

ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER NA DENÚNCIA E NA PRISÃO PREVENTIVA

Heleno Cláudio Fragoso

SUMÁRIO: 1. *Objeto do estudo*; 2. *A legalidade da denúncia*; 3. *A lacunosa descrição do fato delituoso*; 4. *As denúncias vagas em crimes políticos*; 5. *Os processos contra comunistas*; 6. *O habeas corpus por falta de descrição do fato delituoso*; 7. *O abuso de poder na denúncia*; 8. *O legítimo interesse como condição da denúncia*; 9. *O abuso de poder nos processos políticos*; 10. *A legalidade da prisão preventiva*; 11. *O abuso de poder e a matéria de fato no âmbito do hábeas corpus*.

1. O escopo do processo penal, como ensina MANZINI, é o de verificar o fundamento da pretensão punitiva e não o de torná-la realizável a todo custo. Prevê ele, em conseqüência, ao lado de normas que asseguram os meios de verificação da culpabilidade, outras dispostas a evitar o erro e o arbítrio. Desta forma, junto ao interesse repressivo, o processo penal assegura, no Estado livre, a tutela do interesse eventualmente em perigo da liberdade individual¹.

Encontramos e nosso processo penal alguns princípios fundamentais que, disciplinando a realização da pretensão punitiva do Estado, constituem elementos essenciais de garantia para o acusado, relacionando-se com o direito de liberdade do cidadão, que a constituição assegura.

Objeto deste estudo será o exame de alguns aspectos da garantia processual do direito de liberdade, no que tange à ação penal e à prisão preventiva, bem como ao

¹ MANZINI, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, 1948, vol. I, p. 196.

habeas corpus, como *remedium juris* contra o arbítrio e a ilegalidade que com as mesmas se apresentam, à luz de nossa mais recente experiência judiciária.

Deve a denúncia conter os elementos indicados no art. 41 Cod. processo penal. Deve, assim, conter obrigatoriamente os pressupostos da demanda: *personae*, *causa petendi e res in iudicium deducta*. A esta última corresponde o fato criminoso, que deve ser exposto com todas as suas circunstâncias. Elemento essencial de garantia para o acusado, a narração minuciosa do fato fundamenta o pedido, demonstra a convicção da acusação pública, justifica a ação penal, afasta o arbítrio e o abuso de poder. É, por assim dizer, a condição primeira do litígio, a exigência primária da demanda. No processo penal, pelas exigências próprias do direito punitivo, a exposição concludente dos fatos assume especial relevância, pois fundamenta a aplicação da lei penal, eu é fonte e limite do direito subjetivo do Estado à punição; informa a pretensão punitiva e permite que o imputado deduza com segurança a sua defesa.

Fácil é compreender a insegurança que representa para o acusado e o prejuízo que lhe traz à defesa, o fato de ser a denúncia obscura, vaga, inconcludente quanto aos elementos causais da acusação. EUGÊNIO FLORIAN assinala, com propriedade, esse aspecto de insegurança que a denúncia incompleta e deficiente oferece, afirmando que as acusações vagas e elásticas, de que a história proporciona numerosos exemplos, especialmente com relação a processos políticos, por crimes de opinião e religiosos, são perigosas e nocivas, pois dificultam a defesa, deixando margem ao arbítrio judicial².

A doutrina, entre nós, tem caracterizado as exigências da denúncia, quanto à esta narração do fato, sem discrepância, seguindo JOÃO MENDES, que dizia: “A denúncia é uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*). Demonstrativa, porque

² FLORIAN, *Elementos de Derecho Processal Penal*, 1934, p. 386.

deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção, e nomear testemunhas e informantes”³.

A exigência de exata narração do fato delituoso, evidentemente não desaparece quando se trata de co-autoria ou de participação. É sabido que nosso código penal (art. 25), não distingue entre as várias categorias de partícipes, a todos considerando co-autores. Essa concepção, que é intrinsecamente injusta e perigosa⁴, pois equipara, *a priori*, para idêntica punição, em princípio, ações com merecimento de pena totalmente diverso, não tem qualquer conseqüência de natureza processual⁵. Seria mesmo possível afirmar que, em caso de co-delinquência, a exata narração da conduta delituosa, na forma de participação punível, adquire maior relevo e importância. Isso porque o partícipe secundário, nos termos da acusação, vai responder *como se tivesse praticado a ação típica*. Essa gravíssima conseqüência da participação no delito torna muito mais necessário que a denúncia descreva, com detalhe, como, por que meio, quando o co-réu contribuiu para a ação comum. Não basta participar de uma quadrilha para responder pelos crimes que ela pratica. O concurso exige participação através de atos; participação ativa, militante, voluntária e consciente na empresa comum.

3. São numerosos os processos em que a garantia processual da descrição do fato delituoso imputado ao acusado é violada, especialmente processos políticos que a se iniciaram após a revolução de abril de 1964. Mencionaremos alguns desses processos, para ilustrar, à guisa de exemplo, as referências que, no plano doutrinário, deixamos consignadas.

³ JOÃO MENDES, *O processo criminal brasileiro*, 1911, vol. II, p. 166. Cf., ainda, CÂMARA LEAL, *Comentários ao Código de Processo Penal*, 1942, vol. I, p. 190: “A queixa ou a denúncia deve fazer a exposição do crime, descrevendo o fato principal em seus vários episódios, com referência ao tempo e lugar em que ocorreu e todas as circunstâncias que o cercaram, de modo a tornar possível a reconstrução de todos os acontecimentos que se desenrolaram”. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, p. 153: “O que deve trazer os caracteres de *certa e determinada*, na peça acusatória, é a *imputação*. Esta consiste em atribuir à pessoa do réu a prática de determinados atos que a ordem jurídica considera delituosos; por isso, imprescindível é que nela se fixe, com exatidão, a conduta do acusado, descrevendo-a o acusador de maneira precisa, certa e bem individualizada”. HÉLIO TORNAGUI, *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, p. 81: “Refere-se o Código à *exposição minuciosa* não apenas de fato infringente da lei, como também de todos os fatos que o cercaram, não somente de seus acidentes, mas ainda de suas causas, efeitos, *condições*, ocasião, antecedentes e conseqüentes”. Cf., igualmente, TORNAGUI, *Instituições de Processo Penal*, vol. II, p. 15.

⁴ Cf. *A reforma da legislação penal*, Revista, nº 2, p. 70.

⁵ Em contrário têm-se pronunciado alguns eminentes magistrados no Tribunal Federal de Recursos. Cf. *Revista*, nº 12, p. 152.

No rumoroso caso da *Comal*⁶, a acusação reuniu onze diretores e gerentes da empresa, num mesmo item da denúncia, para de todos dizer, fundamentalmente, que *cada um executava a parte que lhe cabia na urdidura geral*. Ora, essa parte que cabia a cada um na urdidura geral era precisamente o que deveria mencionar a denúncia e isso exatamente é o que faltou dizer.

É então possível que seja alguém submetido ao constrangimento de um processo criminal, que afeta o *status dignitatis* do cidadão, sem que se lhe diga em que consistia a parte que lhe cabia na urdidura geral de uma ação delituosa? Sem que se lhe diga “com todas as circunstâncias”, que ação ilícita praticou, com a descrição do fato em seus vários episódios? Sem que se diga o que fez, como, quando, onde? Como é possível que alguém se defenda de uma acusação vaga e capciosa de que fez o que lhe cabia (!) na ação comum?

Por outro lado, na denúncia a que aludimos, havia também uma cláusula genérica segundo a qual se dizia que todos os onze denunciados participaram do crime “por ação ou omissão”. A referência a *comportamento omissivo* constitui freqüentemente indício da precariedade da acusação. Não há crime comissivo por omissão sem que haja transgressão de específico dever jurídico de impedir o resultado. É sempre indispensável indicar em que consistia esse dever, pois ele constitui elemento não escrito do tipo, integrado, como dizia NAGLER, a condição pessoal do agente, indispensável para a configuração da conduta típica. Por outro lado, é óbvio que a denúncia deve indicar em que consistiu a omissão, que não constitui um simples *não fazer*, mas um não fazer *algo*.

Nosso direito penal desconhece a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a responsabilidade penal coletiva. Ela é sempre individual e subjetiva, dependendo da prática da ação delituosa de forma culpável ou da participação consciente e voluntária na ação delituosa de outrem. É perfeitamente injurídico *presumir* a participação no delito, pelo fato de ser alguém sócio ou diretor de empresa ou sociedade. É absolutamente indispensável indicar e demonstrar em que consistiu a participação militante na ação comum, com a parte que coube a cada partícipe, pois cada um deve

⁶ A denúncia acha-se integralmente reproduzida na *Revista Trimestral de Jurisprudência (STF)*, vol. 35, p. 518.

ser punido segundo a sua própria culpabilidade e independentemente da culpabilidade dos demais.

4. Nos processos políticos que resultaram de IPMs, esse grave defeito da denúncia é uma constante inevitável. A explicação é fácil.

O movimento revolucionário de abril de 1964 fez surgir em vários pontos do território nacional, vigorosa ação repressiva contra atividades políticas que estavam ligadas, de alguma forma, ao governo deposto.

Dentre os que se encontravam na alça de mira de tal ação repressiva revolucionária, estavam políticos e apoiavam o governo, porque pertenciam ao mesmo partido a que estava filiado o presidente da República. Estavam também cidadãos, de todas as correntes de opinião, que se manifestavam a favor de reformas, reconhecendo as graves injustiças e deficiências de importantes setores de atividade na vida da nação, entre as quais a reforma agrária. E verdade, apesar da diversidade de opiniões quanto à realidade brasileira, ninguém duvida da necessidade desta e de outras reformas, preconizadas, inclusive, por organismos internacionais insuspeitos. É verdade que o governo anterior, pretendendo agitar o país, não cogitava de reformas com seriedade, mas muitas pessoas honestas que por elas se bateram, foram também, só por isso, consideradas “perigosas” e “subversivas”.

Foram também colhidos pela reação revolucionária, elementos de esquerda, comunista, socialistas, marxistas, católicos e todos os mais que se opunham à dominação imperialista estrangeira, sustentando posição nacionalista exacerbada, seja no que concerne à exploração de nossas riquezas, seja no que diz respeito à nossa política exterior ou ao que se relaciona com a economia nacional. Esses aparecem sob o rótulo genérico de “comunistas”.

Contra essas pessoas, como é natural e explicável num movimento revolucionário como o que tivemos em abril de 1964, dirigiu-se ação eficiente e pronta, com a prisão de muitos. Todavia, não bastava apenas a ação policial de neutralização dos suspeitos. Surgiu desde logo a *pretensão punitiva revolucionária*⁷, inclusive como forma de coonestar as prisões que se prolongavam indefinidamente, pois as garantias

⁷ Cf. a propósito nosso trabalho *A Justiça Penal e a Revolução*, Rio de Janeiro, 1965, p. 7.

constitucionais permaneceram em vigor com a legislação revolucionária, ou seja, com o *Ato Institucional* que mais tarde recebeu o nº 1.

Foram então abertos numerosos IPMs, que obedeceram a uma orientação básica e fundamental: todos os elementos que se destacaram em atividades políticas, ligados ao governo anterior, inclusive no setor estudantil e sindical, passaram, segundo a hipótese acusatória uniforme, a fazer parte de um monumental esquema “Comuno-Sindical-Estudantil”, para subversão completa da ordem política e social do Brasil.

Partindo dessa inspiração, os IPMs procuraram provar que os indiciados eram comunistas ou que tinham ligação com os comunistas. E, demonstrando esse fato, com maior ou menor êxito, julgaram as autoridades que tinham oferecido a prova plena de sua hipótese acusatória, numa verdadeira *probatio diabolica* da existência do crime previsto no art. 2º inciso III da lei 1802.

As denúncias que surgiram desses IPMs são extremamente curiosos, constituindo, em muitos casos, exatos modelos de como não deve ser uma denúncia. Ao invés de descrever o fato delituoso, com “todas as circunstâncias”, indicando a participação de cada um dos réus, de forma sóbria e sem palavras supérfluas, como é próprio de uma denúncia tecnicamente bem feita, verifica-se que a promotoria apresenta um autêntico ensaio, volumoso, em que dá livre curso à sua vocação literária, e asas à imaginação, suprimindo desta forma a ausência de fatos penalmente relevantes.

Como exemplo pode-se mencionar o processo que resultou do IPM feito em Fortaleza, no Ceará⁸. Nesse processo, a “denúncia” se apresenta em forma de alegações finais, chegando o promotor a apresentar o que denomina “um modesto subsídio, para melhor entendimento” da hipótese acusatória, que constitui o famoso esquema “comuno-sindical-estudantil”, a que já aludimos. Em tal denúncia, a ação delituosa, ao invés de ser descrita, com todas as circunstâncias, *fica implícita*, em virtude do seguinte raciocínio, verdadeiramente pueril: os acusados são comunistas ou cooperaram com os comunistas; ora todo mundo sabe que os comunistas pretendem a subversão da ordem; logo, os acusados atuaram no sentido da subversão da ordem.

⁸ Referimo-nos ao *Recurso Criminal* 4123/65, julgado pelo Superior Tribunal Militar.

Que ação executou cada um dos acusados e que constitua participação no delito, não se diz. A ele imputa-se um *estado* ou condição pessoal. Ora, ninguém pratica crime enquanto *é* alguma coisa. Crime é ação ou omissão com a qual o agente se põe em contraste com as exigências da ordem jurídica, transgredindo norma penalmente sancionada. Por outro lado, a *prova* desse estado ou condição pessoal (ou seja, a prova de que o acusado é comunista) chega, por vezes, a ser hilariante e ridícula. Assim, há uma pessoa incluída na denúncia, porque recebeu, de outro acusado, um cartão postal, quando este estava na União Soviética. Outras “provas”: realizar ou receber convite para realizar viagem a Cuba ou a países da cortina de ferro; pertencer a certas entidades ou associações; firmar um telegrama de solidariedade ao presidente; assinar um manifesto em que se defende a necessidade de reformas, etc.

Essa denúncia, que é típica desse gênero de processos, por outro lado, não diz também quais são os atos que configuram a ação delituosa geral (imputada a todos) e que seriam o crime previsto no art. 2º inciso III da lei 1802: “Tentar mudar a ordem política ou social estabelecida na Constituição, mediante ajuda ou subsídio de Estado estrangeiro ou de organização estrangeira ou de caráter internacional”. A denúncia não descreve, não aponta nem sequer insinua, qualquer ato que constitua, juridicamente, tentativa de mudança da ordem política ou social.

Isso também fica mais ou menos implícito na seguinte passagem: “A execução situação na tremenda investida que o Partido Comunista fez no Brasil, durante o último governo, para a implantação de seus dogmas, para a mudança de nossos princípios constitucionais”. Essa “tremenda investida” fica no terreno da pura criação mental, pois o M.P. não indica, como seria indispensável, que atos a constituem; atos que, em termos de direito penal (e não de ação política mais ou menos desordenada), configurem início de execução do fato gravíssimo que a lei incrimina.

5. Um outro exemplo, não menos eloqüente, é dado pelo processo em curso na 2ª Auditoria da 2ª Região Militar e que se convencionou chamar de “Processo das Cadernetas de Prestes”. Trata-se de processo resultante de inquérito que teve por base anotações em cadernos, atribuídas ao punho do conhecido líder comunista. Com base exclusivamente nessas anotações realizou-se monumental inquérito, tendo sido denunciadas mais de setenta pessoas. A denúncia, depois de uma longa e imaginosa

narração histórica das atividades do Partido Comunista passa a se referir a cada um dos réus, imputando-lhes, substancialmente, o fato de estarem citados ou mencionados nas “Cadernetas”, além da qualidade de *comunistas*, pretendendo com isso que praticaram o crime gravíssimo do art. 2º inciso III da lei 1802, que os submete à pena de 15 a 30 anos de reclusão, a mais grave prevista na Lei de Segurança⁹.

6. Os tribunais superiores do país têm anulado essas denúncias, repetidamente, e muitas delas não têm sido recebidas pelos juízes de primeira instância.

No julgamento do h.c. 42.303, em que o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem pela inépcia da denúncia, afirmou o ilustre relator, min. PEDRO CHAVES: “Esses pressupostos formais da denúncia, exigidos pela nossa legislação processual desde o Código de Processo de 1832, estão compendiados hoje no art. 41 Cod. Proc. Penal e são indeclináveis, não só em nome do princípio da lealdade processual, como também por força do princípio do contraditório, que é preceito constitucional. Se a denúncia acusatória não for clara, precisa e concludente não se poderá estabelecer o contraditório em termos positivos, com evidente prejuízo para a defesa, sujeita a vagas acusações”¹⁰.

No caso *Comal* a que acima aludimos, numerosos *habeas corpus* foram concedidos pelo T.R.F. e pelo S.T.F., para declarar a inépcia da denúncia, e, em alguns

⁹ Outros exemplos: Ação penal movida pelo M.P. militar perante a auditoria da 5ª Região Militar (Curitiba), relativa à chamada “Operação Três Passos”. Aqui houve ação subversiva concreta de ex-militar que praticou operações de guerra no oeste dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Todavia, foram incluídas na denúncia numerosas pessoas que se achavam no Uruguai, laconicamente acusadas de integrarem “a assessoria político-militar” de conhecido político no exílio. Ação penal movida pelo M.P. contra mais de duzentas pessoas, acusadas de contrabando no Estado do Piauí, conforme IPM realizado após a revolução. A denúncia refere-se, genericamente a “grande descaminho de café no Estado do Piauí, através dos denunciados”. Não houve qualquer apreensão de mercadorias. Que mercadorias exportou qualquer dos denunciados, quando, onde, para quem, para que lugar, através de que meio, que resultados foram obtidos, são indagações deixadas inteiramente à imaginação do leitor de tal surpreendente denúncia. Como podem os réus deduzir com eficiência as suas defesas se apenas sabem, vagamente, que são acusados de descaminho? Tiveram todos, além do mais, a prisão preventiva decretada. (*Habeas Corpus* 1460, Tribunal Federal de Recursos).

¹⁰ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 33, p. 431. Cf., igualmente, entre outras, as seguintes decisões proferidas pelo S.T.F.: H.C. 42.505, rel. min. PEDRO CHAVES: “É juridicamente inepta e causa prejuízo à defesa, a denúncia que não descreve o fato e suas circunstâncias”. (*Rev. Trim. Jurisprudência*, vol. 3, p. 877). H.C. 42.856, rel. min. HERMES LIMA: “Denúncia vaga que não especifica nenhuma conduta criminosa de que o paciente pudesse se defender. A denúncia teria que precisar a conduta delituosa”. (*Diário da Justiça*, 10-3-66, p. 759). H.C. 42.505, rel. min. PEDRO CHAVES, in *Rev. Trim. Jurisprudência*, vol. 33, p. 865; h.c. 39.144, rel. min. PEDRO CHAVES, *Rev. Trim. Jurisprudência*, vol. 23, p. 236. As Câmaras Criminais reunidas de São Paulo, rel. des. COSTA MANSO, já decidiram: “A denúncia deve descrever minudentemente os fatos e dar as razões de convicção ou presunção que acusam o denunciado, para que se limite o campo de ação e aquele saiba claramente de que e por que é acusado” (*Rev. Tribs.*, vol. 277, p. 85).

csos, a ausência de justa causa¹¹. A hipótese era de co-autoria e a inépcia da denúncia por ausência de descrição do fato delituoso eu constituísse participação no crime, foi alegada por vários impetrantes. No julgamento do h.c. 42.697, concedido por unanimidade, assinalou a propósito o eminente relator, min. VICTOR NUNES LEAL: “Discriminar a participação de cada co-réu é de todo necessário, porque, se, em certos casos, a simples associação pode constituir um delito *per se*, na maioria deles a natureza da participação de cada um na produção do evento criminoso, é que determina a sua responsabilidade, porque alguém pode pertencer ao mesmo grupo, sem concorrer para o delito, praticando, por exemplo, atos penalmente irrelevantes, ou nenhum. Aliás, a necessidade de se definir a participação de cada um resulta da própria Constituição, porque a responsabilidade criminal é pessoal, não transcendendo da pessoa do delinqüente (art. 141 § 30). Também é essencial essa especificação, para que possa haver defesa adequada, para que alguém, denunciado com outros, possa saber como orientar e conduzir sua defesa, evitando-se inclusive a constituição ou nomeação de um só defensor para mais de um acusado, cujas defesas devessem divergir em algum ponto”. E, aludindo ao fato de mencionar a denúncia que cada um dos acusados executava “a parte que lhe cabia na urdidura geral”, afirmou: “O que justamente se precisava dizer era que atos cabia a cada um praticar, qual foi a sua participação, para que todos pudessem defender-se, e a denúncia pudesse, então, ser aceita como ato regular, e não como ato abusivo, excedente dos poderes do M.P. e distorcivo da finalidade social da instituição”¹².

Em tema de co-autoria, esse tipo de deficiência da denúncia já havia sido considerado como inépcia, em decisões mais antigas, como a proferida, por unanimidade, no h.c. 34.261, rel. min. LAFAYETTE DE ANDRADA: “É inepta a denúncia que não diz como tenham os pacientes concorrido para a ação delituosa, e sequer insinua existisse de sua parte conhecimento de que estivesse o co-réu a agir ou deixado de agir em contravenção à lei. Não é possível imputar a alguém, simplesmente pela sua condição de sócio da firma comercial a que pertence o estabelecimento em

¹¹ Sobre a decisão proferida pelo TRF no h.c. 1350, relator o min. CUNHA MELO, cf. *Revista*, nº 12, p. 152.

¹² *Habeas Corpus* 42.697, in *Trimestral de Jurisprudência*, vol. 35, p. 534. Esse h.c. foi impetrado pelo autor do presente estudo. Na *ementa* lê-se: “Nenhuma especificação dos atos que caracterizariam sua co-participação”. O aspecto constitucional da matéria, destacado pelo relator, foi também invocado pelo ilustre min. GONÇALVES DE OLIVEIRA: “Este preceito (art. 141, § 25) exige do legislador ordinário que o processo-crime seja iniciado com uma acusação com todas as suas características, como a descrição do fato delituoso que se atribui ao acusado, para que ele possa, realmente, preparar a sua defesa”.

que se verifica a infração, o próprio delito, como co-responsável direito por ele, sem sequer dizer como, por que forma, tenha ele concorrido”¹³.

Por ocasião do julgamento de um dos h.c. sobre o caso *Comal* no Tribunal Federal de Recursos, alguns eminentes magistrados afirmaram que a deficiência da denúncia na narração do fato delituoso é sanável, em virtude do que dispõe o art. 569 Cód. Proc. Penal¹⁴. Essa orientação não prevaleceu e é a nosso ver, *data vênia*, improcedente. Não são sanáveis as deficiências que se relacionam com os pressupostos da demanda, e se a parte as alega, a denúncia tem de ser anulada, por inepta. Rigorosamente não pode ela ser recebida, porque se trata de exigência legal (art. 41 Cód. Proc. Penal) que deflui de regras constitucionais que constituem o *due process of law*^{14-A}.

7. Há, porém, outro importante aspecto a ser considerado em relação à denúncia. Ela não pode ser um ato de prepotência. A lei a reveste de formalidades indispensáveis; tem ela como pressupostos essenciais elementos que garantem e asseguram o direito de liberdade do cidadão. É necessário que ela descreva um fato que em tese constitui infração penal; é indispensável que se funde em justa causa para o processo, exigindo nosso antigo direito que apresentasse o corpo de delito ou o fundamento de fato da acusação pública. Por isso JOÃO MENDES ensinava que é ela também uma exposição *demonstrativa*, “porque deve descrever o corpo de delito e dar as razões de convicção”.

Não pode o M.P. *inventar* que alguém praticou um crime e iniciar ação penal, ainda que a denúncia esteja revestida de todas as formalidades a que alude o art. 41 Cód. Proc. Penal. O M.P. é, às vezes, fiel servidor dos interesses do poder executivo, e

¹³ *Revista Foense*, vol. 173, p. 337. Cf., igualmente, a decisão proferida pelo T.J. de São Paulo, relator o des. TOMAZ CARVALHO: “Sem que a denúncia descreva a participação do acusado no crime que lhe atribuí, não é dado à Justiça Pública sujeitá-lo aos percalços e dissabores da ação penal”. (*Revista Forense*, vol. 180, p. 312).

¹⁴ Cf. *Revista*, nº 12, p. 154. Esse entendimento encontra apoio na decisão proferida pelo STF no h.c. 41.906, relator o ilustre min. LUIZ GALLOTTI (*Rev. Trim. Jurisprudência*, vol. 32, p. 298).

^{14-A} Segundo a 6ª emenda à Constituição Americana, o acusado de crime tem o direito a ser informado da natureza e da causa da acusação (*in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to be informed of the nature and cause of the accusation*). A denúncia (*bill of indictment*), no direito inglês, deve indicar “com razoável clareza” (*with reasonable clearness*), a ocasião e as circunstâncias do crime (*Indictments Act*, de 1915, schedule I, rule 9, segundo o qual, “*it will be sufficient to describe any place, time, thing, matter, act, or omission whatsoever in ordinary language, in such a manner as to indicate with reasonable clearness the place, time, thing, matter, act or omission referred to*”). Na clássica obra de KENNY pode ver-se que isso é necessário, para que o acusado possa saber que defesa deve apresentar (*this is necessary in order that he may be able to know what defense to offer*) e também para proteger-se na hipótese de nova acusação pelo mesmo fato. Cf. KENNY’s *Outlines of Criminal Law*, 17ª ed. Preparada por TURNER, Cambridge, 1958, p. 553.

o governo estaria armado de um poder tirânico e intolerável se o M.P. pudesse, principalmente em processos políticos, iniciar ação penal como um ato de puro arbítrio e opressão. O M.P. não é uma espécie de inquisidor-mor que possa a seu bel-prazer, denunciar quem bem entenda ou quem apraz ao executivo (em cujo nome atua) perseguir.

Não se cogita aqui de *ilegalidade*: a denúncia pode ser formente incensurável. Cogita-se, isso sim, de *abuso de poder*, ou seja, de desvio dos deveres do próprio ofício, na prática arbitrária de um ato legal. Há abuso de poder quando o funcionário se serve ilegitimamente de faculdades ou de meios de que legalmente pode dispor. O abuso de poder é, em suma, o mau uso de poder na denúncia, quando o M.P., inteiramente fora da realidade e sem qualquer elemento de convicção, inicia o procedimento criminal.

Não há dúvida de que o *habeas corpus* constitui o remédio adequado para corrigir a ação abusiva do M.P. A Constituição Federal, no art. 141 § 23, estabelece que dar-se-á *habeas corpus*, quando a violência ou coação, atual ou iminente, caracteriza “ilegalidade ou abuso de poder”.

Esse aspecto do cabimento do *habeas corpus* tem sido negligenciado pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais, que o tem suprido, como bem esclareceu o min. VICTOR NUNES LEAL, por uma ampla interpretação da *ausência de justa causa*.

No h.c. 42.697, a que já aludimos, a matéria constituía um dos fundamentos da impetração. Afirmava-se que a inclusão do paciente na denúncia constituiu ato arbitrário, sem qualquer fundamento na realidade, sendo, pois, um abuso de poder. A propósito foi invocada a decisão que o STF proferiu no h.c. 32.203, relator o eminente mestre OROZIMBO NONATO, no qual se afirma que “há falta de justa causa que justifica a concessão do *habeas corpus*, quando o fato, nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação”¹⁵. Nessa última parte o acórdão alude, evidentemente, ao abuso de poder.

¹⁵ *Revista Forense*, vol. 150, p. 393.

O excelente juiz que é o ilustre min. VICTOR NUNES LEAL, sem qualquer dúvida, uma das maiores figuras de nossa Corte Suprema, cuidou, em seu longo e importante voto, da questão do *abuso de poder*: “A conceituação do abuso de poder para concessão de *habeas corpus*, como diz o ilustre impetrante, tem sido negligenciada em nossa doutrina e jurisprudência. Mas assim acontece, porque a noção de falta de justa causa tem sido interpretada com suficiente amplitude, para abranger, pelo menos, a maior parte dos casos ocorrentes de abuso de poder.

Exemplo muito expressivo de como esta matéria tem sido tratada, entre nós, com pouco desenvolvimento, é o comentário de PONTES DE MIRANDA, no vol. 3º, p. 324, da 1ª ed. De sua ampla obra sobre a Constituição. Diz ele, referindo-se ao § 23 do art. 141: ‘Abuso de poder é o *exercício irregular dele*’. Nenhuma palavra a mais na sua extensa obra de quatro volumes. Mas, apesar de sintético, esse comentário contém o essencial para a compreensão do abuso, que é a noção de *irregularidade do uso*. É a mesma que encontramos no Cód. Civil, art. 160 n. I, para caracterizar o abuso de direito. Aliás, ressalvadas as particularidades das áreas de ação em que esses fatos produzem, há muita afinidade entre o abuso de direito e o abuso de poder. E a noção do uso irregular, que está no Código Civil, é a mesma que PONTES DE MIRANDA utiliza para caracterizar o abuso de poder, que autoriza a impetração de *habeas corpus*.

Ora, formular uma acusação, de que resulte um processo penal, sem que haja os pressupostos de direito, como também os pressupostos de fato, para a ação penal, é caso, sem dúvida, de uso irregular de poder de denúncia, embora nem sempre fácil de demonstrar, por que o poder de denunciar não existe para atormentar as pessoas, para criar dificuldade aos seus negócios, para cercear sua liberdade de locomoção; a denúncia é um instrumento confiado ao Ministério Público para fazer atuar a lei penal, para defender a sociedade contra os criminosos, para reprimir os crimes que tenham sido cometidos. Se o resultado da denúncia é a sujeição de pessoa inocente à ação penal, em princípio, está caracterizado o abuso. Toda a dificuldade do problema consiste, para fins práticos, em verificar até que ponto pode ir o Poder Judiciário, na verificação das provas, para discernir se o Ministério Público agiu no uso regular ou irregular do seu poder de denunciar”.¹⁶

¹⁶ Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 35, págs. 530/1.

8. Por um outro caminho poderíamos também chegar à ilegitimidade da denúncia oferecida em tais casos. É o que o *juízo de admissibilidade* da acusação impõe ao juiz também a verificação da viabilidade do direito de ação, que tem como condição elementar o legítimo interesse. O vigente Código de Processo Penal é, como afirma JOSÉ FREDERICO MARQUES, pouco claro a esse respeito, pois não traz texto expresso exigindo, como condição do direito de ação, o legítimo interesse. “Fácil é demonstrar, porém, que tal condição se encontra imanente ao sistema legal em vigor”.

Não pode haver o interesse processual sem a lesão efetiva do interesse substancial e a idoneidade da medida judicial impetrada para sua tutela. Assim, acrescenta o grande processualista, “faltarão legítimo interesse, no processo penal, para a apresentação da denúncia, se os fatos colhidos no inquérito, ou em outra investigação, não mostrarem a possibilidade de apurar-se qualquer lesão a bens jurídicos penalmente tutelados”. É exato que a acusação se funda, não na existência do *corpus delicti*, e sim na *opinio delicti*; mas esta deve originar-se de suspeita fundada e razoável. Do contrário, inepta será a denúncia por ausência de justa causa e legítimo interesse do Estado em acusar¹⁷.

A matéria nos põe diante do problema fundamental do processo, que se move diante de dois valores essenciais: o respeito à liberdade, à segurança e à dignidade do cidadão, por um lado, e, por outro, o interesse na repressão à criminalidade. É óbvio que o juiz deve ter, nesse juízo sobre a admissibilidade da acusação, a maior prudência, sendo indispensável, para a rejeição da denúncia por tal fundamento, que os elementos de convicção apresentados com a mesma demonstrem que ela está completamente fora da realidade, constituindo aquela *criação mental* a que aludia o min. OROZIMBO NONATO.

¹⁷ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, p. 166: “É preciso que haja o *fumus bonni juris* para que a ação penal contenha condições de viabilidade. Do contrário, inepta se apresentará a denúncia, por faltar legítimo interesse, e conseqüentemente, *justa causa*.”

Imperativo é, por isso, o controle do juiz sobre essa condição de viabilidade do pedido acusatório pois, se assim não for, pode ser atingido, indevidamente, o *status libertatis* do acusado. Não há, no caso, um juízo de formação da culpa, com apuração rigorosa do *corpo de delito*. O que existe é um despacho de deliberação, provisório e simples, em que o juiz apura se há aquela *fumaça de bom direito* que autoriza a instauração da *persecutio criminis* em sua fase processual.

O processo penal atinge o *status dignitatis* do acusado. Em vários casos, este sacrifício é exigido (como acontece sempre que o réu é absolvido) no interesse do bem comum. Todavia, se nem o *fumus bonni juris* pode descobrir-se, para alicerçar a peça acusatória, seria iníquo que o juiz permanecesse impassível e, como simples autômato, fosse recebendo a denúncia ou queixa”.

9. O abuso de poder ou a falta de legítimo interesse no exercício do direito de ação encontra nos processos políticos o campo mais propício para surgir. Assim tem sido ao longo da história.

Entre nós, podemos mencionar, como casos de abuso de poder, nos processos por crimes políticos surgidos após a revolução de abril de 1964, aqueles em que foram denunciados comunistas, políticos, estudantes e operários, a quem imaginariamente se imputava o crime gravíssimo previsto no art. 2º inciso III da lei 1802¹⁸. Isso se fazia, antes do aparecimento do *Ato Institucional* nº 2, com um expediente indigno para transferir o processo de crimes políticos para a competência da Justiça Militar. O citado dispositivo de lei passou a constituir uma espécie de vala comum em que se lançavam todos os IPMs que contivessem matéria política; terrível leito de Procusto onde se pretendia enquadrar toda a espécie de atividade “subversiva”.

O STF e o STM concederam numerosos *habeas corpus* afirmando ser ilegal, a conseqüentemente abusiva, a classificação feita pela denúncia¹⁹. Um outro exemplo mais recente é a denúncia que acaba de ser feita ao E. Superior Tribunal Militar contra os autores da “História Nova do Brasil”, que são acusados de escrever um livro subversivo (o qual se refere à história brasileira, desde o descobrimento até o século passado), praticando desta forma, como não podia deixar de ser, o crime do art. 2º inciso III da lei 1802, estando sujeitos às penas de 15 a 30 anos de reclusão! É evidente que tal denúncia não prosperará, mas o simples fato de ter sido apresentada é um triste sinal dos tempos²⁰.

¹⁸ “Tentar mudar a ordem política ou social estabelecida a Constituição, mediante ajuda ou subsídio de Estado estrangeiro ou de organização estrangeira ou de caráter internacional”. É o mais grave dos crimes previstos na lei 1802.

¹⁹ Entre os inúmeros julgados da Suprema Corte, mencionaremos, a título de exemplo, o h.c. 42.182, relator min. VILAS BOAS, relativo a processo em que foram acusados universitário de Minas Gerais (*Rev. Trim. Jurisprudência*, vol. 35, p. 230); o h.c. 42.376, relator min. PEDRO CHAVES, num caso em que eram acusados líderes sindicais (*Rev. Trim. Jurisprudência*, vol. 35, p. 233) e o h.c. 42.534 relator o min. HERMES LIMA, que concedeu a ordem, porque “a capitulação dos fatos no art. 2º inciso III da lei 1802 constitui ilegalidade”. Nesse caso, afirmou o ilustre min. PEDRO CHAVES: “A denúncia é inepta, divorciada completamente dos textos que invoca para imputar esse crime ao paciente” (*Rev. Trim. Jurisprudência*, vol. 35, p. 130). No Superior Tribunal Militar, no mesmo sentido, podemos citar o h.c. 27.395, relator o eminente min. ROMEIRO NETO, impetrado em favor de Astrogildo Pereira e o h.c. 27.611, relator o ilustre min. RIBEIRO DA COSTA, em favor de Mário Schemberg, ambos no famoso processo das “Cadernetas de Prestes”.

²⁰ É uma vergonha que se procure instaurar processo por fato que constitui simples manifestação do pensamento. A denúncia pelo art. 2º inciso III da lei 1802 visou descobrir um novo caminho para processar escritores, pois o STF já decidiu que a propaganda subversiva que o art. 11 da lei 1802 prevê não pode se praticada através de livros, mas apenas através de boletins ou panfletos. Recurso Criminal 1060 (*Rev. Trim. Jurisprudência*, vol. 35, p. 440). Em numerosas oportunidades o STF e o STM já declararam que o fato de ser comunista não é crime. No h.c. 27.395, o eminente min. ROMEIRO NETO declarou em seu voto: “Os fatos atribuídos ao paciente, positivamente não constituem crime e muito menos evidenciam que ele cometeu em tese, como se afirma

10. A *prisão preventiva*, de que se tem abusado nos últimos tempos em processos políticos, igualmente nos fornece elementos em relação ao tema que ora examinamos. Trata-se de saber quais os limites da *legalidade* da prisão preventiva e quando surge o *abuso de poder*.

Trata-se de medida grave, vexatória e excepcional, pois tira a liberdade do cidadão antes que a justiça o declare culpado do crime de que o acusam. Por isso mesmo a lei a reveste de formalidades essenciais, que integram o direito de liberdade do cidadão. Por isso também é antiga lição de direito a de que a prisão preventiva somente pode ser imposta como medida indispensável de coerção processual ou de garantia para a execução da pena. Fora dessas situações, a prisão preventiva é inadmissível.

Ensinam os autores que a prisão preventiva deve limitar-se àqueles casos em que representa o único meio à disposição do Estado para assegurar a realização da justiça. CARRARA somente a admitia *quando ogni altro mezzo men duro sarebbe inefficace al suo fine*²¹, chegando CONFORTI a afirmar que não é legítimo aplicá-la *senza inesorabile necessità*. Resumindo tais lições, VASSALI²² observa que “a restrição da liberdade de um imputado, só porque indiciado seriamente de ter cometido um crime, é absurda quando sua liberdade não seja de modo algum perigosa, nem para as exigências de segurança, nem pela necessidade do processo”.

A prisão preventiva que não se funda em situação de absoluta necessidade, para evitar a fuga do réu e para assegurar a imposição da pena, é puro ato de arbítrio e prepotência. Arbítrio e prepotência que a lei procura excluir, cercando essa medida excepcional de requisitos indispensáveis.

Como se sabe, a prisão preventiva pode ser obrigatória ou facultativa²³. A princípio, entendia-se que a prisão preventiva obrigatória deveria ser decretada

levianamente no despacho de prisão preventiva, o crime previsto no art. 2º inciso III da lei 1802. *A convicção comunista por si só, a idéia não pode constituir crime*”. Em decisão antiga, o STF, igualmente, afirmou, em acórdão relatado pelo min. OROZIMBO NONATO: “A reunião de pessoas suspeitas de comunistas pode, em certas circunstâncias suscitar vigilância policial, mas não constitui delito. *Ninguém pode ser punido por delito de opinião. Ser comunista não constitui crime*”. (*Diário da Justiça*, fev. 1958, p. 641)

²¹ CARRARA, *Opuscoli di Diritto Criminale*, 1889, vol. IV, p. 59.

²² VASSALI, *Osservazioni sulla custodia preventiva*, in *Scritti in onore di V. Manzini*, 1954, p. 500.

²³ É hoje universal o repúdio à prisão preventiva obrigatória, que é própria das legislações de inspiração autoritária. O projeto TORNAGHI a eliminou. Cf. a respeito, *Revista*, nº 8, p. 171.

automaticamente, sem necessidade de fundamentação²⁴. Firmou-se, no entanto, o ponto de vista contrário, pois é, em qualquer caso, absolutamente indispensável, para que a prisão preventiva possa se imposta, a prova da materialidade do fato e de, pelo menos, indícios suficientes autoria. A jurisprudência nesse sentido é copiosa²⁵.

Assim sendo, se a prisão preventiva é obrigatória, é indispensável que o decreto de prisão preventiva *indique* qual a prova da materialidade do fato e quais são os indícios suficientes da autoria. Alguns julgados têm entendido que, *havendo denúncia*, ao recebê-la e decretar a prisão preventiva, o juiz integra em sua decisão o conteúdo da denúncia, não sendo necessária nesse caso outra fundamentação²⁶. Esse entendimento, é *data vênia*, inadmissível. Tendo em vista a natureza da prisão preventiva, impõe-se sempre o maior rigor. É verdade que HÉLIO TORNAGHI, com a sua autoridade de emérito processualista, afirma que, no caso de prisão preventiva obrigatória, se a denúncia for aceita, pode-se dispensar a fundamentação *quanto à existência do crime*. Indispensável, no entanto, será, sempre a fundamentação quanto à prova da autoria²⁷.

Entendemos que em caso algum a fundamentação pode ser dispensada. Se a prisão preventiva for obrigatória, a fundamentação relaciona-se com a prova da materialidade do fato e da autoria, sendo que para esta bastam indícios. Se a prisão preventiva não for compulsória, *além disso* é indispensável a fundamentação quanto à *necessidade* da prisão para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (art. 313 Cod. Proc. Penal). Essa fundamentação deve ser exatíssima, contendo referência substancial *aos fatos*²⁸.

²⁴ *Revista Forense*, 112-205; 117-228; 132-241.

²⁵ *Revista Forense*, 140-408; 142-357; 135-270; 134-232; 146-402; 199-336, etc.

²⁶ H.C. 1283, julgado pelo TRF, relator o ilustre min. ANTONIO NEDER, (*Diário da Justiça*, 1-10-65, P. 451). Cf. a propósito, *Revista*, nº 12, p. 154. No sentido de que a fundamentação *quanto à existência do crime* é indispensável o mesmo tribunal já decidiu no h.c. 1314, relator o eminente min. AMARÍLIO BENJAMIN (*Diário da Justiça*, 1-10-65, p. 456).

²⁷ HELIO TORNAGHI, *Manual de Processo Penal*, vol. II, p. 619.

²⁸ Essa exigência legal é frequentemente burlada pela ligeireza, pela incompetência ou pela displicência dos juízes. A propósito, convém transcrever a perfeita lição de TORNAGHI, *loc cit.*: “O juiz deve mencionar de maneira clara e precisa *os fatos* que o levam a considerar *necessária* a prisão para garantia da ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias de liberdade o fato de o juiz dizer apenas: “Considerando que a prisão preventiva é necessária pra a garantia da ordem pública...” ou então: “a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal...” Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar”.

No h.c. 42.343, concedido por unanimidade pelo E. Supremo Tribunal Federal, afirmou o ilustre relator, min. LUIZ GALLOTTI: “Reconhecido nulo o exame de corpo de delito, esse ato perdeu o seu valor probante e, assim, não poderia servir de base à decretação da prisão preventiva, *que tem como um de seus requisitos a prova da existência do crime*”²⁹. E no h.c. 41.927, relator o min. VILAS BOAS, igualmente concedido por unanimidade, observou o min. EVANDRO LINS: “Não é possível que haja (na prisão preventiva) um ato de arbítrio. *O juiz tem de dizer por que decretou a prisão preventiva; deverá mencionar os fatos, as circunstâncias, quer dizer, a prova da existência do crime e indícios veementes da autoria existentes contra o autor do crime*”³⁰.

A prisão preventiva, em consequência do que ficou exposto, é *ilegal* quando não está fundamentada ou quando está incompleta ou deficientemente fundamentada. Fundamentação que, sendo a prisão cautelar obrigatória, deixa de mencionar a prova da materialidade do fato e os indícios que existem quanto à autoria, e que, sendo facultativa, além disso, deixa de justificar a necessidade da medida excepcional³¹.

Como é fácil perceber, os princípios que regem a prisão preventiva em nosso direito, afastam o abuso de poder, que somente pode subsistir se se entender que a fundamentação do juiz é incensurável no âmbito do *habeas corpus*, ou seja, o absoluto arbítrio do juiz na decretação da prisão preventiva não obrigatória³². Em sentido contrário, no entanto, orienta-se hoje a jurisprudência dos tribunais.

11. Resta-nos estudar o exame do abuso de poder no *habeas corpus*, matéria intimamente relacionada com a delicada questão da prova no âmbito na medida. É fácil compreender que não pode o tribunal constatar a existência de abuso de poder sem indagação quanto à existência dos pressupostos de fato da denúncia. No julgamento do

²⁹ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 34, p. 22.

³⁰ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 33, p. 408. Quanto à materialidade do fato, não bastam *indícios* (h.c. 42.416, relator min. VILAS BOAS, *Diário da Justiça*, 9-2-1966, p. 255).

³¹ O caráter excepcional da medida está expressamente consignado no art. 137 do novo Código de processo penal francês (art. 137): *la détention préventive est une mesure exceptionnelle*. E não têm cessado os nossos tribunais de proclamá-lo repetidamente: “A prisão preventiva é medida de exceção, que suprime a liberdade do indivíduo antes de apurada a sua responsabilidade criminal pelos meios regulares de sorte que somente se deve aplicar quando a sua conveniência e necessidade tenham ficado evidentemente demonstradas” (*Revista Forense*, vol. 100, p. 336). Esta é apenas uma decisão representativa de pacífico entendimento jurisprudencial.

³² Nesse sentido há antiga jurisprudência de uma época em que se vedava, como um dogma, a apreciação da prova no âmbito de *habeas corpus* (cf., entre outros, *Revista Forense*, 66-151; 75-373; 81-680; 83-137; 107-341; 111-514; 148-372, etc.).

h.c. 42.697, afirmou o ministro VICTOR NUNES LEAL, a respeito: “Como verificar se houve ou não abuso de poder, sem levar em conta, em certa medida, as provas em que se baseia a acusação ou a condenação? Ficaria letra morta a cláusula constitucional, que dá *habeas corpus* em caso de abuso de poder, se o Supremo Tribunal se impusesse uma vedação absoluta nessa matéria. E o nosso dever é fazer cumprir a Constituição”³³.

Que resta da antiga jurisprudência segundo a qual matéria de prova não cabe no âmbito do *habeas corpus*? O crescente exame de prova em *habeas corpus*, na jurisprudência do STF, não resultou de exato enquadramento técnico da necessidade de verificar a existência de alegado abuso de poder. Resultou da liberalidade dos julgadores e, sobretudo, de sua extraordinária vocação democrática, que conduziu à ampliação do conceito de *ausência de justa causa*.

Isso transparece nitidamente em alguns julgados, como, por exemplo, o do h.c. 39.131 (1.10.1962), relator o eminente min. GONÇALVES DE OLIVEIRA. Nesse caso, o tribunal desceu a minucioso exame de prova, chegando o ilustre min. HAHNEMANN GUIMARÃES a dirigir-se ao relator para advertir que ele estava fazendo uma revisão do processo. Em seu voto, afirmou o relator: “Em princípio, também sou contra fazer revisão de prova em *habeas corpus*, mas há casos que são verdadeiras iniquidades, porque o paciente só foi incluído na denúncia e na sentença. Para apurar se há a justa causa alegada, *tenho que examinar a prova* e, quando verifico que se trata de reexame de fatos e provas para decidir qual é a melhor, denego a ordem. Mas, quando verifico, como no caso, que não há nenhuma, absolutamente nenhuma prova contra o paciente, concluo que não há a justa causa para a condenação, e concedo a ordem”³⁴.

No julgamento h.c. 35.874, relator o min. LAFAYETTE DE ANDRADA, afirmou o tribunal: “Não cabe dizer que o exame de provas é matéria que escapa ao processo de *habeas corpus*, uma vez que pode ser admitido, quando de um simples exame ressalta a inocência do acusado”³⁵.

³³ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 35, p. 533.

³⁴ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 23, p. 235-6. Ficaram vencidos os ministros HAHNEMANN GUIMARÃES e CANDIDO MOTTA.

³⁵ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 7, p. 261. Veja-se, ainda, do Tribunal Federal de Recursos: “Excepcionalmente, examina-se prova em julgamento de h.c. A lei o autoriza, desde que recomenda a concessão

Se o exame da prova pode ser feito, sendo mesmo em certos casos indispensável, qual a sua limitação? A limitação é apenas uma e pode ser assim enunciada: A prova no sentido do abuso de poder ou da ausência de justa causa deve ser límpida, exata, incontroversa, absolutamente indiscutível e o Tribunal não a deve submeter a uma reapreciação valorativa. Tanto faz que a prova seja ou não pré-constituída; que exista ou não nos autos do processo. Segundo o eminente min. VICTOR NUNES, não há um desvio do Supremo Tribunal Federal, em sua antiga orientação de não examinar prova em *habeas corpus*: “O Supremo Tribunal não examina prova no sentido de que não a submete a uma reapreciação subjetiva. É isso, somente que estamos impedidos de fazer”³⁶.

A amplitude que o *habeas corpus* alcançou na jurisprudência do STF é, em verdade, surpreendente, sobretudo quando comparamos a timidez dos tribunais estrangeiros que só excepcionalmente o admitem³⁷. O grave risco que o *habeas corpus* apresenta diz com o enfraquecimento da repressão à criminalidade, pois nesse processo o M.P. não fala (art. 611 Cod. Proc. Penal), e a prova nele existente é sempre unilateral e frequentemente fragmentária. É claro que o impetrante leva para os autos a prova que lhe interessa e a autoridade coatora, a quem as informações são solicitadas por telegrama,

de h.c. na ausência de justa causa para o processo. Não se pode fazer indagação sobre existência de justa causa, que é substância e mérito, sem considerar a prova”. *Revista de Jurisprudência do TFR*, vol. 1, p. 181. Cf., ainda, *Rec. Extr.* 19.844, rel. min. LAFAYETTE DE ANDRADA: “É certo que temos entendido, nesta Suprema Instância, que o h.c. não autoriza exame de provas, mas quando assim nos referimos é sempre no pressuposto de um exame aprofundado, de uma procura de fatos, e não quando a prova da coação se manifesta evidente” (*D.J.* 29.8.55, p. 2993). H.c. 33.358, impetrado em favor de Adhemar de Barros, negando-se a ordem, ficou-se consignado: “Nego o *writ* pelo fundamento de incoerência de justa causa, quando, por demonstrá-lo, mister se faça uma sondagem mais ou menos penosa de provas em torno do delito”, in EDGAR COSTA, *os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, 1964, vol. III, p. 291.

³⁶ No julgamento do h.c. 42.697, em seu voto notável, o min. VICTOR NUNES LEAL enumerou diversos casos em que o STF penetrou amplamente no exame da prova: “Eis aí vários exemplos, sr. Presidente, alguns dos quais passo a documentar, indicando os precedentes, em *habeas corpus*, julgado no dia 26-4-61, relator o eminente Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, concedeu-se a ordem, porque a descrição convencia de não ter havido culpa do motorista no acidente do automóvel. No Rec. Extraordinário 45.299 (17-1-61), convertido em *habeas corpus*, verificou-se que, na fase judicial, nenhuma prova de usura fôra produzida. No h.c. 38.307 (9-8-61), relator o eminente min. PEDRO CHAVES, apurou-se que não havia prova de qualquer espécie de furto. No h.c. 39.131 (1-8-62), relator o eminente min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, também se concluiu que não havia qualquer prova da receptação. No h.c. 38.319 (10-5-61), examinamos uma notícia de jornal que não era de modo nenhum ofensiva. No h.c. 39.993 (28-3-63), relator o eminente min. RIBEIRO DA COSTA, acusava-se o paciente de haver extorquido um papel assinado em branco, para dele fazer uso em ação civil, e foi verificado que esse papel era uma prova-fantasma, porque não apareceu em parte alguma, sequer na ação civil em que deveria produzir efeitos. No h.c. 39.561 (28-11-62), relator o saudoso min. ARY FRANCO, concluiu-se que não ficou caracterizada a tentativa de homicídio. No h.c. 32.680 (26-8-53), rumoroso caso de Alagoas, apurou-se que a denúncia era baseada em simples conjecturas”. (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 35, p. 532).

³⁷ Cf. JEROME HALL-GERHARD O.W. MUELLER, *Criminal Law and Procedure, Cases and Readings*, 1965, p. 994: “The writ has no time limitations, but in many state jurisdictions provides protection in only a very narrow and restricted field, that is, where the convicting court lacks jurisdiction over the subject matter and over the person”. Segundo o *Habeas Corpus Act*, de 1876, tratava-se apenas de meio eficiente para verificar a legalidade de prisão.

pouco pode esclarecer quanto aos fatos que justificam a coação. As informações, como é próprio das respostas telegráficas, são geralmente sumárias.

Diríamos que o *habeas corpus* nos casos de abuso de poder exige uma atitude prudencial do julgador, que deve ser, como diz JOSÉ FREDERICO MARQUES, sobretudo o *homem prudente* que deve saber dosar, com sabedoria e descortino o exercício de suas funções, notadamente quando está em jogo, pela flexibilidade da situação jurídica que se lhe apresenta, o seu *arbítrio de bom varão*. Ainda uma vez invocamos a lição do grande juiz que é o min. VICTOR NUNES LEAL: “Em muitos casos, realmente, não é possível verificar se houve abuso de poder, senão examinando a prova, *em certa medida, que não é suscetível de se estabelecida em termos absolutamente exatos, dependendo, em cada caso, da prudência e tirocínio dos julgadores*”³⁸.

No que tange à prisão preventiva, já vimos que a orientação comum na jurisprudência dos tribunais é a de que, uma vez fundamentada a decisão, não mais é possível reexaminar a matéria em h.c., que deveria limitar-se à apreciação da legalidade formal do decreto³⁹. Em numerosos casos, o STF tem examinado o fundamento de fato da prisão preventiva, para anulá-la quando tal fundamento não corresponde à realidade. No h.c. 40.430, por exemplo, relator o eminente min. PEDRO CHAVES, o Tribunal em substância, estabeleceu que a prisão preventiva não podia ser decretada, porque havia dúvida quanto à existência de dolo, já que no caso a ação poderia também ter ocorrido por culpa consciente⁴⁰.

Analisando a jurisprudência do STF em tema de ausência de justa causa, que se relaciona com o abuso de poder, aprendemos uma grande lição de amor à liberdade e de intransigente tutela da liberdade individual. O grande Tribunal nos tem dado, mesmo nos momentos de maior insegurança e perplexidade, a fé inabalável no primado do Direito e a segurança da Justiça contra o arbítrio, a prepotência e a tirania.

³⁸ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 35, p. 533.

³⁹ Assim, *Revista Forense*, 133-538; 137-556. No julgamento do h.c. 16.389, a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara decidiu: “A decretação da prisão preventiva do réu é medida da competência privativa do juiz do feito e a ordem de *habeas corpus* somente pode ser concedida quando o despacho que decretou a prisão não se acha revestido das formalidades legais ou não está fundamentado”. (*Diário da Justiça do Estado*, 24-12.64, p. 617). Cf. também, *Revista*, nº 8, p. 154.

⁴⁰ *Revista*, nº 8, p. 169.

Publicado na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n.º 13, p. 63-83