

HABEAS CORPUS: PASSADO, PRESENTE, FUTURO

EDUARDO MAIA COSTA

Resumo: Poucos institutos jurídicos têm uma relevância fundante como o do *habeas corpus*. Por isso, bem se justifica a inserção desta temática num número dedicado à nossa Lei Fundamental. Ao longo do texto, o Autor parte de uma abordagem histórica, que inclui um análise a partir da nossa Constituição, para concluir da importância do *habeas corpus* em áreas tão atuais e desafiantes como o das migrações, do terrorismo ou da criminalidade violenta transnacional.

Palavras-chave: *habeas corpus*; medidas detentivas de liberdade; terrorismo; direito à liberdade.

Percorrendo brevemente, a partir de uma perspectiva “não romântica”, a história do *habeas corpus*, das origens inglesas à atualidade, incidindo particularmente na experiência portuguesa, legislativa, jurisprudencial e doutrinária, o autor conclui que os sistemas judiciais em que, por um lado, vigoram as garantias da independência do poder judicial e da autonomia do ministério público e que, por outro, dispõem de leis penais extremamente minuciosas no estabelecimento dos requisitos da privação da liberdade, e estabelecem um sistema amplo de recursos penais, são presuntivamente residuais as situações de ilegalidade da prisão. Em todo o caso, mesmo em qualquer sistema altamente jurisdicizado podem ocorrer ilegalidades, pois nenhum sistema, por mais garantista que seja, está imune ao erro, ou mesmo à violação abusiva da lei, e concretamente à ocorrência de detenções ou prisões ilegais. Daí que se possa sempre argumentar em “defesa” do *habeas corpus*, como garantia suprema e extraordinária de defesa da liberdade, como medida de *emergência* de proteção da liberdade, para responder com rapidez e eficácia às situações de privação ilegal da liberdade, repondo prontamente a legalidade. É no caráter simplificado e expedito do seu processamento, bem como na amplitude da legitimidade ativa para o seu acionamento, que reside o valor supremo da providência do *habeas corpus* como garantia da liberdade. Essa garantia é especialmente preciosa na defesa da liberdade contra as detenções abusivas executadas ao abrigo de legislação de emergência editada

para enfrentar fenómenos como o terrorismo internacional ou as migrações massivas.

1. LENDA, MITO, EQUÍVOCOS

O *habeas corpus* é seguramente um dos institutos mais aclamados e prestigiados do processo penal, para o que contribui desde logo a bruma que rodeia as suas origens, que se fazem remontar à Magna Carta de 1215, texto lendário do direito inglês, que teria inaugurado a era das liberdades individuais, sendo sucessivamente confirmado e desenvolvido aos longo dos séculos. O *habeas corpus* ganhou foros de verdadeiro mito, confundindo-se, na visão quimérica de muitos dos seus apologistas, com o próprio direito à liberdade: onde há *habeas corpus*, a liberdade individual é respeitada ou pelo menos garantida, onde não existe, a liberdade é um valor insuficientemente tutelado. Em contraste com os ordenamentos europeus, o *habeas corpus* mostraria o esplendor da liberdade nos países anglossaxónicos.¹

Quando, porém, se faz uma aproximação aos invocados “textos fundadores”, as incertezas saltam à vista. Que é afinal a Magna Carta de 1215, cujo 8.º centenário foi ruidosamente comemorado no ano que passou? Os equívocos começam aqui...

A Magna Carta não é de forma alguma uma declaração de direitos, e só metaforicamente pode ser considerada como estando na génese da linhagem de declarações de direitos que a partir do sec. XVIII marcará a história política da Europa e das Américas. A Magna Carta é um documento puramente *medieval*, no qual o rei estabelece com os estratos sociais mais poderosos (os “barões” ou “homens livres”) um *pacto*, que reconhece direitos e vínculos recíprocos, à semelhança do que aconteceu na Idade Média em outros países da Europa². “Os direitos” não são propriamente direitos, mas *privilégios* corporativos. Tudo dentro da lógica medieval de uma sociedade estamental, fortemente estratificada política e juridicamente.

Nesse pacto insere-se uma disposição (a 39.^a) que estabelece: “Nenhum homem livre será detido ou aprisionado ou privado dos seus bens ou dos seus direitos legais ou exilado ou de qualquer modo prejudicado. Não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, a não ser pelo julgamento regular dos seus pares ou de acordo com as leis do país.”³

¹ Assim, já Marnoco e Sousa, *Comentário à Constituição Política da República Portuguesa*, F. França Amado Editor, Coimbra, 1913, p. 19. Encomiástico também o preâmbulo do DL n.º 320/76, de 4-5, que se refere ao *habeas corpus*, que faz remontar à Magna Carta, como “a mais sólida garantia da liberdade individual, privando os regimes despóticos de uma das suas armas mais terríveis”.

² Ver Paulo Rangel, “A Magna Carta como (pre)texto da superioridade britânica”, *Público*, 6.1.2015, e “Outra vez a Magna Carta, de novo o problema da igualdade”, *Público*, 16.6.2015.

³ João Soares Oliveira, *Em volta da Magna Carta*, Editorial Inquérito, Mem Martins, 1993, p. 39.

É tentador ver nesta disposição um certo reconhecimento do “direito à liberdade”. Mas é completamente infundada tal interpretação. Esse “direito” não é universal, antes limitado a certo estrato social (“homens livres”, ou seja, os “barões”), é uma *prerrogativa* reconhecida pelo rei a esse estrato. Não era a ideia de “liberdade” que iluminava o preceito, antes a da constituição de um estatuto de privilégio sobre os restantes estratos sociais. Não tinha ainda nascido a “era dos direitos”.

Só com o *Bill of Rights* de 1689, já na idade moderna, surge uma primeira declaração de direitos, mas ainda como documento *pactuado* entre os diversos corpos sociais, separadamente considerados (“os lordes espirituais e temporais e os comuns”), e o rei, não como declaração universal de direitos proferida pelos representantes eleitos pelo povo.

A Constituição dos EUA, de 1787, é geralmente citada como a primeira declaração desse tipo. É efetivamente o primeiro grande documento não pactício. Contudo, a grandiloquente proclamação inicial (“Nós, o povo”) esconde a estreiteza desse conceito de “povo”, que abrangeu apenas os ex-colonos brancos, excluindo os escravos negros e os indígenas ameríndios...

Verdadeiramente, os direitos individuais universais nascem com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, decretada pelos representantes eleitos pelo povo francês para todos os franceses, aliás com vocação universalista para todos os povos. É esse o texto inaugural da moderna “era dos direitos”.

A Magna Carta como declaração de direitos não passa de um mito...

2. AS ORIGENS DO HABEAS CORPUS

Aliás, a Magna Carta é absolutamente *omissa* quanto a qualquer garantia judiciária de proteção daquele direito, pelo que é completamente abusivo derivar do seu texto o *habeas corpus*. A genealogia do *habeas corpus* não é fácil de traçar, por ser um instituto basicamente construído pela jurisprudência, não pela lei, com uma linha evolutiva muito irregular e incoerente. Certo é que o *habeas corpus* não nasceu como garantia da liberdade individual, o que aliás seria anacrónico em tempos pré-modernos, mas como afirmação progressiva do poder dos tribunais centrais sobre os tribunais locais, isto é, como reforço centralizador da justiça do rei sobre os tribunais comuns⁴. É já no sec. XVI que se registam as primeiras tentativas de utilização do *habeas*

⁴ Sobre a origem e a evolução do *habeas corpus* em Inglaterra, ver R.J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus*, 2.^a ed., Clarendon Press, Oxford, 1989, pp. 1-20; Rosanna Gambini Musso, “Habeas Corpus”, *Digesto delle Discipline Penali*, vol. VI, UTET, 1993, pp. 59-60; Paolo Biscaretti di Ruffia, “Habeas Corpus”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Giuffrè, 1970, pp. 941-944; e, desenvolvidamente, Anthony Gregory, *The Power of Habeas Corpus in America: from the King's Prerogative to the War on Terror*, Cambridge University Press, New York, 2013, pp. 11-43.

corpus como meio de comprovar a validade da ordem de prisão emanada de autoridades administrativas.

Mas foi no sec. XVII, já nos alvares da modernidade política, e no quadro da longa luta entre o rei e o parlamento, entre o absolutismo do rei e um parlamento progressivamente liberal, que o rei Carlos II será obrigado a aprovar o *Habeas Corpus Act* de 1679, que fixa definitivamente o instituto como salvaguarda da liberdade individual contra os próprios mandados de detenção emanados do rei. Nele se podem reconhecer no *habeas corpus* as características de garantia de proteção da liberdade, conferindo ao detido o direito de pedir a um tribunal a emissão de um mandado (*writ*) dirigido à entidade responsável pela detenção para que o apresentasse, dentro de certo prazo, perante um juiz. O responsável pela detenção teria de defender não propriamente a “legalidade”, mas sim a “justeza” da mesma perante o juiz. Este poderia manter a detenção, caso aceitasse os argumentos do captor, ou ordenar a libertação do detido, no caso contrário⁵.

Atente-se no entanto em que os requisitos e condições da aplicação da detenção e da prisão não foram simultaneamente editados em lei, como aconteceu na generalidade dos países europeus a partir do liberalismo⁶, pelo que o *habeas corpus* funcionava em Inglaterra como mecanismo compensatório dessa omissão.

O *habeas corpus* constituiu-se, assim, em Inglaterra como uma garantia judicial de proteção da liberdade contra os arbítrios das autoridades administrativas, numa época em que os fundamentos da detenção eram incertos, regendo-se pelos princípios do “direito comum” estabelecidos jurisprudencialmente, já que faltava uma previsão legalmente estabelecida.

Era portanto essencialmente contra a incerteza e a insegurança quanto à legalidade da privação da liberdade, por inexistência ou indefinição dos pressupostos legais, que a garantia visava reagir, não havendo outros meios judiciais de reação contra as ilegalidades.

O instituto do *habeas corpus* manteve-se em Inglaterra até aos nossos dias, numa trajetória plena de atribuições, devido às suspensões ocorridas em períodos de conflitos armados, essencialmente como mecanismo de controlo da legalidade da detenção, mas perdeu progressivamente relevância a partir do sec. XIX, com a estatuição legal dos pressupostos da detenção, sendo recusada a sua utilização como mecanismo de impugnação (de “review”) das decisões condenatórias⁷. Presentemente, o *habeas corpus* é

⁵ Jorge Miranda, *Textos Históricos de Direito Constitucional*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1980, pp. 21-22.

⁶ Sendo paradigma a constituição francesa de 1791 (arts. 10 a 16 do capítulo V). Relativamente ao nosso País, ver os arts. 203.º a 205.º da Constituição de 1822; e o art. 145.º, §§ 7.º a 9.º, da Carta Constitucional de 1826.

⁷ R.J. Sharpe, ob. cit., pp. 185-187.

raramente utilizado no âmbito do processo penal. É fundamentalmente usado nos casos de detenção de imigrantes⁸.

Em síntese: historicamente, o *habeas corpus* é uma garantia de proteção contra a detenção arbitrária praticada pelo *poder administrativo*, mediante a possibilidade de apelo a um juiz para que ordene a apresentação perante si do detido e que aprecie a legalidade (ou justeza) da detenção, decidindo manter a detenção ou ordenar a libertação do detido no caso de concluir pela ilegalidade.

3. O HABEAS CORPUS NOS ESTADOS UNIDOS

Da Inglaterra o *habeas corpus* transitou para vários países da Commonwealth, nomeadamente para o Canadá, a Austrália, e a Nova Zelândia, mas foi nos Estados Unidos que adquiriu grande relevância.

Aí foi *reconhecido* na Constituição (de 1787) como instituição herdada do período colonial, limitando-se o texto constitucional a estabelecer, no n.º 2 da secção IX do art. 1.º, que o Congresso não poderá suspender o “privilégio” do *habeas corpus* exceto quando, em caso de rebelião ou invasão, a segurança pública o exigir.

A preocupação dos constituintes americanos foi, pois, não propriamente a de *estabelecer* o *habeas corpus*, que foi dado como adquirido do ordenamento colonial, mas a de evitar o arbítrio da sua suspensão. A regulamentação legal veio a ser pela primeira vez estabelecida no *Judiciary Act* de 1789 (sec. 14), que admitiu o *habeas corpus* a favor dos detidos à ordem das autoridades dos Estados Unidos ou dos acusados perante os seus tribunais. O instituto está atualmente previsto nos §§ 2241 a 2255 (capítulo 153 da parte VI do título 28) do código americano (US Code), alterado pela última vez em 2006 (na presidência de Bush filho) para privar os “combatentes inimigos” do recurso ao *habeas corpus*...

O *habeas corpus* vai conhecer nos EUA um alcance e uma abrangência muito amplos. É utilizado fundamentalmente como meio de impugnação junto dos tribunais federais das sentenças condenatórias a nível estadual, ou das sentenças federais junto do Supremo Tribunal, com fundamento em inconstitucionalidade das normas aplicadas. Contudo, a exigência de prévio esgotamento dos recursos ordinários retarda seriamente ou inutiliza mesmo o *habeas corpus* como garantia.

A história do *habeas corpus* nos EUA é aliás atravessada por avanços e recuos, à medida da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal, e das pressões políticas derivadas dos conflitos políticos internos e externos que o país enfrentou, o último dos quais a “guerra contra o terrorismo”.

⁸ Ver Lucas Prakke, “The United Kingdom and Northern Ireland”, *Constitutional Law of 15 EU member states*, Lucas Prakke/Constantijn Kortmann (eds.), Kluwer, Deventer, 2004, p. 924.

Na era de Bush filho, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos foi confrontado com pedidos de *habeas corpus* formulados por presos acusados de terrorismo e depois por “combatentes inimigos” detidos no campo de Guantánamo. O Supremo Tribunal, dominado por uma maioria conservadora, demorou anos a enfrentar a questão decisiva: saber se os “combatentes inimigos” tinham direito a utilizar o *habeas corpus* junto dos tribunais comuns americanos para impugnam a detenção. Depois de intensa batalha judicial entre o governo e a defesa dos prisioneiros, e sob os olhos da opinião pública mundial, acabou por proferir uma decisão afirmativa (aliás por maioria tangencial) anos depois (*Boumediene v. Bush*, em 12.6.2008)⁹. Mas as consequências práticas dessa jurisprudência foram lentas e muito limitadas, permitindo à Administração ir adotando as soluções consideradas adequadas à salvaguarda da “segurança nacional”. Os prisioneiros considerados “perigosos” continuam até hoje sem proteção jurídica (no chamado “limbo jurídico”), à margem de quaisquer garantias judiciais, detidos por um prazo indefinido, sem que tenha sido formulada sequer qualquer acusação formal contra eles.

Nos Estados Unidos o *habeas corpus* historicamente falhou como instrumento contra as detenções arbitrárias ordenadas pelo poder executivo.

4. O HABEAS CORPUS A NÍVEL INTERNACIONAL

Ao contrário do que geralmente se afirma, o *habeas corpus* britânico pouca repercussão teve fora do contexto anglossaxónico (não falando, para já, da América Latina).

A proteção da liberdade individual, a partir da época liberal, com a codificação dos direitos e das garantias processuais penais, fez-se através do sistema de recursos ordinários previstos na lei.

Também as declarações internacionais de direitos do sec. XX são omisssas em relação ao *habeas corpus*, embora consagrem instrumentos processuais de tutela da liberdade.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (de 1948) contém apenas uma disposição genérica, garantindo o direito a um recurso efetivo para os tribunais nacionais contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos (art. 8.º). O Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966 é mais preciso, reconhecendo, no art. 9.º, n.º 4, o direito de quem estiver privado da liberdade por prisão ou detenção a recorrer para um tribunal para que decida “sem demora” sobre a legalidade da privação da liberdade. O art. 5.º, n.º 4, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) contém uma previsão idêntica (substituindo a expressão “sem demora”

⁹ Uma pormenorizada análise da “americanização” do *habeas corpus*, da sua evolução da independência aos nossos dias, e particularmente da aplicação do instituto aos “terroristas” e aos presos de Guantánamo pode ver-se no já citado *The Power of Habeas Corpus in America* de Anthony Gregory, pp. 44-57, e 219-243.

por “em curto espaço de tempo”). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (de 2000) é porém completamente omissa sobre esta matéria.

Constata-se, pois, que os textos internacionais relativos aos direitos humanos preveem genericamente um recurso para os tribunais com caráter urgente contra a privação da liberdade ilegal, mas tal garantia não se confunde com o *habeas corpus*, como providência específica que é.

Na Europa, a nível nacional, para além de Portugal, só em Espanha o *habeas corpus* está consagrado, aliás só depois do regresso da democracia. Na verdade, foi com a Constituição de 1978 que o instituto foi introduzido em Espanha, por meio do n.º 4 do art. 17, que dispõe que “a lei regulará um procedimento de *habeas corpus* para produzir a imediata colocação à ordem judicial de qualquer pessoa detida ilegalmente.” Essa lei veio a ser aprovada em 1984 (Lei n.º 6/1984, de 26-5), e configura o instituto exclusivamente como garantia judiciária contra a detenção ilegal¹⁰.

Nenhum dos restantes países europeus (tanto quanto a pesquisa conduzida no âmbito da elaboração deste trabalho permite afirmar) admite a providência da *habeas corpus*. De referir, porém, que a constituição da República da Irlanda prevê uma providência inominada urgente para tutela da liberdade em moldes similares ao *habeas corpus* (art. 40-4). E a constituição da Suíça estabelece que quem for privado da liberdade “por via extrajudicial” tem o direito de a todo o tempo se dirigir a um juiz, que decidirá o mais breve possível sobre a legalidade da decisão (art. 31, n.º 4).

5. O HABEAS CORPUS NO BRASIL

Se o *habeas corpus* não triunfou na Europa, vai porém obter, por influência dos Estados Unidos, um amplo reconhecimento na América Latina, do Brasil à Argentina, ao México, e à generalidade dos países desse continente, com a consagração da garantia nos próprios textos constitucionais.

No Brasil vai conhecer uma particular fortuna. O *habeas corpus* foi introduzido no direito brasileiro pelo Código de Processo Criminal de 1832, que no art. 340 estabelecia: “Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de Habeas Corpus em seu favor.”

A Lei n.º 2033, de 20.9.1871, alargou a garantia à mera ameaça de prisão ilegal (*habeas corpus* preventivo) e estendeu aos estrangeiros o direito de a requererem (art. 18).

Com a Constituição (republicana) de 1891 opera-se a constitucionalização do instituto, por meio do art. 72.º, § 22.º, que estabelecia: “Dar-se-á o

¹⁰ A lei tipifica as situações de “detenção ilegal” suscetíveis de *habeas corpus*: falta de pressupostos legais da detenção ou inobservância das formalidades legais; internamento ilícito; excesso de prazo; violação dos direitos dos reclusos (art. 1.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”.

Não mais o *habeas corpus* deixou de receber consagração constitucional. Atualmente, a Constituição de 1988 prevê-o no art. 5.º, inciso LXVIII, nos seguintes termos: “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.”

Por sua vez, o Código de Processo Penal (de 1942), contém um extenso articulado sobre o *habeas corpus*, que constitui o capítulo X do Livro III (arts. 647 a 667), cujas notas essenciais importa reter.

O art. 647 admite o *habeas corpus* nos seguintes termos: “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 os casos de punição disciplinar.” É, pois, a liberdade pessoal de locomoção (“liberdade de ir e vir”) que a providência protege. O *habeas corpus* pode ser *liberatório*, se visar a libertação do detido; *preventivo*, se pretender evitar a emissão de qualquer ordem de detenção; *suspensivo*, se tiver em vista suspender ordem de detenção já emitida.

A coação será ilegal nas situações descritas no art. 648, a saber: quando não houver justa causa (I); quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei (II); quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo (III); quando houver cessado o motivo que autorizou a coação (IV); quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza (V); quando o processo for manifestamente nulo (VI); quando estiver extinta a punibilidade (VII).

O *habeas corpus* pode incidir tanto sobre decisões de autoridades administrativas como judiciais, como ainda sobre condutas de particulares; pode ser pedido pelo próprio detido como por qualquer outra pessoa em seu benefício e ainda pelo Ministério Público (art. 654), podendo ainda ser de iniciativa oficiosa do tribunal (“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” — art. 654, § 2.º).

O *habeas corpus* é considerado pela doutrina como uma “ação constitucional de caráter penal”¹¹. É uma ação específica, que pode ser utilizada mesmo não havendo processo penal; mas, depois da sua instauração, constitui um meio de impugnação autónomo dos recursos penais, podendo incidir sobre quaisquer decisões tomadas no processo (nomeadamente com fundamento em falta de “justa causa” ou “manifesta nulidade”), sempre que haja privação ou perigo de privação da liberdade.

A esta ampla previsão legislativa somou-se uma prática jurisprudencial muito permissiva, ao adotar um conceito extremamente “liberal” de “coação”

¹¹ Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 14.ª ed., p. 569; Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 4.º vol., 24.ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 538-539.

(e de “iminência de coação”), admitindo o *habeas corpus* como meio alternativo do recurso ordinário, para impugnar ou até prevenir (“trancar”) a instauração do inquérito policial, a notificação para interrogatório no processo, a própria sentença condenatória, e inclusivamente como meio alternativo do recurso de revisão de sentença transitada. Assim, podendo o *habeas corpus* ser requerido relativamente a quaisquer decisões processuais, ele veio a converter-se num meio de impugnação não só *concorrente* dos recursos ordinários, como preferencialmente utilizado como *alternativo* dos mesmos, pela maior celeridade de processamento¹².

A providência de *habeas corpus* tem assim na lei e sobretudo na jurisprudência brasileiras uma excecional latitude, permitindo-lhe interferir permanentemente na tramitação do processo penal, conflituando com as eventuais decisões proferidas nos recursos, introduzindo um fator de irracionalidade altamente prejudicial para o funcionamento do sistema judicial.

A polémica está aberta na jurisprudência entre duas tendências: uma que pretende o “cabimento” do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sempre que possa estar em causa a liberdade de locomoção, outra que se opõe a esse entendimento, argumentando com a necessidade de respeitar a racionalidade do sistema de recursos e de evitar a banalização e vulgarização do *habeas corpus*. No Supremo Tribunal Federal prevalece, embora com divergências, a primeira orientação¹³.

6. A RECEÇÃO DO HABEAS CORPUS EM PORTUGAL

O instituto do *habeas corpus* foi introduzido no direito português, não por influência inglesa, mas sim por via da constituição brasileira (republicana) de 1891. Na verdade, a Constituição portuguesa de 1911 veio a acolher o instituto com a precisa redação daquela constituição brasileira (apenas substituindo a palavra “achar” por “encontrar”), no art. 3.º, § 31.º, que acrescentava que a garantia só poderia ser suspensa em caso de estado de sítio, remetendo para lei especial a regulamentação da “extensão” e do “processo” da mesma.

A conceção liberal e democrática que subjazia à Constituição, produto da revolução republicana, encontrava na preocupação pela proteção da liberdade individual um corolário lógico e necessário. É fácil verificar que o âmbito da previsão constitucional era muito vasto, refletindo a matriz brasileira, abrangendo não só as situações de estrita privação da liberdade, mas todas as

¹² Nestor Távora/Rosmar Rodrigues Alencar, *Curso de Processo Penal*, 7.ª ed., Editora JusPodivm, Salvador, 2012, pp. 1187-1188; Luiz Vicente Cernicchiaro, “*Habeas Corpus* no Brasil”, *Direito e Justiça*, ano X (1999), tomo 2, pp. 37-51.

¹³ Em defesa das posições opostas, ver Marcos Aurélio Pereira Brayner, “Origem, desenvolvimento, uso e abuso do Habeas Corpus”, na revista eletrônica *Consultor Jurídico*, 7.9.2012; e, em resposta a este artigo, ver Sérgio Niemeyer, “É falso dizer que o HC é causa de maior morosidade”, na mesma revista, 10.9.2012.

de “violência e coação”, e tutelando ainda os casos de “iminente perigo”, e não apenas de lesão efetiva da liberdade, o que se reconduzia ao chamado “*habeas corpus* preventivo”.

Ainda no decurso dos trabalhos da Assembleia Constituinte, antes mesmo de ser aprovado o texto global da Constituição, foi apresentado, na sessão de 30.6.1911 (11.^a), um projeto legislativo para regulamentação do instituto por parte do deputado Adriano Mendes de Vasconcelos¹⁴. O projeto não foi discutido pela Assembleia Constituinte, dada a exclusiva afetação deste órgão à aprovação de uma nova constituição.

Embora gorado, o projeto merece em todo o caso uma breve referência. O projeto admitia o *habeas corpus* fundamentalmente como mecanismo de proteção da liberdade contra a “prisão efetuada por autoridade incompetente ou sem despacho judicial que a ordene ou ainda fora dos casos e prazos legais, bem como sanar uma violação de lei expressa e de que resulte o constrangimento de facto de qualquer cidadão” (art. 1.^o). Mas admitia também o *habeas corpus* para situações não propriamente de privação da liberdade, mas de mera *coação*. Assim, estabelecia o art. 17.^o: “Se alguém for violentado ou constrangido, por vias de facto, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sem que isso venha disposto em lei expressa, poderá requerer ao juiz da comarca ou vara cível da sua área para ser restituído à continuação ou ao exercício do seu direito ou função.” E mais ainda: também o devedor esbulhado do necessário para sustento da família, em processo de execução comum, particular ou da Fazenda Pública, ou em arresto ou arrolamento em processo de falência, poderia recorrer ao *habeas corpus* para restituição dos bens de que ficara privado (arts. 23.^o e 24.^o). Por fim, a providência seria ainda utilizável por qualquer cidadão constrangido pela aplicação de regulamentos, posturas municipais ou circulares ou ofícios contrários à lei (art. 25.^o).

Era evidente a intenção de fazer do *habeas corpus* um mecanismo de proteção não só da liberdade, como de outros direitos de cidadania, atribuindo aos cidadãos um mecanismo expedito de reação contra as práticas abusivas da administração pública.

Frustrada a tentativa de aprovação em sede de Assembleia Constituinte, não foi apresentado posteriormente na Câmara de Deputados esse ou qualquer outro projeto legislativo sobre a mesma matéria nos anos seguintes. Só em 1923, houve uma tentativa de recuperação daquele projeto no Parlamento, por iniciativa do deputado Álvaro de Castro. No entanto, o projeto não veio a ser discutido, bloqueado que foi pela comissão parlamentar¹⁵. Gorou-se assim o propósito garantista que tinha movido os constituintes republicanos.

¹⁴ *Diário da Assembleia Constituinte* (1911), pp. 71-72.

¹⁵ Relata Álvaro de Castro: “A comissão, de que faziam parte hábeis juristas, nunca apresentou parecer. Particularmente fui informado de que os próprios membros da comissão se aterraram com a aprovação de uma lei regulando o *habeas corpus* que, segundo julgaram, deixaria as autoridades desarmadas em face do crime.” E acrescenta criticamente: “É certo que as autoridades ficavam desarmadas, mas somente daquelas disposições que hoje lhes

Para além dessas frustradas iniciativas legislativas, foi muito escasso o interesse manifestado pelo instituto do *habeas corpus* na doutrina. Assinale-se a posição de Marnoco e Sousa, emitida no ano de 1913¹⁶, de apoio entusiástico ao *habeas corpus*. Mas em sentido diametralmente oposto manifestou-se, em 1919, Adriano Anthero, que abertamente se pronunciou contra a consagração na lei do *habeas corpus*, considerando-o uma duplicação inútil de procedimentos, rematando que “em vez de o regulamentar, melhor se andará em corrigir a nossa legislação criminal, no que for preciso, para mais radicalmente salvaguardar a liberdade individual”¹⁷.

Até 1926, ano em que a Ditadura Militar suspendeu a Constituição de 1911, o *habeas corpus* não passou de letra morta no texto constitucional.

7. O HABEAS CORPUS NO ESTADO NOVO

Surpreendentemente, tendo em conta o carácter “autoritário” do regime, a Constituição de 1933, do Estado Novo, herdeiro e continuador da Ditadura Nacional, veio manter a previsão do *habeas corpus*, no seu art. 8.º, § 4.º, nos seguintes termos: “Poderá contra o abuso de poder usar-se da providência excecional do *Habeas Corpus*, nas condições determinadas em lei especial.”

Tratava-se, como é bom de ver, de uma normativa muito mais “contida” que a da Constituição de 1911, remetendo para a lei especial todo o conteúdo da garantia, que no texto constitucional para além da referência a um não especificado “abuso de poder”, era apenas *um nome*.

Essa lei só veio a ser publicada em 1945, o Decreto-Lei n.º 35043, de 20.10.1945, sendo ministro da Justiça Cavaleiro de Ferreira, ele próprio o autor do articulado. Estava-se no imediato pós-guerra e o Estado Novo pretendia exhibir internacionalmente credenciais jurídicas convergentes com os ordenamentos jurídicos das democracias liberais, e assim legitimar-se no quadro da nova ordem política internacional¹⁸.

No entanto, logo à partida, o preâmbulo do diploma não disfarça, antes exhibe, um notório substrato autoritário, proclamado aliás exuberantemente. Na verdade, para o legislador, o valor *primordial* da sociedade é a Ordem, maiusculamente afirmada, de que a liberdade (minúscula) e a autoridade são, paritariamente, meros “pilares”. A liberdade individual não é, pois, um valor origi-

consentem tripudiar e até escarnecer das liberdades individuais.” (“Tentativas de Reforma”, *Boletim do Instituto de Criminologia*, 2.º ano, 1923, vol. 3.º, p. 110).

¹⁶ Ob. cit., pp. 186-191.

¹⁷ “O Habeas Corpus”, *Revista dos Tribunais*, ano 37.º (1919), n.º 883, p. 290.

Para uma resenha bibliográfica exaustiva sobre o *habeas corpus* até 1993, ver Miguel Pedrosa Machado, “Bibliografia portuguesa sobre o *habeas corpus*”, *Direito e Justiça*, vol. VII, pp. 517-526.

¹⁸ Coincidiu, talvez não por acaso, a publicação do diploma com o período de “campanha eleitoral” das eleições para a Assembleia Nacional, realizadas a 18.11.1945, a que a Oposição não concorreu por falta de condições políticas.

nário, um direito fundamental dos cidadãos. É através da “Ordem” que adquire relevância e justifica proteção. Os pressupostos de partida para a regulamentação do instituto são, pois, francamente antiliberais.¹⁹

O diploma veio prever duas providências, ambas destinadas a pôr termo à pivação ilegal da liberdade, uma inominada (arts. 2.º a 6.º), outra apelidada precisamente de *habeas corpus* (art. 7.º e ss.).

A primeira aplicava-se quando se tratasse de detenção à ordem de autoridade policial cuja competência não excedesse a área da comarca, sendo então da competência do juiz dessa comarca (art. 2.º). A providência tinha os seguintes fundamentos: a) estar excedido o prazo para entrega ao poder judicial; b) manter-se a detenção fora dos locais para esse efeito autorizados pela lei ou pelo Governo; c) ter sido efetuado o internamento em estabelecimento de detenção por ordem de autoridade incompetente; e d) ser a detenção motivada por facto pelo qual a lei não a permitisse.

Esta providência, embora sem nome, correspondia exatamente ao *habeas corpus* “clássico”, ao modelo histórico da garantia contra a detenção ilegal praticada por autoridades administrativas.

Por sua vez, no caso do art. 7.º, a providência era apelidada pelo legislador de *habeas corpus*, e destinava-se a remediar as situações de detenção ilegal que não coubessem no art. 2.º, “por não ser da competência dos tribunais de comarca conhecer dos motivos da detenção, ou por haver sido esta ordenada por entidade cuja competência territorial exceda a área da comarca ou por ter sido efetuada e mantida por autoridade judicial insuscetível de recurso”, sendo nesse caso competente para a sua apreciação o Supremo Tribunal de Justiça.

Os seus fundamentos eram os seguintes: a) ter a detenção sido efetuada ou ordenada por quem não tivesse competência legal; b) ser motivada por facto pelo qual a lei não autorizasse a prisão; c) manter-se para além dos prazos legais para a apresentação em juízo e para a formação da culpa; d) prolongar-se além do tempo fixado por decisão judicial para a duração da pena ou medida de segurança ou da sua prorrogação. A prisão teria que ser efetiva e atual.

O diploma estabelecia, porém, uma significativa restrição: a garantia de *habeas corpus* não era aplicável aos militares sujeitos a foro especial (art. 22.º).

A acentuar o caráter restritivo do diploma previam-se duas medidas claramente *dissuasórias* da utilização da providência, as previstas nos §§ 1.º e 2.º do art. 19.º, que vale a pena reproduzir:

§ 1.º Se se mostrar que o requerente teve o propósito de demorar ou prejudicar investigações em curso a seu respeito, ou perturbar a

¹⁹ Sobre este ponto, ver a análise de José Faria Costa, “*Habeas Corpus*, ou a análise de um longo e ininterrupto ‘diálogo’ entre o poder e a liberdade”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXV, 1999, pp. 540-544.

marcha de algum processo em que fosse arguido, ou por outro modo dificultar a pronta ação da justiça, será condenado em prisão correccional por injúria ao tribunal, para o que o Procurador-Geral da República mandará instaurar a competente ação penal com base na certidão da ata, que terá o valor de corpo de delito.

§ 2.º Quanto ao advogado que tenha ou deva ter conhecimento da falta de fundamento legal da petição, ser-lhe-á aplicada pelo Supremo Tribunal de Justiça a suspensão do exercício da advocacia pelo período de três meses a um ano.

Como resumir a natureza do instituto? O próprio legislador se encarregou de a enunciar no preâmbulo: “O *habeas corpus* não é um processo de reparação dos direitos individuais ofendidos, nem de repressão das infrações cometidas por quem exerce o poder público, pois que uma e outra são realizadas pelos meios civis e penais ordinários. É antes um *remédio* excepcional para proteger a liberdade individual nos casos em que não haja qualquer outro meio legal de fazer cessar a ofensa ilegítima dessa liberdade. Com a cessação da ilegalidade da ofensa fica realizado o fim próprio do *habeas corpus*. De outro modo, tratar-se-ia de simples duplicação dos meios legais de recurso.” E ainda mais precisamente: “Providência de carácter extraordinário, só encontra oportunidade de aplicação quando, por virtude do afastamento da autoridade da ordem jurídica, o jogo normal dos meios legais ordinários deixa de poder garantir eficazmente a liberdade dos cidadãos.”

Em resumo: o *habeas corpus* era considerado uma “providência extraordinária”, um “remédio excepcional”, porque só podia atuar quando não houvesse meios ordinários disponíveis para tutelar a liberdade. O *habeas corpus* era pois um meio *residual ou subsidiário* de defesa da liberdade, apenas utilizável quando não houvesse lugar a recurso ordinário²⁰.

Esta a matriz originária do *habeas corpus* português.

8. A RECEÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Esta legislação sobre o *habeas corpus*, sendo a primeira a efetivar o instituto em Portugal, não despertou porém particular interesse da parte da doutrina. Para além de um estudo de Adriano Moreira²¹, ainda desse ano de 1945, muito elaborado e empenhado na “promoção” do instituto (e cuja leitura

²⁰ Como afirmou mais tarde Cavaleiro de Ferreira: “O *habeas corpus* como que garante, em regra, uma dupla apreciação judicial. Ou a decisão judicial que ordena ou valida a captura ou mantém a prisão é suscetível de recurso, ou é insuscetível de recurso. Se é suscetível de recurso a primeira decisão judicial que afeta a liberdade individual, pode ser de novo apreciada pela instância superior; se é insuscetível de recurso, pode ainda usar-se da providência de *habeas corpus* de maneira a fiscalizar a legalidade da decisão judicial que ordena ou mantém uma prisão ilegal.” (*Curso de Processo Penal*, vol. II, 1956, p. 480).

²¹ “Sobre o *habeas-corpus*”, *Jornal do Foro*, ano 9.º, 1945, pp. 225-249.

é ainda hoje instrutiva), apenas se pode referenciar o trabalho de Arlindo Martins (já de 1947), magistrado do Ministério Público junto do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), trabalho de caráter essencialmente “técnico”²². Só na década posterior surge o *habeas corpus* tratado em manuais de processo penal, mais desenvolvidamente em Cavaleiro de Ferreira, o “pai” da diploma legislativo, que retoma a caracterização do *habeas corpus* como “providência extraordinária” nos termos já expostos no preâmbulo do DL n.º 35043²³, e, muito discretamente, em Eduardo Correia, que não põe em causa essa perspetiva²⁴.

A advocacia, porém, reagiu imediatamente após a publicação do diploma. Em entrevista ao jornal *República*, o advogado Costa Alves, depois de acusar o Governo de legislar por razões de “propaganda eleitoral”, chamava a atenção sobretudo para dois pontos: a exclusão dos militares; e as sanções previstas para os advogados em caso de petições “manifestamente infundadas”, com a decorrente dificuldade de as vítimas arranjam advogado²⁵. Reação idêntica foi a do advogado Acácio Furtado, também ainda em 1945, que se insurgiu contra a previsão dos arts. 6.º e 19.º, § 2.º, do DL n.º 35043, aquele na parte em que estabelecia a condenação solidária do requerente e do seu advogado em indemnização ao Estado, o segundo ao prever a suspensão do exercício da advocacia pelo período de 3 meses a 1 ano, no caso de o requerimento ser manifestamente infundado, considerando “absolutamente desnecessárias e gravemente atentatórias da pessoa do advogado e da sua Ordem as disposições daqueles artigos, referentes aos advogados”²⁶. Mas nem uma palavra avança sobre a admissibilidade de condenação do requerente a indemnizações elevadas, nem sequer sobre o teor do § 1.º do mesmo art. 19.º do referido diploma, já acima transcrito, particularmente ameaçador para os próprios requerentes de *habeas corpus*...

O diploma não deixava, porém, de envolver riscos para o regime político vigente, pois poderia ser “aproveitado/testado” em defesa dos presos políticos, ou seja, dos presos à ordem da PIDE acusados de crimes contra a segurança do Estado. E assim efetivamente sucedeu.

Contudo, só em 1947 surgem as primeiras decisões do Supremo Tribunal de Justiça. A primeira, de 14.5.1947²⁷, incide sobre o pedido de *habeas corpus*, formulado ao abrigo do art. 7.º, § único, b), do DL n.º 35043, por Fernando Pulido Valente, estudante universitário, preso à ordem da PIDE por envolvimento em “atividades contra a segurança do Estado”. Perante a resposta da PIDE de que o requerente assinara um “panfleto” que se “filiava num

²² “Habeas Corpus”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 2, pp. 77-95.

²³ Ob. cit., vol. II, 1956, pp. 477-493.

²⁴ *Processo Criminal*, (policopiado), Coimbra, 1956, pp. 147-148.

²⁵ A esta entrevista reagiu contundentemente o Ministro da Justiça (Cavaleiro de Ferreira), em nota oficiosa divulgada em 16.11.1945. Sobre este ponto, ver Adriano Moreira, “Sobre o Habeas-Corpus”, *Jornal do Foro*, ano 9.º, pp. 246-248, onde se transcreve a dita nota oficiosa.

²⁶ “Dos direitos e deveres dos advogados”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 5.º, n.ºs 3-4, pp. 364-367.

²⁷ *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, ano VII, n.º 39, pp. 165-167.

plano geral de agitação comunista, de que emanam muitos outros panfletos, e diversas atividades que devem ser consideradas como conspiração contra a segurança do Estado”, o Supremo indeferiu o pedido, fundado no facto de não ser sua função “devassar esse árduo e delicado trabalho investigatório, confiado pela lei à autoridade visada [a PIDE], que nela procura os detalhes, os fios, as origens, de manejos e passos suspeitos de ordem comunista, subversiva, atentatória da segurança do Estado”. E para que não houvesse quaisquer dúvidas sobre o empenhamento do Supremo em defesa da “Ordem” do Estado Novo, acrescenta-se: “À sombra duma mal entendida liberdade individual não podia o mais alto Tribunal do País embaraçar o dever da autoridade, comprometendo o direito do Estado e a existência da Sociedade.”

Muito semelhante é o acórdão de 21.5.1947²⁸, que apreciou um *habeas corpus* solicitado pelo advogado Armando Bacelar, preso à ordem da PIDE por ser “membro ativo da associação ilícita e secreta denominada partido comunista português”. O requerente invocava o mesmo fundamento, alegando ter sido detido sem mandado, mandado esse que só lhe tinha sido entregue quatro dias depois da detenção, não indicando quais os factos imputados nem qual a infração correspondente, fazendo-se apenas referência a “delitos contra a segurança do Estado”. O pedido foi indeferido pelo Supremo com o fundamento de que a entrega tardia do mandado constituía mera irregularidade, e de que a não indicação dos factos atribuídos não tinha relevância. E acrescenta-se: “Não era necessária a narração discriminada dos factos, como acontece por exemplo, no disposto no art. 166.º, n.º 2 do art. 336.º, e n.ºs 3 e 4 do art. 359.º do citado Código [Penal]. Com averiguações em curso, tal discriminação, a fazer-se, poderia até prejudicar o êxito das diligências policiais. Além disso, é de acentuar que a qualificação típica do facto delituoso só no fim de delito se pode fazer, e ainda assim sujeito a correção do julgamento.”²⁹

Os acórdãos do STJ de 29.10.1947³⁰ e de 12.11.1947³¹ referem-se a pedidos de *habeas corpus* formulados por militares no ativo presos também à ordem da PIDE, acusados de crimes contra a segurança do Estado. Ambos foram indeferidos com o argumento simples (e simplista) de que o art. 22.º negava aos militares em serviço ativo o direito ao *habeas corpus*. Esqueceu, porém, o Supremo que aqueles militares estavam presos à ordem da PIDE por alegadas atividades contra a segurança do Estado, não por crimes militares, pelo que estavam submetidos à jurisdição comum, não à militar, e só nesta última o *habeas corpus* estaria vedado pelo art 22.º do DL n.º 35043.

Contra toda esta jurisprudência se insurgiu frontalmente Adriano Moreira³², criticando asperamente o Supremo, desde logo pela demora na

²⁸ *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 1, pp. 97-100.

²⁹ *Loc. cit.*, p. 99.

³⁰ *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 3, pp. 121-123.

³¹ *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 4, pp. 87-89.

³² “A Jurisprudência do STJ sobre *Habeas-Corpus*”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano III (1947), pp. 164-183. Vale a pena transcrever integralmente o parágrafo conclusivo: “A jurisprudência do STJ sobre *habeas corpus* apresenta-se, como vemos, muito deficiente: é pouco

decisão dos pedidos, mas também pela negação do *habeas corpus* aos militares detidos por alegadas atividades contra a segurança do Estado, como ainda pela fundamentação da rejeição da providência com base na aceitação acrítica da informação prestada pela PIDE de que os requerentes estavam envolvidos em atividades delituosas contra o Estado. A essa fundamentação reage Adriano Moreira lembrando que a função histórica do instituto é precisamente a de funcionar como “garantia contra a acusação de uma suposta falta”. E acrescenta que se o processo põe necessariamente em causa a administração, “não parece razoável decidir com base na simples afirmação da autoridade, quando é precisamente a correção da autoridade que está em discussão”³³.

Para avaliarmos a razão de ser desta crítica é preciso recordar que a prisão por crimes contra a segurança do Estado era ordenada pelos funcionários da PIDE e validada pelo seu diretor, portanto, pelo diretor da própria polícia que tinha a competência exclusiva para a investigação dos ditos crimes. A informação prestada ao Supremo sobre os factos imputados ao preso provinha pois de uma entidade administrativa, precisamente da entidade administrativa que tinha interesse em que a prisão fosse mantida. Acresce que nenhum outro meio processual estava ao dispor do preso para impugnar os fundamentos dessa prisão, pois não havia recurso das decisões do diretor da PIDE.

Só tendo presente este quadro jurídico se pode avaliar como a recusa do Supremo Tribunal de Justiça em “devassar o árduo e delicado trabalho investigatório” da PIDE³⁴ implicava, sem mais, a frustração total dos objetivos do *habeas corpus*: servir de garantia contra a prisão arbitrária, contra a prisão sem fundamento fáctico!

O próprio Cavaleiro de Ferreira, anos depois, no âmbito do ensino universitário, veio igualmente a criticar a posição restritiva do Supremo na apreciação do “mérito da suspeita”³⁵.

E assim, por via da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça³⁶, por um lado negando o *habeas corpus* aos militares alegadamente envolvidos em atividades contra a segurança do Estado (não em crimes militares), e recusando-se por outro a indagar da legalidade das prisões executadas pela PIDE, o instituto do *habeas corpus* viu logo à nascença bloqueada a sua vocação garantista.

clara na redação; afirma dogmaticamente as opiniões, esquecida de que as decisões judiciais não devem apenas vencer mas também procurar convencer; demora excessivamente a decisão dos processos. Por tudo, pensamos que não merece aplausos, e precisa de ser urgentemente revista e reformada.”

³³ Loc. cit., p. 176.

³⁴ Das “delicadezas” do “trabalho investigatório” da PIDE já então havia suspeitas fundadas...

³⁵ Cavaleiro de Ferreira, ob. cit., vol. II, pp. 483-484.

³⁶ Da autoria dos juizes-conselheiros Sampaio e Melo, Cruz Alvura, Amaral Cabral e Tavares da Costa, sendo presidente do STJ o juiz-conselheiro José Osório.

Após essa época, os casos *habeas corpus* com incidência política escasseiam nas recolhas de jurisprudência. Alguns casos se registam de deferimento da providência, relacionados com excesso de prazo de medidas de segurança³⁷ ou de prisão preventiva³⁸. Mas manteve-se a recusa da averiguação do “mérito da suspeita” sempre que a PIDE garantia o envolvimento do requerente em atividades contra o Estado³⁹. Recusou-se igualmente o Supremo a apreciar um pedido de *habeas corpus* fundado no facto de ter sido revogada a legislação ao abrigo da qual a requerente estava a cumprir medida de segurança por perigosidade criminal, por entender que não era a providência o meio próprio para analisar essa questão⁴⁰. E foi indeferido também um *habeas corpus* fundado em excesso de prazo da prisão preventiva, apesar de o Supremo reconhecer que esse prazo estava de facto excedido, mas com fundamento em que o requerente estava a cumprir uma pena de prisão disciplinar de dois meses, “por atos de rebeldia, indisciplina e desobediência”, aplicada nos termos do art. 359.º, n.º 7, do DL n.º 26643, de 28.5.1936 (Organização Prisional)⁴¹.

No final do Estado Novo, em 1971-73, o Supremo foi confrontado com vários pedidos de *habeas corpus* relativos a alguns nacionalistas angolanos encarcerados no Campo do Tarrafal (nessa altura com o nome de Chão Bom). A posição do Supremo foi já nitidamente mais aberta do que a outrora assumida. Os pedidos foram parcialmente deferidos. Mas a administração pública recusou-se a cumprir os acórdãos que foram deferidos, transferindo os prisioneiros para o Campo de São Nicolau, em Angola. Toda a documentação respetiva a esses processos foi publicada em volume pelos advogados intervenientes ainda antes do 25 de Abril⁴².

Fora do âmbito da litigação protagonizada pelos presos políticos, também o alcance do *habeas corpus* foi diminuto, e tal ficou a dever-se fundamentalmente à enunciada caracterização da providência como meio residual de garantia, que o Supremo acolheu desde a primeira hora.

Encerrando o período do Estado Novo, refira-se que a revisão constitucional de 1971 (Lei n.º 3/71, de 16-8) deu nova redação ao § 4.º do art. 8.º da Constituição de 1933, passando a prescrever, na parte final: “Poderá contra o abuso do poder usar-se da providência do *habeas corpus*.”

³⁷ Acórdão de 27.7.1955, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 50, pp. 281-284; e acórdão de 7.11.1956, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 61, pp. 381-384.

³⁸ Acórdão de 21.7.1965, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 149, pp. 253-256.

³⁹ Acórdão de 11.4.1956, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 56, pp. 202-204; e acórdão de 28.7.1965, *Boletim do Ministério da Justiça*, pp. 257-261.

⁴⁰ Acórdão de 28.8.1972, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 219, pp. 156-157.

⁴¹ Acórdão de 4.1.1956, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 53, pp. 235-237. O requerente era o advogado Alberto Vilaça.

⁴² As petições e os acórdãos, bem como toda a tramitação dos processos, estão transcritos em Fernando de Abranches-Ferrão, Francisco Salgado Zenha, Levy Baptista e Manuel João da Palma Carlos, *Angolanos no Tarrafal, alguns casos de “habeas corpus”*, Afrontamento, Porto, 1974. Ver nomeadamente pp. 123-128.

Esta nova estatuição, ao eliminar a qualificação da providência como “excepcional”, admitia uma previsão mais lata da mesma no direito ordinário. Contudo, a regulamentação vinda do diploma de 1945 não sofreu alterações, transitando intacta para o Código de Processo Penal (de 1929), através do DL n.º 185/72, de 31-5, passando a constituir os arts. 312.º a 324.º desse diploma, integradores de um capítulo autónomo, precisamente com essa epígrafe.

9. O *HABEAS CORPUS* NA CONSTITUIÇÃO DE 1976

O *habeas corpus* surge naturalmente consagrado na Constituição de 1976 (art. 31.º, com essa epígrafe). “Naturalmente” porque o instituto já se enraizara na tradição constitucional portuguesa, mas também porque se tratava de uma constituição pós-revolucionária, em que se cruzaram os propósitos liberais de uns partidos com as preocupações predominantemente sociais de outros, dando origem a um texto extenso e consistente quer no plano dos direitos e liberdades individuais, quer no dos direitos económicos, sociais e culturais.

Na génese do preceito constitucional⁴³ estiveram os projetos de constituição apresentados pelo Partido Socialista, pelo Partido Popular Democrático e pelo Centro Democrático Social. O Partido Socialista propunha como fundamento de *habeas corpus* a “detenção ilegal” (art. 13.º, n.º 4, do projeto). O Partido Popular Democrático referia-se à “prisão sem fundamento legal” (art. 38.º do projeto). Por sua vez, o Centro Democrático Social admitia o *habeas corpus* para a “prisão, internamento, deportação, desterro, ou exílio ilegais ou arbitrários” (art. 13.º, n.º 24). Os restantes partidos representados na Assembleia Constituinte (Partido Comunista Português, Movimento Democrático Português e União Democrática Popular) não apresentavam, nos seus projetos, qualquer referência ao *habeas corpus*, mas vieram a convergir com os restantes partidos na sua aprovação.

Após discussão no âmbito da Comissão de Direito e Deveres Fundamentais, esta comissão aprovou o seguinte texto (art. 18.º do articulado anexo ao relatório da comissão):

1. Haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder em caso de detenção ilegal, a interpor perante o tribunal comum ou militar, consoante os casos.
2. A providência de *habeas corpus* pode ser judicialmente requerida pelo próprio ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos.

⁴³ Certamente por influência cultural portuguesa, o *habeas corpus* está igualmente reconhecido, em termos muito próximos, nas constituições dos países africanos de língua portuguesa e em Timor-Leste. Ver: art. 68.º da constituição angolana; art. 35.º da constituição caboverdiana; art. 66.º da constituição moçambicana; art. 39.º da constituição santomense; art. 39.º, n.ºs 3 a 5, da constituição guineense; art. 33.º da constituição timorense.

3. O juiz decidirá no mais curto espaço de tempo o pedido de *habeas corpus* em audiência contraditória.

Após nova discussão em comissão, foi fixado o texto final do preceito, que foi aprovado em plenário e passou a constituir o art. 31.º da Constituição, integrado no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, com a seguinte redação:

1. Haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a interpor perante o tribunal judicial ou militar consoante os casos.
2. A providência de *habeas corpus* pode ser requerida pelo próprio ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos.
3. O juiz decidirá no prazo de oito dias o pedido de *habeas corpus* em audiência contraditória.

Duas alterações foram pois introduzidas, relevantes aliás: a referência à “prisão”, a par da “detenção”; e o estabelecimento de um prazo determinado (8 dias) para a decisão.

O artigo veio a ser alterado no âmbito da IV Revisão Constitucional, que procedeu a uma reformulação do n.º 1, destinada a adaptar o texto à extinção dos tribunais militares em tempo de paz, operada pela mesma lei constitucional. Mas aproveitou-se a oportunidade para substituir o verbo “interpor” por “requerer”, considerado mais consentâneo com a natureza de *providência*, e não de recurso, que o n.º 2 do mesmo art. 31.º atribui ao *habeas corpus*.

Discutiu-se ainda em sede da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional a hipótese de eliminar a expressão “abuso de poder”, o que não veio a ser acolhido. Na verdade, os projetos de revisão do PS e do PCP propunham a supressão da expressão “abuso de poder” do n.º 1 do art. 31.º, passando portanto o *habeas corpus* a ser admitido simplesmente “por virtude de prisão ou detenção ilegal”. A questão foi discutida na Comissão Eventual, salientando o deputado Barbosa de Melo: “A ideia que está por detrás da fórmula vigente é que não basta que a prisão viole um aspeto menor, é necessário a violação de um princípio essencial da lei. Uma ilegalidade que é uma mera irregularidade não justifica o *habeas corpus* que é uma providência excepcional.[...] Não basta a mera contrariedade da lei, é preciso que haja alguma gravidade material da situação. É isto que quer dizer o texto vigente.”⁴⁴ Mais tarde, na mesma sede, este deputado caracterizava a previsão do art. 31.º, n.º 1, como contendo “um momento material, que é o abuso de poder, e um momento formal, que é a violação da lei”⁴⁵. Esta posição não foi contestada e assim o preceito manteve a referência ao “abuso de poder”.

⁴⁴ *Diário da Assembleia da República*, de 12.9.1996, II Série-RC, n.º 20, p. 525.

⁴⁵ *Diário da Assembleia da República*, de 23.4.1997, II Série-RC, n.º 78, p. 2273.

O texto atual do art. 31.º da Constituição, então revisto, é pois o seguinte:

1. Haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente.
2. A providência de *habeas corpus* pode ser requerida pelo próprio ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos.
3. O juiz decidirá no prazo de oito dias o pedido de *habeas corpus* em audiência contraditória.

A intenção dos constituintes de 1976 de darem ao *habeas corpus* um lugar de relevo no sistema de garantias é notória, até pela previsão do instituto num artigo autónomo.

O confronto com o texto constitucional de 1933, e mesmo com o de 1911, revela também um notório “progresso” na consagração do instituto na Constituição vigente. Assim, quer na estipulação de um prazo determinado para a decisão, quer na imposição de uma audiência contraditória, quer ainda na omissão de referência à possibilidade de qualquer suspensão da garantia, a Constituição de 1976 *inovou* e reforçou francamente o alcance da garantia.

10. A NATUREZA CONSTITUCIONAL DO *HABEAS CORPUS*

Analisemos brevemente o regime constitucional do *habeas corpus*.

A) O *habeas corpus* é uma garantia constitucional de proteção da liberdade física (liberdade de locomoção, de “ir e vir”, na expressiva formulação da lei brasileira), e não de quaisquer outros direitos fundamentais⁴⁶. O *habeas corpus* é um “direito-garantia”, um *instrumento* de proteção da liberdade, não um direito fundamental autónomo (“direito-direito”). O bem jurídico-constitucional que o *habeas corpus* visa proteger é o *direito à liberdade*, esse sim um direito fundamental estabelecido no art. 27.º da Constituição⁴⁷.

B) O *habeas corpus* é uma *providência*, independente do sistema de recursos penais. Uma providência urgente, conforme resulta da brevidade do prazo estipulado para a sua decisão.

Mas deverá qualificar-se como “extraordinária”, no sentido que lhe era atribuído pelo DL n.º 35043, ou seja, como *subsidiária* dos recursos judiciais?

⁴⁶ Para proteção de outros direitos, liberdades e garantias, a lei prevê procedimentos também urgentes, no âmbito da jurisdição administrativa (arts. 109.º a 111.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

⁴⁷ Sobre “direitos-direitos” e “direitos-garantia”, ver: J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 110; José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 172; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, 4.º vol., 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, pp. 129-132.

A autonomia do *habeas corpus* relativamente aos recursos dificilmente se coaduna com a sua subsidiariedade, entendida como exigindo o esgotamento dos recursos ordinários para que seja legítima a intervenção da providência. O *habeas corpus* deve servir para as situações mais graves, as mais carecidas de tutela urgente, ou seja, aquelas em que a privação da liberdade se mostrar claramente *ilegal*, sendo então o meio *adequado, e não excepcional*, de fazer frente à ilegalidade.

A providência só pode ser entendida como “extraordinária” no sentido da sua singularidade relativamente aos recursos penais, pela sua exclusiva finalidade de meio de reação à privação ilegal da liberdade e pelo seu processamento específico, não como mecanismo supletivo ou subsidiário de tutela da liberdade.

C) A Constituição esboça uma definição das situações abrangidas pela garantia (“abuso de poder, por virtude de detenção ou prisão ilegal”). Constata-se, assim, que os pressupostos e a extensão da providência não são definidos com precisão, o mesmo sucedendo com a definição do tribunal competente, pelo que se impõe a intervenção do legislador ordinário para dar cumprimento ao preceito constitucional, para dar efetividade à garantia constitucional do *habeas corpus*, à semelhança do que aconteceu com as anteriores constituições portuguesas.

Mas como interpretar a expressão: “haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal”? Trata-se de dois requisitos ou de um só? Sendo dois, serão cumulativos?

Há quem sustente a falta de autonomia entre os dois requisitos enunciados, que seriam afinal um só: a ilegalidade da detenção ou da prisão; a expressão “por virtude”, subsequente a “abuso de poder”, demonstraria que o restante enunciado da frase seria a explicitação desse conceito de “abuso de poder”, não sendo este uma exigência suplementar relativamente à detenção ou prisão ilegal⁴⁸. Por outras palavras, sempre que haja detenção ou prisão ilegal estará verificado o condicionalismo de intervenção do *habeas corpus*.

Contudo, essa posição reduz a expressão “abuso de poder” a um conceito nulo, redundante, irrelevante, inexpressivo, algo “a mais”. Bastaria a Constituição dizer: “detenção ou prisão ilegal” para que o *habeas corpus* fosse acionável... Ora, essa “redundância” precisa de ser demonstrada!

Atentando no texto da Constituição, constata-se que o *abuso de poder* é o *alvo* contra o qual é dirigido o *habeas corpus*, embora apenas quando ele se consubstanciar numa privação ilegal da liberdade física. Note-se que, enquanto a Constituição de 1911, no seguimento da constituição brasileira de 1891, estatua a admissibilidade do *habeas corpus* em caso de *abuso de poder ou ilegalidade* (em *alternativa*), a constituição vigente elege o abuso de

⁴⁸ Assim, Lobo Moutinho, *Constituição Portuguesa Anotada*, coord. Jorge Miranda/Rui Medeiros, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª ed., 2010, p. 700.

poder como fundamento *único*, embora somente quando incida sobre situações de privação da liberdade.

Portanto, para o legislador constitucional, para haver lugar ao *habeas corpus*, o abuso de poder terá que estar conexionado com detenção ou prisão ilegal. Mas nem toda a detenção ou prisão ilegal envolverá necessariamente “abuso de poder”⁴⁹. O “abuso de poder” será um *plus* relativamente à ilegalidade da privação da liberdade, ou seja, uma atuação especialmente gravosa no âmbito dessa ilegalidade. Recorrendo às já citadas palavras de Barbosa de Melo, o “abuso de poder” é um elemento *material* que *acresce* a um elemento *formal* que é a detenção ou prisão ilegal. São dois elementos *distintos*⁵⁰.

Donde resulta que a Constituição não fornece uma definição precisa dos pressupostos do *habeas corpus*. Só o legislador ordinário poderá, pois, estabelecer o regime desta providência. Por outras palavras, a norma constitucional (art. 31.º) só adquirirá plena normatividade (ou normatividade concreta) com o ato legislativo que a concretizar.⁵¹

Aliás, ao não definir o próprio conceito de “tribunal competente”, a Constituição deixou o *habeas corpus* manifestamente em estado de inexecutabilidade direta.

D) Não é feita referência expressa à *iminência* de perigo de privação da liberdade. Mas poderá o legislador consagrar o *habeas corpus preventivo*? A solução não é pacífica na doutrina: há quem defenda que o *habeas corpus* pode funcionar como *medida cautelar* da detenção em certas situações, mesmo com a lei vigente⁵². Esta posição, por falta de sustentação constitucional, parece demasiado arriscada. Quando muito poderá sustentar-se que a Constituição admite que o legislador ordinário preveja o *habeas corpus* na modalidade preventiva⁵³. A falta de esteio constitucional, e inclusivamente a falta de tradição legislativa, não favorece este entendimento. Contudo, poderá argumentar-se, em sentido oposto, que caberá ao legislador, no âmbito da sua competência para conformação do instituto, delegada pela Constituição, decidir se a garantia pode ser antecipada a uma situação anterior à efetivação da privação da liberdade.

⁴⁹ Assim, J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 508.

⁵⁰ Há em todo o caso que frisar que o “abuso de poder” não deve ser entendido como elemento subjetivo da atuação da entidade responsável pela privação da liberdade, antes como elemento objetivo: gravidade excecional da violação da lei.

⁵¹ Sobre estes conceitos, ver J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 1094-1096.

⁵² Ver J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição...*, p. 510.

⁵³ Já em 1945 Adriano Moreira defendia abertamente que o silêncio da Constituição (de 1933) não impedia o legislador de consagrar o *habeas corpus preventivo* (“Sobre o Habeas-Corpus”, *Jornal do Foro*, ano 9.º, p. 230). Posição idêntica é hoje sustentada por Lobo Moutinho face à Constituição vigente (loc. cit., p. 699).

E) É atribuída capacidade ao próprio interessado ou a qualquer pessoa (no gozo dos seus direitos políticos) para requerer a providência, não sendo necessária a intervenção de mandatário judicial. Como já tem sido assinado, o *habeas corpus* reveste de alguma forma as características de “ação popular”⁵⁴, facilitando assim a tutela da liberdade individual e realçando o seu valor constitucional objetivo. Apenas há a acrescentar que a interposição da providência por outrem não pode ser imposta contra a vontade do interessado, que portanto poderá legitimamente opor-se ao prosseguimento da providência que tiver sido requerida em seu favor.

F) É estipulado um prazo para decisão (8 dias). Esta estipulação é nova, como já se disse, e constitui a garantia nuclear do processamento urgente da providência. A Constituição não toma porém posição sobre a natureza do prazo, ou seja, saber se é perentório (ou melhor, se o seu decurso sem decisão determina a libertação do requerente) ou meramente ordenador.

G) É ainda estipulada a obrigação de realização de uma audiência contraditória. Esta regra é também obviamente um elemento nuclear da providência enquanto garantia.

H) A Constituição remete para a lei ordinária a definição do tribunal competente para a apreciação do pedido.

I) A Constituição não prevê a suspensão desta garantia em nenhuma situação, nomeadamente a de estado de sítio ou a de estado de emergência, o que deve ser entendido como interdição de suspensão da garantia em quaisquer circunstâncias. Neste aspeto a Constituição portuguesa contraria frontalmente a tradição constitucional anglossaxónica, que como vimos admite a suspensão da providência em situações de emergência política.

11. O *HABEAS CORPUS* NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

Logo após a aprovação da Constituição, em abril de 1976, o VI Governo Provisório (sendo ministro da Justiça Pinheiro Farinha) publicou um diploma reformulando o regime do *habeas corpus* introduzido no Código de Processo Penal (de 1929) pelo DL n.º 185/72, de 31-5. Tratou-se do DL n.º 320/76, de 4-5. A celeridade com que se procedeu a essa revisão legislativa é significativa do empenho governamental na implementação do instituto, aliás exaltado no preâmbulo como “a mais sólida garantia da liberdade individual, privando os regimes despóticos de uma das suas armas mais terríveis.”

⁵⁴ J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição...*, p. 509.

Porém, as alterações então introduzidas no Código de Processo Penal limitaram-se ao estritamente imposto pela nova Constituição, ou seja, a fixação do prazo de 8 dias para a decisão, a atribuição de legitimidade a qualquer pessoa para requerer a providência, e o reconhecimento da admissibilidade de interposição de *habeas corpus* para os tribunais militares dos indivíduos sujeitos a foro militar. Relativamente ao prazo, estabelecia-se ainda, em artigo não incluído no articulado do Código de Processo Penal (o art. 4.º do referido DL n.º 320/76), que “findo o prazo de oito dias sem que seja proferida decisão, o preso será restituído à liberdade”. Ou seja, o prazo não era meramente ordenador, pois, o seu decurso, sem prolação de decisão, implicava necessariamente a libertação do preso ou detido. Mas manteve-se a obrigação de intervenção de advogado, e as sanções contra o peticionante e o advogado no caso de petição manifestamente infundada.

Esse regime legal foi substituído em 1987 com o novo Código de Processo Penal, que regula o *habeas corpus* nos arts. 220.º a 224.º. Esta opção por incluir a regulamentação do *habeas corpus* no Código de Processo Penal, à semelhança do que se fizera em 1972, é claramente criticável. É uma opção agravada pela inclusão do instituto no capítulo dos “modos de impugnação” das medidas de coação (contrariamente ao que acontecia no Código de Processo Penal de 1929, em que constituía um capítulo autónomo), a par do recurso ordinário previsto no art. 219.º, como se fosse “mais um” recurso penal.

Ora, o *habeas corpus* não é um modo de impugnação das decisões que aplicam medidas de coação. Pode, na modalidade do art. 222.º, atacar tanto situações de prisão preventiva (ou obrigação de permanência na habitação), como de cumprimento de pena (por excesso de prazo). E, na do art. 220.º, pode incidir sobre situações completamente alheias a um processo penal, como garantia que é contra qualquer situação de privação de liberdade não validada judicialmente.

O *habeas corpus* é uma garantia situada à margem do sistema de impugnações do processo penal e, como tal, deveria constar de diploma autónomo do Código de Processo Penal, que abrangesse a totalidade do regime do instituto, incluindo os “regimes especiais” que fossem necessários (como os de portadores de anomalia psíquica, previsto no art. 31.º da Lei de Saúde Mental⁵⁵), o que reforçaria a visibilidade e a legibilidade do mesmo e reforçaria o seu prestígio institucional.

Tal como está estruturado, o *habeas corpus* constitui um *remédio* contra a privação ilegal da liberdade. O que significa desde logo que o *habeas corpus* está *exclusivamente* direcionado para pôr termo à ilegalidade, quando constatada, restituindo o detido à liberdade.

⁵⁵ Sobre o *habeas corpus* previsto nesse diploma, ver Pedro Soares de Albergaria, *A Lei de Saúde Mental Anotada*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 74-76; e António João Latas/Fernando Vieira, *Notas e Comentários à Lei de Saúde Mental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 177-181.

Afastado do âmbito da providência fica pois o apuramento das responsabilidades dos autores das ilegalidades verificadas, a determinar em processo autónomo. Como igualmente lhe é alheia a reparação dos direitos dos lesados, a peticionar no foro próprio, conforme prevê o art. 225.º, n.º 1, a), do Código de Processo Penal. A finalidade do *habeas corpus*, enquanto garantia da liberdade individual, esgota-se na *reposição da legalidade*, ou seja, na libertação do detido, quando constatada uma detenção ilegal.

Como ficou referido, a Constituição prevê o *habeas corpus* quer no caso de *detenção ilegal*, quer no de *prisão ilegal*.

O conceito de *detenção* abrange a situação que medeia entre a captura e a apresentação ao juiz para validação da detenção. A detenção é pois a privação da liberdade determinada pela autoridade administrativa e ainda não validada pela autoridade judiciária.

A providência prevista no art. 220.º do Código de Processo Penal destina-se precisamente a reagir contra a ilegalidade da detenção, correspondendo pois ao *habeas corpus* “clássico”, o que tem como finalidade “apresentar o corpo” do detido a um juiz, para que este possa verificar a legalidade da detenção.

Precisamente porque se trata de fiscalizar a detenção administrativa por parte do poder judicial, a lei rodeia a providência de especial celeridade: o juiz competente para a apreciação da providência é o juiz de instrução da área onde se encontrar o detido; o juiz deve ordenar a apresentação *pessoal e imediata* do detido, o que implicará que seja no próprio dia, e deverá ainda ordenar no mesmo ato à entidade que tiver a guarda do detido que se apresente igualmente para que possa prestar os devidos esclarecimentos sobre as razões da detenção; a decisão deverá ser tomada logo após a realização de audiência informal, com a presença do Ministério Público e defensor, decisão essa que em princípio deverá ser proferida ainda no mesmo dia.

Pode ser requerida pelo próprio detido ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos, sem necessidade de intervenção de advogado.

Os fundamentos do pedido podem ser os seguintes: estar excedido o prazo para entrega ao poder judicial; manter-se a detenção fora dos locais legalmente permitidos; ter sido efetuada por entidade incompetente; ser motivada por facto pelo qual a lei não a permite.

Nenhuma dúvida de interpretação suscitam os três primeiros fundamentos: o prazo de entrega dos detidos é de 48 horas (art. 28.º, n.º 1, da Constituição); os estabelecimentos legais onde é permitida a permanência de detidos estão legalmente identificados, bem como as entidades com competência para proceder à detenção.

Dúvidas poderá suscitar o último fundamento enunciado. O que significa “ser a detenção motivada por facto pelo qual a lei a não permite”? Pode, em sede de *habeas corpus*, o juiz averiguar da suficiência dos indícios de um crime imputado ao detido no mandado de detenção?

A resposta não poderá deixar de ser *afirmativa*. Já Adriano Moreira defendia que competia ao juiz avaliar aquilo a que chamou a “racionalidade

da imputação⁵⁶, sob pena de esvaziamento do conteúdo da garantia. Na verdade, se a origem e a razão de ser do *habeas corpus* é o controlo da legalidade da detenção executada pelas autoridades administrativas, a providência ficaria privada de conteúdo garantístico se o juiz apenas pudesse fiscalizar a verificação dos pressupostos formais de admissibilidade da detenção. A fiscalização do fundamento *fáctico* da detenção é pois elemento essencial da proteção garantida pelo *habeas corpus*⁵⁷.

Mas poderão ser invocados outros fundamentos para além dos enunciados pelo n.º 1 do art. 220.º, ou será *taxativa* a enumeração dele constante? A mesma questão se coloca aliás para a prisão ilegal (art. 222.º do Código de Processo Penal)⁵⁸.

Já atrás se mostrou que o texto constitucional não indica com precisão quais os requisitos de aplicação da providência, sendo “delegada” ao legislador ordinário a tarefa de concretizar a norma constitucional. Este último deve portanto desenvolver a norma constitucional, abrindo o caminho à sua exequibilidade prática. No âmbito da sua tarefa o legislador está sempre condicionado pelo texto constitucional, que deve “desenvolver” sem “trair”. Qualquer concretização de uma norma constitucional “aberta” envolve necessariamente o estabelecimento de balizas ou fronteiras.

Assim, a previsão de situações tipificadas para a interposição de *habeas corpus*, quer quanto à detenção quer quanto à prisão ilegal, corresponde não a uma restrição do direito estabelecido no art. 31.º da Constituição, mas sim a uma definição concreta e precisa da extensão desse direito⁵⁹.

O *habeas corpus* em virtude de *prisão* ilegal está previsto no art. 222.º do Código de Processo Penal. Estamos aqui perante situações em que a prisão foi decretada ou validada por um juiz, servindo pois a providência para “fiscalizar” uma decisão *jurisdicional*.

Numa primeira análise, não deixa de ser estranho que exista um mecanismo de controlo de decisões jurisdicionais fora do sistema de recursos penais. Na verdade, o modo de impugnação por excelência de decisões

⁵⁶ Adriano Moreira, “A Jurisprudência do STJ sobre *Habeas-Corpus*”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano III, p. 177. Cavaleiro de Ferreira, como vimos na nota (36) também admitia a fiscalização do “mérito da suspeita”.

⁵⁷ Diferente é o caso do *habeas corpus* por prisão ilegal (al. b) do n.º 2 do art. 222.º do Código de Processo Penal), pois aí a suficiência dos indícios já foi apreciada por um juiz em despacho que admite recurso.

⁵⁸ Já em 1945, perante o DL n.º 35043, Adriano Moreira defendia que a enumeração dos fundamentos era meramente exemplificativa (“Sobre o *habeas-corpus*”, *Jornal do Foro*, ano 9.º, pp. 233-234). Segue hoje a mesma posição Lobo Moutinho, loc. cit., p. 700. No mesmo sentido, Pedro Correia Gonçalves, “Problemas atuais do *habeas corpus*”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19.º, 2009, n.º 2, pp. 305-306.

⁵⁹ Sobre a não inconstitucionalidade da taxatividade dos fundamentos de *habeas corpus* expostos na lei, ver os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 423/2003 e 64/2005. Lobo Moutinho, pronunciando-se embora contra a taxatividade, admite em todo o caso que o legislador ordinário tem “uma certa margem de liberdade na delimitação dos motivos concretos de ilegalidade da privação da liberdade que podem fundamentar o *habeas corpus*” (loc. cit., p. 700).

desse tipo é o *recurso* para um tribunal superior. O *habeas corpus*, para ter razão de ser, deverá ter uma função diferente da dos recursos, deverá servir como instrumento de proteção da liberdade quando os meios ordinários não servirem de base suficiente para essa proteção. Nesse sentido, e só ele, o *habeas corpus* é uma providência *extraordinária*.

Mas deverá o sujeito ter de esgotar os meios ordinários de impugnação para ter acesso ao *habeas corpus*? Já se abordou esta questão, pronunciando-nos pela negativa, em face do texto constitucional.

A posição afirmativa constituía, porém, a jurisprudência corrente do Supremo Tribunal de Justiça até ao início deste século⁶⁰. Mas essa orientação veio a ser abandonada a partir do acórdão de 3.7.2001 (cons. Armando Leandro)⁶¹, que decidiu precisamente que a admissibilidade de recurso da decisão, ou a sua pendência, não impede o *habeas corpus*, desde que verificados os respetivos pressupostos.

Esta posição veio a ser consagrada na lei, no n.º 2 do art. 219.º do Código de Processo Penal, pela Lei n.º 48/2007, de 29-8⁶².

Na verdade, no *habeas corpus* discute-se exclusivamente a *legalidade* da prisão à luz das normas que estabelecem o regime da sua admissibilidade. No *habeas corpus* procede-se necessariamente a uma avaliação essencialmente *formal* da situação, confrontando os factos apurados no âmbito da providência com a lei, em ordem a determinar se esta foi infringida. Não se avalia, pois, se a privação da liberdade é ou não *justificada*, mas sim e apenas se ela é *inadmissível*. Só essa é *ilegal*.

De fora do âmbito da providência ficam todas as situações que são enquadráveis nas nulidades e noutros vícios processuais das decisões que decretaram a prisão, bem como na análise dos pressupostos materiais das medidas privativas da liberdade. Para essas situações estão reservados os recursos penais, como o do art. 219.º do Código de Processo Penal. O *habeas corpus* não pode ser reconvertido num “recurso abreviado”, ou seja, num meio de acelerar a tramitação dos recursos penais, que dispõem de tramitação diferente, não esquecendo que o referido recurso do art. 219.º tem igualmente um prazo específico para decisão (30 dias). O processamento

⁶⁰ Ver exemplificativamente o acórdão de 20.2.1997, que foi objeto de anotação na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (ano 10.º, 2.º, pp. 303-312) por Cláudia Cruz Santos, que conclui: “O entendimento de que a providência de *habeas corpus* reveste carácter excecional é bem fundado. Os interesses que a justificam e o seu regime procedimental comprovam-no. Já a ideia de que a este carácter excecional se associa uma sua impossibilidade antes de esgotados os recursos ordinários, para além de não encontrar qualquer apoio na lei, inverte por completo a sua teleologia, privando-a em grande parte do seu efeito útil necessariamente associado à celeridade da decisão” (pp. 311-312).

Também Maia Gonçalves já anteriormente defendia que a interposição de recurso da decisão não impedia a interposição da providência (*Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, Coimbra, 10.ª ed., 1999, p. 452).

⁶¹ *Coletânea de Jurisprudência* (STJ), tomo II, pp. 241-245, proc. n.º 2521/01.

⁶² É o seguinte o texto: “Não existe relação de litispendência ou de caso julgado entre o recurso previsto no número anterior e a providência de *habeas corpus*, independentemente dos respetivos fundamentos.”

acelerado do *habeas corpus* não se coaduna aliás com a análise de questões com alguma complexidade jurídica ou factual, antes se adequa apenas à apreciação de situações de *evidente* ilegalidade, diretamente constatáveis pelo confronto entre os factos sumariamente recolhidos e a lei.

Nesta perspetiva, não existe sobreposição ou “concorrência” entre a providência e o recurso penal. Cada um dos meios tem o seu objeto específico de impugnação.

Em síntese: desde que verificados os requisitos do *habeas corpus* (prisão ilegal por algum dos fundamentos previstos na lei), a providência é admissível, independentemente de ter sido interposto recurso ordinário da mesma decisão.

O prazo estabelecido para a decisão da providência é de 8 dias, conforme a própria Constituição, no n.º 3 do art. 31.º, determina. Esse prazo é válido para qualquer das modalidades da providência. Contudo, para o caso da detenção ilegal, deve entender-se que só excepcionalmente esse prazo deve ser esgotado.

Em qualquer caso o prazo é meramente *ordenador*, ou seja, não é atribuída qualquer consequência processual à infração do mesmo. Na verdade, a lei não contém nenhuma disposição idêntica ao citado art. 4.º do DL n.º 320/76, que determinava a libertação do preso caso a providência não fosse decidida no prazo. Por outro lado, a Constituição, já o vimos, não impõe essa solução, embora não a proscruva. Seria aliás essa a solução mais consentânea com o espírito garantístico da providência.

Por último, refira-se que, respeitando o sentido do texto constitucional, a Lei n.º 44/86, de 30-09, que regula o estado de sítio e o estado de emergência, assegura expressamente o direito de *habeas corpus* às pessoas detidas ou com residência fixa com fundamento em violação das normas de segurança em vigor após a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (n.º 2, al. a) do art. 2.º). Ou seja, no nosso ordenamento jurídico, o *habeas corpus* não pode, em caso algum, ser suspenso.

12. O FUTURO DO *HABEAS CORPUS*

Tem futuro o *habeas corpus*? A pergunta pode parecer estranha dado o prestígio indiscutível de que o instituto goza junto da comunidade jurídica internacional, embora esse prestígio seja fundado mais na mitologia que o rodeia do que na sua história *real*.

A pergunta justifica-se sobretudo porque o *habeas corpus*, enquanto garantia, assenta num paradoxo básico: nos “regimes despóticos” (para utilizar a expressão do preâmbulo do DL n.º 320/76), onde teria grande utilidade, ou não tem existência jurídica ou são erguidos obstáculos decisivos à sua eficácia, como a experiência portuguesa durante o Estado Novo o comprova; nos regimes democráticos, em tempos de normalidade institucional, existe geralmente uma panóplia de garantias que o relegam para um lugar residual; e, quando se verificam situações de emergência, quando precisamente o

habeas corpus é mais necessário, decreta-se a sua suspensão... Ou então encontram-se subtilezas jurídicas para recusar ou esvaziar a providência, como aconteceu com os prisioneiros de Guantánamo...

Também não está provado que esta providência seja essencial à proteção da liberdade, que onde ela existe a liberdade está por si só garantida, ou que os países que a acolheram sejam mais livres e detentores de um sistema penal mais garantista que aqueles onde ela não existe. Vários são os modos e os instrumentos de proteção da liberdade individual e o que importa é que os existentes funcionem eficazmente. O *habeas corpus* é um instrumento, entre outros.

Estas considerações são particularmente pertinentes para o *habeas corpus* contra a prisão validada judicialmente. Na verdade, em sistemas judiciais, como o nosso, em que, por um lado, vigoram as garantias institucionais da independência do poder judicial e da autonomia do ministério público e que, por outro, dispõem de leis penais extremamente minuciosas no estabelecimento dos requisitos da privação da liberdade, impondo, para mais, o controlo oficioso periódico da sua subsistência, e estabelecendo um sistema amplo de recursos penais, inclusivamente com prazo determinado para decisão, em sistemas assim altamente garantistas são tendencialmente residuais as situações de ilegalidade da prisão.

Falando com clareza: não se propugna aqui de forma alguma a recuperação do modelo de *habeas corpus* subsidiário de 1945; apenas se pretende situá-lo no lugar próprio: como garantia contra situações de evidente ilegalidade da privação da liberdade.

Recorde-se que o *habeas corpus* nasceu em Inglaterra para fazer face a um quadro jurídico extremamente deficitário quer na fixação das regras da privação da liberdade, quer na da previsão de meios jurídicos de reação, e que foi perdendo relevância à medida que os requisitos de detenção passaram a estar estabelecidos por lei e as decisões a ser fiscalizáveis por via de recurso judicial.

Contudo, há que reconhecer que mesmo em qualquer sistema altamente jurisdicizado podem ocorrer ilegalidades. Nenhum sistema, por mais garantista que seja, está imune ao erro, ou mesmo à violação abusiva da lei, e concretamente à ocorrência de detenções ou prisões ilegais.

Daí que se possa sempre argumentar em “defesa” do *habeas corpus*, como garantia suprema e extraordinária de defesa da liberdade, como medida de *emergência* de proteção da liberdade, para responder com rapidez e eficácia às situações de privação ilegal da liberdade, repondo prontamente a legalidade. É no carácter simplificado e expedito do seu processamento, bem como na amplitude da legitimidade ativa para o seu acionamento, que reside o valor supremo da providência do *habeas corpus* como garantia da liberdade.⁶³

⁶³ Já em 1945 Adriano Moreira dizia lucidamente: “Destinado o habeas-corpus a proteger e defender a liberdade, não é nisso que se encontra a sua característica essencial nem é isso que o torna particularmente desejável, porque há muitas outras instituições com o mesmo fim. Os seus caracteres específicos são normalmente formais, e o seu valor assenta na rapidez, na

Embora não se deva perder de vista que o caráter sumário e de emergência que ele reveste limita-o necessariamente à apreciação das violações evidentes e manifestas da legalidade.

Por outro lado, há que rejeitar liminarmente as tentativas de “expansão” do *habeas corpus* para situações abrangidas pelos recursos penais, admitindo a “concorrência” mais ou menos “desleal” entre instrumentos com vocação diferente. Essa concorrência é de todo inconveniente, como mostra a experiência brasileira, e importa consequências altamente gravosas para a transparência e a racionalidade e até para a própria celeridade do processo penal. O *habeas corpus* não pode ser usado para tratar de nulidades ou outros vícios processuais, ou para avaliar da pertinência da prisão preventiva (para o que existe em Portugal um instrumento de impugnação específico, o recurso do art. 219.º do Código de Processo Penal, com natureza urgente), ou a qualificação jurídica dos factos imputados ao arguido. Para todas essas situações o modo de impugnação é o recurso ordinário, e o *habeas corpus* não pode ser utilizado para abusivamente “acelerar” o recurso. Ao *habeas corpus* está reservada exclusivamente a apreciação da *ilegalidade* (direta, frontal, evidente) da prisão, insiste-se.

Relativamente à detenção ilegal, as circunstâncias são diferentes e as necessidades mais prementes. É certo que também aí a lei estabelece os fundamentos precisos da privação da liberdade. Mas a detenção, promovida geralmente por via administrativa, ou seja, por entidades que não detêm um estatuto de independência do poder político e para quem a legalidade é mais um limite do que um fundamento de atuação, e onde a hierarquia estrutura fortemente a sua organização, está mais sujeita a atropelos à legalidade.

Nos tempos atuais ocorrem fenómenos que, pelo seu caráter massivo, destrutivo ou altamente violento, vêm alarmando a opinião pública (muitas vezes manipulada, é certo), que tende a exigir respostas radicais e indiscriminadas da parte do poder estatal. Casos típicos são as migrações massivas e descontroladas, o terrorismo e ainda certa criminalidade violenta ou transnacional. Contra esses fenómenos os governos tendem a “tranquilizar” as populações aprovando medidas tantas vezes desproporcionadas, tantas vezes ao arrepio dos próprios textos constitucionais e das declarações internacionais de direitos que aprovaram.

É aqui que o *habeas corpus* tem futuramente, mas também já presente-mente, um especial papel a desempenhar.

prontidão e celeridade com que restitui à integridade dos seus direitos o cidadão vítima duma agressão ilegal. Situa-se assim a sua vantagem principal não no que essencialmente é, mas na natureza sumária do processo.” (“Sobre o habeas-corporis”, *Jornal do Foro*, ano 9.º, p. 227).