, havendo*

*empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao indivíduo imputado, proclamando-se de imediato esse resultado, ainda que, nas hipóteses de vaga aberta a ser preenchida, de impedimento, de suspeição ou de ausência, tenha sido o julgamento tomado sem a totalidade dos integrantes do colegiado.”*

*“Art. 615. (...)§ 1º Em todos os julgamentos em matéria penal ou processual penal em órgãos colegiados, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao indivíduo imputado, proclamando-se de imediato esse resultado, ainda que, nas hipóteses de vaga aberta a ser preenchida, de impedimento, de suspeição ou de ausência, tenha sido o julgamento tomado sem a totalidade dos integrantes do colegiado.”*

*“Art. 647-A. No âmbito de sua competência jurisdicional, qualquer autoridade judicial poderá expedir de ofício ordem de habeas corpus, individual ou coletivo, quando, no curso de qualquer processo judicial, verificar que, por violação ao ordenamento jurídico, alguém sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção. Parágrafo único. A ordem de habeas corpus poderá ser concedida de ofício pelo juiz ou pelo tribunal em processo de competência originária ou recursal, ainda que não conhecidos a ação ou o recurso em que veiculado o pedido de cessação de coação ilegal.”*

A matéria foi submetida à Comissão de Cidadania e Justiça do Senado Federal. Até o momento, foram apresentadas seis emendas à redação. O texto proposto ainda se encontra sob discussão.

Diante da relevância de tal temática para o Direito Processual Penal e considerando as divergências expostas por parte dos parlamentares, nos debates em andamento, fundamental o posicionamento do IAB, com a emissão de parecer que poderá influir nas discussões futuras e oportunas.

Para tanto, serão analisados, no presente parecer, acompanhados da respectiva legislação, os princípios basilares do processo penal brasileiro, a doutrina e a jurisprudência sobre o *in dubio pro reo*, e a função do *habeas corpus* como instrumento de proteção de direitos individuais. Ao final, será analisada a constitucionalidade e adequação do Projeto de Lei em debate e já aprovado pela Câmara dos Deputados.

## 2. Noções fundamentais do Direito Processual Penal brasileiro.

Após a Constituição da República de 1988, que assentou o Estado Democrático de Direito, reforçou-se a ideia que todos os atos praticados no exercício das atividades públicas, incluindo a criação e a aplicação de normas, devem ser orientados pela ampla proteção aos direitos estabelecidos em âmbito nacional e internacional.

Em última análise, tem-se como norte a tutela da *dignidade da pessoa humana*<sup>1</sup>, que, por sua vez, se desdobra em elementos essenciais de *liberdade* e de *igualdade*<sup>2</sup>. Tais concepções são embrionárias do Estado Democrático de Direito e se refletem na consagração constitucional de outros direitos fundamentais, que estruturam e tornam razoavelmente justa a sociedade democrática<sup>3</sup>.

Considera-se que há uma dimensão tanto subjetiva, quanto objetiva dos direitos fundamentais. Além de direitos individuais, devem ser entendidos como um sistema de valores objetivos, a serem buscados e implementados pela sociedade. Em outras palavras: o interesse público sempre será a proteção dos direitos individuais. O raciocínio contrário funciona, habitualmente, como Cavalo de Tróia para permitir anseios autoritários<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> “ (...) no decorrer do assim intitulado “breve século XX”, o fato é que esta – a dignidade da pessoa humana – continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito.” SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. Posição 781 de 5837.

<sup>2</sup> “O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais. As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** - Série IDP - 16ª Edição 2021 Edição do Kindle. Locais 6149-6155.

<sup>3</sup> “O caráter dual dos direitos fundamentais diz respeito à dupla natureza ou função dos mesmos. Quer isso significar que, além da função subjetiva de proteger a pessoa humana nas relações representadas por posições ou status jurídicos, os direitos fundamentais possuem uma função objetiva: constituem um valor objetivo para a comunidade independentemente de sua função subjetiva. Essa mais-valia objetiva, celebrada como um dos significativos argumentos formulados no âmbito da dogmática contemporânea dos direitos fundamentais, resulta na consideração dos direitos fundamentais como componentes estruturantes de uma democracia constitucional razoavelmente justa e bem ordenada” FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade e expressão e comunicação**. UFSC. Tese apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor. p. 21 – 23.

<sup>4</sup> GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia: Apuntes sobre derecho y protesta (Mínima) (Spanish Edition)**. Siglo XXI Editores. Edição do Kindle. p. 10.

Assim sendo, qualquer tomada de decisão legislativa, para que seja legítima, constitucional e adequada, deve ser norteada pelos direitos fundamentais. A lei ordinária não pode diminuir o âmbito de eficácia e proteção dos direitos fundamentais, muito menos suprimi-los (art. 5º, §§1º e 2º, c/c art. 60, §4º, IV, CR)<sup>5</sup>. Tampouco pode ser interpretada em sentido contrário às garantias fundamentais.

O Processo Penal deve servir, sempre, como instrumento público que objetiva verificar e declarar a incidência (e seus termos), ou não, da norma penal sobre determinado fato concreto, tal como os demais instrumentos jurídicos, inclusive o processo legislativo, para proteção dos direitos individuais<sup>6</sup>.

Seria desarmônico que, em nosso sistema<sup>7</sup>, se permitisse um processo destinado, em última análise, à aplicação de pena ou medida de segurança. O processo deve servir, na verdade, como “*escudo, proteção, anteparo do indivíduo contra a pretensão estatal*”<sup>8</sup> e ser interpretado *pro dignitatis* (art. 1º, III, da CR).

Referida interpretação se extrai da leitura da Constituição da República e dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, que consagram garantias que devem reger as relações no âmbito jurídico processual. Para o presente parecer, importa assinalar os relevantes princípios do “*devido processo legal*” (art. 5º, LIV, da CR, 8.1, da CADH, e arts. 8, 9 e 10 da DUDH), a “*presunção de inocência*” (art. 5º, LVII, da CR, 8.2, da CADH, art. 11, da DUDH) e o “*direito à concessão de habeas corpus*” (art. 5º, LXVIII, da CR).

Quando se diz, portanto, que o processo penal é obrigatório, não se concebe que o seja para atender os interesses de investigar crimes, perseguir ou punir indivíduos<sup>9</sup>, até porque estão à mão do Estado todas as ferramentas para exercer o poder punitivo. As leis

---

<sup>5</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica**. 2ª Ed. ATLAS, 2015. p. 19

<sup>6</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Processo Penal como dever do Estado**. Conferência proferida da Faculdade Católica de Direito de Santos, em 20 de novembro de 1979. In: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Obra em Processo Penal*. São Paulo: Singular, 2018. P. 955.

<sup>7</sup> “*Um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, “sistema” equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade. (...) Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras*”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995. P. 76.

<sup>8</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Op. Cit.** P. 955/956.

<sup>9</sup> **Idem.**

e o processo penal, devem servir para conter o estado de polícia e fortalecer o estado de direito<sup>10</sup>.

A obrigatoriedade do processo decorre do fato de este ser “*a única maneira lícita de punir e vigiar o indivíduo*”. A própria pretensão punitiva do Estado faz nascer o dever (limitado pelos direitos individuais)<sup>11</sup> de que esta seja exercida, exclusivamente, pela via do processo, em ação judiciária condenatória. Não por outro motivo, a aplicação de pena somente pode ocorrer após sentença penal transitada em julgado, sendo esse o momento final do processo (art. 5º, LVII, da CR).

Nessa linha, o processo penal serve, evidentemente, para proteger a liberdade jurídica dos indivíduos e, não, como justificava ou confirmação para sua punição, em nome de suposta tutela do interesse público.

### 3. O Estado de Inocência e o *In dubio pro reo*.

Há três distintas interpretações para o princípio da presunção de inocência, de acordo com o referencial teórico que se leva em consideração.

A primeira refere-se à presunção de inocência como embrião do processo penal liberal, no qual a finalidade é assegurar garantias frente ao poder punitivo. A segunda, é postulado dirigido ao tratamento do imputado ao longo do processo – se ele é presumido inocente, deve-se reduzir ao mínimo as medidas restritivas aplicadas ao longo do processo. A terceira pode ser uma regra direcionada diretamente ao juízo de fato da sentença penal, pela qual o ônus da totalidade da prova de culpabilidade do imputado é da Acusação, impondo-se, portanto, a absolvição, caso essa não fique comprovada<sup>12</sup>.

Esses são os pressupostos que devem nortear toda e qualquer decisão sobre matéria de direito penal ou processual penal. Ainda que se trate de medidas cautelares, estas somente podem ser aplicadas, mediante lei, no curso do processo, se não consistirem

---

<sup>10</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo [et.al]. **Direito Penal Brasileiro, segundo volume. Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2ª ed., outubro de 2010. 2ª reimpressão, 2015. p. 22

<sup>11</sup> MELLO, Marco Aurélio. **Processo-crime, principio da não-culpabilidade e prisão preventiva**. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti (coords). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência, vol. 2*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

<sup>12</sup> SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à Justiça Penal e o Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Ed. J. de Oliveira, 2001. p. 31.

no equivocado tratamento do imputado como culpado<sup>13</sup>, seguindo-se os critérios legais específicos para adequação à natureza de cada procedimento.

Embora existam distintos significados, todos correspondem a uma preocupação de Justiça: que um inocente não sofra a ação punitiva do Estado. Assim, os juízes penais, eis que vinculados às normas constitucionais, não podem impor uma sentença condenatória quando não tenha ficado comprovado, de acordo com a lei, a culpabilidade do imputado, ainda que não tenha sido demonstrada, de forma cabal, sua inocência<sup>14</sup>.

O princípio do *in dubio pro reo* consigna que a incerteza da prova e a motivação inadequada de sentenças e decisões criminais devem ser interpretadas a favor do imputado, sempre. Deve-se evitar, por meio da correta aplicação do princípio, o uso de conjecturas arbitrárias, quase provas, ou semi provas<sup>15</sup>, que se destinam, em última análise, a para reforçar desigualdades ou o arbítrio seletivo do Estado.

Nos casos em que as incertezas circundam a possibilidade de incidência, ou não de norma penal ou processual penal, a aplicação da pena e os efeitos da sentença condenatória não seriam advindos do reconhecimento da responsabilidade penal, de acordo com a lei, mas, tão somente, consistiria em uma expressão da violência estatal<sup>16</sup>.

Ressalto que a livre apreciação da prova pelo juiz (art. 155, do CPP), não tem o condão de afastar a aplicação do *favor rei*, eis que o magistrado deve se guiar pelos princípios basilares do Estado de Direito e pela Constituição da República.

Além das previsões constitucionais, a aplicação da lei *favor rei* é, hoje, assentada pelo atual 41-A, parágrafo único, da Lei nº 8.038/1990, pelo art. 615, §1º, do Código de Processo Penal, bem como pelos Regimentos Internos dos Tribunais Superiores (arts. 146 e 150, §3º, do RISTF e arts. 181, IV, do RISTJ).

A alteração legislativa tem o intuito, como se extrai de sua leitura, de reforçar as normas e garantias, deixando-as mais claras, e alçando as mencionadas disposições dos regimentos ao status de lei ordinária, eis que harmônicas com o sistema constitucional vigente, posto que a Constituição de 1988 tenha estabelecido, geográfica e

---

<sup>13</sup> MELLO, Marco Aurélio. **Op. Cit.**p. 655.

<sup>14</sup> **Idem.**

<sup>15</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi di. 1738·1793. **Dos delitos e das penas.** tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella I. - 2. ed. rev., 2. tiro - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. P. 105.

<sup>16</sup> MARTINS, Antonio. **Culpabilidade como instituição política: um esboço.** In: Direito penal como Crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Marcial Pons, 2012. P. 392.

qualitativamente, sua opção democrática, haja vista ter fundado no artigo 5º um feixe de direitos e garantias individuais de intuito limitador do poder estatal.

Aferidos pela racionalidade sistêmico-democrática, o rol em epígrafe ostenta a função inapagável de orientação da construção das formas processuais e de sua hermenêutica. Nesse sentido, Binder ensina que:

“(…) as formas são a garantia, que assegura o cumprimento de um princípio determinado ou do conjunto deles. Por esta razão, o nível de adequação de um sistema processual aos princípios do Estado de direito não se mede somente pela incorporação desses princípios à ordem normativa, mas pelo grau em que eles estejam garantidos”<sup>17</sup>.

As modificações propostas, nessa linha, atendem: à instrumentalidade das formas processuais penais e à reserva de código constitucional pátria e garantem a indubitável determinação preceitual da Magna Carta pelas formas redacionais dela decorrentes. Ademais, não se pode negar o vivenciar de inúmeras decisões que tentam flexibilizar o estado de inocência e, conseqüentemente, violam a *mens legis* democrática. Dessa maneira, a legislatura realiza importantíssimo comando garantidor, o qual implementará mandamento legal indubitável sobre as decisões judiciais.

Com a natureza de cláusula pétrea, o *favor rei* goza de característica primordial dessa condição: **a indecidibilidade**. A cogência decorrente do princípio, portanto, impõe que as regras e normas jurídicas brasileiras efetivem o estado de liberdade como ordinário e preponderante sobre todas as perspectivas legislativas, executivas e judiciárias.

As previsões legais que consagram o *in dubio pro reo* são prescrições lógicas do *favor rei*, princípio de limitação dos poderes de perseguir e de punir e de garantia da proteção da liberdade como regra e da inocência como estados democráticos consagrados constitucional, convencional e infraconstitucionalmente.

Em face do cumprimento integral dos axiomas constitucionais pelo *in dubio pro reo*, não há qualquer violação jurídica garantidora cidadã na composição par dos órgãos jurisdicionais, ao contrário, a estrutura colegiada que permite o empate decisório deveria ser implementada como regra para fins de efetivação da dúvida em favor.

---

<sup>17</sup> BINDER, Alberto M. **O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma análise crítica da teoria das nulidades no processo penal**. Tradução de Ângela Nogueira Pessoa. Revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43.

Pelo exposto, eventuais vacâncias nos órgãos jurisdicionais colegiados, inclusive o próprio STF, não demandam designação complementar para fins de desempate. Até porque, eventual nomeação para complementação do corpo de julgamento poderia caracterizar inevitável violação à naturalidade para a causa dos juízos e consequente parcialidade do julgar, o que se veda petreamente.

Entendendo-se, todavia, que a complementação orgânica pode vir a ser aplicada a nível estrutural-regimental, a substituição deveria obedecer a critérios impessoais, desvinculados de quaisquer possibilidades de escolha/requisição.

Isso exposto, concluo pela constitucionalidade e adequação da redação proposta do art. 41-A, parágrafo único, da Lei nº 8.038/1990, bem como do art. 615, §1º, do Código de Processo Penal, que consagram e reforçam, em legislação ordinária, a garantia já adotada por nossa Constituição da República e à qual o Brasil, igualmente, se comprometeu a respeitar, por meio de ratificações de tratados internacionais de Direitos Humanos.

Em relação às emendas propostas, por buscarem restringir direitos fundamentais e não se adequarem ao Estado de Direito, **considero que devam ser rejeitadas.**

#### **4. O Habeas corpus de ofício.**

O *status libertatis* dos indivíduos recebeu proteção especial pela Constituição Federal, que consagrou a concessão de "*habeas-corpus, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*" (art. 5º, LXVIII, da CR).

No plano internacional, referido direito é consagrado pelo art. 7.6, do Pacto de San José da Costa Rica:

*“Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido*



*nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.*<sup>18</sup>”

Trata-se de garantia irrenunciável e indispensável à proteção dos direitos fundamentais. Diante desse status, não pode ser suspensa ou abolida (art. 60, §4º, da CR c/c art. 27.2, da CADH)<sup>19</sup>. Nesse sentido, se manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nas Opiniões Consultivas nº 8/1987<sup>20</sup> e 9/1987<sup>21</sup>.

A história latino-americana ilustra como a coibição de tal remédio e a ausência de sua efetividade, ao longo dos anos de regime militar<sup>22</sup>, teria permitido torturas, homicídios e desaparecimentos. Registre-se que a limitação do uso de *habeas corpus* marcou os anos mais severos e violentos da Ditadura Militar no Brasil (art. 10, do AI-5, de 1968).

Nesse período, fato é que a redação que proibia o manejo do remédio a uma parcela de crimes (políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular), acabou por torná-lo um instrumento simulado, que não servia a seu real e imediato propósito<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> Aqui, faz-se breve comentário de que o fato de o *Habeas corpus* ser uma Ação Autônoma de Impugnação e não um recurso, não há óbice na aplicação do aludido artigo, em vista de seu conteúdo material.

<sup>19</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Op. Cit.** p 396.

<sup>20</sup> Corte IDH. OC-8/1987. Opinião consultiva de 30-1-1987. **O *habeas corpus* em suspensão de garantias** (arts. 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Disponível em: [https://corteidh.scjn.gob.mx/busador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC\\_8.html](https://corteidh.scjn.gob.mx/busador/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_8.html)

<sup>21</sup> Corte IDH. OC-9/1987. Opinião consultiva de 6-10-1987. **Garantias judiciais em estados de emergência** (arts. 27.2, 25.1 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_09\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf). No mesmo sentido: Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo vs. Peru**. Mérito. Sentença de 17-9-1997

<sup>22</sup> Corte IDH. OC-8/1987. Opinião consultiva de 30-1-1987. **Op cit.** GIACOMOLLI, Nereu José. **Op. Cit.** p 397.

<sup>23</sup> “Assim, durante dez anos, os advogados defenderam presos políticos sem poder utilizar legalmente o *habeas corpus* nos casos de constrangimento ilegal, pois inexistia mecanismo legal para libertar a pessoa que estivesse sofrendo constrangimento. Contudo, o *habeas corpus* foi extremamente importante nos casos de desaparecidos políticos. Apesar de extinto formalmente, alguns advogados e advogadas entrevistados afirmaram que o *habeas corpus* continuava a ser utilizado, com o próprio nome ou sob a denominação de “petição”. Outros ressaltam a substituição do *habeas corpus* pelo recurso em sentido estrito, conforme será visto a seguir. Especificamente em relação ao *habeas corpus*, esse foi utilizado com o principal objetivo de evitar a morte da pessoa desaparecida. Isso porque, apesar de saberem que o *habeas corpus* não seria conhecido, a sua impetração demonstrava que eles estavam cientes do desaparecimento de determinada pessoa e, assim, evitava ou reduzia muito a possibilidade de que ela fosse morta. Ademais, o *habeas corpus* também permitia em muitos casos a localização do preso. A localização dificultava o assassinato do preso, pois a autoridade competente, que já era identificada, teria que dar explicações sobre a morte. O *habeas corpus* foi, assim, fundamental em vários casos para salvar vidas. Segundo Dyrce Drach, o *habeas corpus* era o mecanismo existente para os militares saberem que aquela pessoa já tinha uma advogada e que ela estava acompanhando o desenrolar da situação. Contudo, o *habeas corpus* não servia para localizar o preso. Para isso, Dyrce lembra que era necessária a ida de quartel em quartel procurando os desaparecidos. Já George Tavares resalta que o *habeas corpus* era utilizado estrategicamente para encontrar o preso e saber

Tamanha é a importância desse instrumento para liberdade e a segurança da integridade física dos cidadãos, que o ordenamento processual penal brasileiro permite que os juízes e os tribunais expeçam de ofício ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, §2º, do CPP).

Não se pode esquecer, para além do acima exposto, que a ação de impugnação constitucional teve sua extensão protetiva originária ampliada por força da manutenção da sistemática processual penal impugnatória estabelecida pelo Código de Processo Penal de 1941 e que se mantém, absurdamente, vigente e segundo a qual não existe previsibilidade impugnatório-recursal para todas as decisões proferidas na seara criminal (“irrecorribilidade das decisões interlocutórias”).

O *habeas corpus*, portanto, é instrumento garantidor da impugnabilidade decisional cidadã democrática (de tal importância e abrangência que sua natureza é popular), de subsidiária implementação controladora sobre os poderes persecutório e punitivo e de manutenção da regularidade formal dos atos processuais penais (atribuição outorgada ao poder judiciário, vide artigo 251 do CPP). Dessarte, não se pode obstaculizar a apreciação da matéria suscitada na ação constitucional imediatamente pela autoridade judiciária, sobretudo porque vinculada à devolução dos estados de liberdade e de dignidade dos cidadãos e cidadãs e de evitabilidade e/ou desagravamento da perspectiva econômico-indenizatória decorrente de possível erro judicial ou arbítrio.

---

se a prisão era por motivo político. Apesar de o *habeas corpus* ter sido julgado prejudicado, eles acabavam localizando o preso. Nessa linha, Nélcio Machado lembra que eles impetravam *habeas corpus* pois não era possível saber de antemão se a pessoa era preso político ou não. Assim, comunicava-se o desaparecimento a fim de obter informação sobre seu paradeiro. Fernando Fragoso ressalta que o *habeas corpus* era utilizado nesse período para saber se uma pessoa estava ou não presa. Como era comum que o investigador não comunicasse a prisão do preso, Fernando lembra que impetrava o *habeas corpus* apontando todas as autoridades militares da região como possíveis carcereiros. Essa estratégia fez com que, em muitos casos, os militares do I Exército, do Comando da Marinha ou da Aeronáutica fossem forçados a dizer se aquela pessoa estava detida em suas instalações. Trata-se, nas palavras de Antônio Carlos Barandier, de uso político do *habeas corpus*: “o Tribunal solicitava informações e, assim, agentes da repressão prestavam os esclarecimentos e os advogados localizavam o preso”. Nesse sentido, Nilo Batista lembra que indicava no *habeas corpus* o CENIMAR, o CISA, o DOI-CODI e o DOPS como autoridades coautoras. Para ele, o *habeas corpus*, nesse período, “se converteu num macabro teste de sobrevivência dos presos”, pois a resposta positiva significava que a pessoa estava viva, ao passo que uma resposta negativa era um mau sinal – a pessoa poderia já estar morta.” V. SPIELER, Paula; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). **Advocacia em tempos difíceis: ditadura militar 1964-1985**. Curitiba: Edição do autor, 2013, p. 653. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13745/Advocacia%20em%20tempos%20dif%C3%ADceis.pdf?sequence=1>. Acesso em 14.06.2023.

Importa ressaltar, ainda, a existência da previsão do *Habeas corpus* de ofício no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.<sup>24</sup>

Tal assertiva está em consonância com a Constituição da República e instrumentos internacionais. Busca-se, por meio da concessão da ordem de ofício, assegurar a *liberdade* (art. 5º, LVII, da CR), a *integridade física e psicológica* (art. 5º, III, da CR), a *cidadania* (art. 1º, II, da CR). Os magistrados, como membros do Poder Público, têm a obrigação funcional de resguardar tais direitos.

Temerária não é a concessão da ordem e, sim, a violação do direito de liberdade.

Nessa linha, considera-se oportuna a alteração da lei, para reforçar a possibilidade de concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício, seja ele individual ou coletivo, por qualquer magistrado, dentro de sua competência, para fazer cessar violência ou ameaça de violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

## **5. Conclusão.**

Diante do exposto, considerando os princípios basilares do Estado de Direito e do Processo Penal e que o Projeto de Lei nº 3453/2021 se volta a consignar, em legislação ordinária, garantias fundamentais há muito reconhecidas em nosso sistema jurídico, o texto deve ser aprovado conforme a redação encaminhada ao Senado Federal pela Câmara dos Deputados, **sem que sejam aprovadas e inseridas quaisquer das emendas sugeridas.**

**Carmen Mansano da Costa Barros Filha**

**com acréscimos sugeridos pelo Dr. Rodrigo Machado Gonçalves e pela Dra. Marina Coelho de Araújo .**

**Membros da Comissão de Direito Penal do IAB**

---

<sup>24</sup> Regimento Interno STF -art. 193. O Tribunal poderá, de ofício:

I-(...)

II- Expedir ordem de *habeas corpus* quando no curso de qualquer processo, verificar que alguém sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Regimento Interno STJ – art. 203- O Tribunal poderá, de ofício: (...)II – expedir ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de qualquer processo, verificar que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.