

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE DIREITO

Victor Hugo Tosta

HABEAS CORPUS NO PROCESSO PENAL:
suas fontes e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Rio Grande – RS

2018

Victor Hugo Tosta

HABEAS CORPUS NO PROCESSO PENAL:

suas fontes e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação elaborado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande.

Orientador: Prof. Me. Péricles Antonio Fernandes Gonçalves.

Rio Grande – RS

2018

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

T716h Tosta, Victor Hugo.

Habeas corpus no processo penal: suas fontes e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Victor Hugo Tosta. – Rio Grande: 2018.
262 f.

Orientador: Prof. Me. Péricles Antonio Fernandes Gonçalves.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Rio Grande. Faculdade de Direito, 2018.

1. *Habeas Corpus*. 2. Direito Processual Penal. 3. Supremo Tribunal Federal. I. Gonçalves, Péricles Antonio Fernandes. II. Título.

CDU 342.721

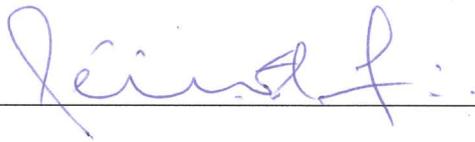
Bibliotecária responsável: Caroline Oliveira – CRB 10/2352

Victor Hugo Tosta

HABEAS CORPUS NO PROCESSO PENAL:
suas fontes e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

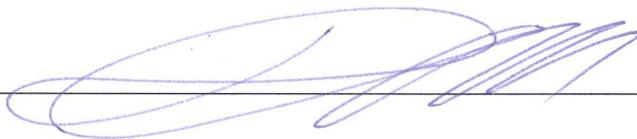
Trabalho de Conclusão de Curso de
Graduação elaborado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Universidade Federal do Rio Grande.

Rio Grande, 13 de novembro de 2018.



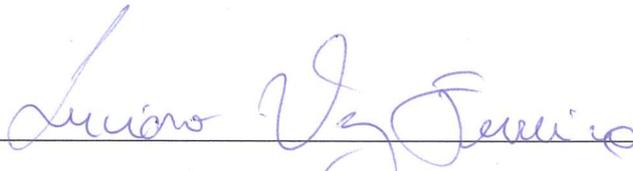
Orientador Professor Mestre Péricles Antonio Fernandes Gonçalves

Faculdade de Direito (FaDir), Universidade Federal do Rio Grande (FURG)



Professor Doutor Daniel Lena Marchiori Neto

Faculdade de Direito (FaDir), Universidade Federal do Rio Grande (FURG)



Professor Doutor Luciano Vaz Ferreira

Faculdade de Direito (FaDir), Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

Dedico esse trabalho a minha tia Zélia, que me ajudou durante a graduação.

Em especial a família Felipe, que me amparou ao longo da infância e da adolescência em praticamente tudo, através do seu apadrinhamento socio-afetivo.

Bem como aos meus Professores e Professoras, além dos demais responsáveis da FURG.

A orientação do Professor Péricles e a banca examinadora, pela ajuda e sugestões de correção.

A Caroline, que me auxiliou na exposição padronizada dessa produção intelectual.

Além do Sr. Proud, que não foi meu Professor, mas inspirou leituras filosóficas e o gosto pela arte, por pura liberalidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Poder Superior, esse ser misterioso que transcende a minha compreensão e que para minha felicidade, mais acredita em mim do que eu nele.

A minha tia Zélia que assumiu a responsabilidade e me criou; a quem eu amo profundamente.

A família Felipe, de Apucarana – PR, que me apadrinhou socialmente na infância e na adolescência, provendo muito além do necessário, como educação e lazer, entre tantas outras coisas.

Aos funcionários da FURG; em especial, aos Professores, que transmitiram a mim a maior herança da humanidade: o conhecimento.

A orientação paciente do Professor Péricles e o exame da banca.

A Caroline, Bibliotecária que normalizou essa exposição conforme as exigências e regras de produção científica.

E ao Sr. Proud, que proporcionou conhecimento filosófico e artístico, além de reflexões geniais.

Como individualidade imediata, uma pessoa, ao tomar decisões, está relacionada a um mundo de natureza confrontativa direta e, assim, a vontade de personalidade fica parada nesse mundo como algo subjetivo. Por personalidade, no entanto, como inerentemente infinita e universal, enquanto restrita a ser apenas subjetiva, eis que surge uma contradição e nulidade. A personalidade é aquela que luta para se elevar acima dessa restrição e dar-se realidade, ou, em outras palavras, reivindicar que o mundo externo é o próprio. (HEGEL, [2003?], p. 70, tradução nossa).

RESUMO

Este estudo explora as fontes relacionadas ao *Habeas Corpus*. A ênfase é o plano Processual Penal e Constitucional brasileiro, nada obstante ensaiar, brevemente, um panorama Transconstitucional, tendo em vista o crescente fenômeno da Internacionalização do Direito. Inovações surgem dessa conjuntura, por isso a importância da análise, enquanto políticas criminais transnacionais interferem na soberania pátria mais e mais. Potenciais aperfeiçoamentos oriundos do próprio contexto nacional também podem emergir, onde o apreço foca-se no cotejo dos juristas pátrios fulcrados no remédio. O problema de pesquisa objetiva definir suas funções, enquanto a finalidade é explicitá-las de forma estratégica-prático-forense. A metodologia é, em alguns momentos, dialética, noutros, indutiva-dedutiva e também por gestão de exemplos, partindo das hermenêuticas teóricas, para depois explorar sua história, continuando por leituras processuais penais, até as abstrações legais; pormenorizando nas particularidades concretas, num apanhado jurisprudencial da aplicabilidade do *Writ*. Essa gestão se estendeu por, aproximadamente, quinhentos julgados selecionados das obras de cinco juristas experientes, focando-se na Suprema Corte pátria, já que caso fossem abarcados os outros graus e matérias, o trabalho teria extensão inviável ao lapso temporal disponível. Isso também porque, durante a pesquisa, se entendeu que a subordinação desses Tribunais à última instância, indireta e abstratamente, permitia perceber suas linhas decisórias. O objetivo é alcançado de forma exploratória-histórica até o presente, por procedimentos de caráter bibliográfico-documentais; isto é: por fontes oficiais, depois estudos especializados e casos concretos hodiernos, principalmente, brasileiros, sem embargo de perfilar por vieses jurídico-dialógicos (numa reflexão entre autores) e comparados (pelas fontes estrangeiras), além das Internacionais Públicas. A abordagem foi qualitativa, analisando, principalmente, as fontes nacionais: qualitativa, por refletir o remédio pelo prisma especializado; quantitativa, por buscar uma boa medida de julgados pátrios – afinal, é no caso concreto que se depreende o resultado daquelas. Inicialmente, percorre-se algumas teorias Constitucionais e depois o *iter* histórico do *Writ*; onde *a posteriori*, sua importância analisada pelo viés principiológico bem como doutrinário. Em seguida, vê-se a estrutura superposta do judiciário brasileiro, verificando sinteticamente, questões de competência para julgar o *mandamus*; no fim, o horizonte internacional será abordado, fechando o desenvolvimento com uma visita às demais ciências criminais. No

âmbito, discorre-se pelos conceitos doutrinários brasileiros; além de mergulhar numa quantidade de casos concretos variados. Os resultados conclusivos apontam, principalmente, à necessidade de aperfeiçoamento teórico-prático do instituto em relação a grupos vulneráveis específicos; isso, outrossim, enseja engajamento popular, enquanto o Direito Constitucional se perfaz numa heterogeneia política e jurídica. Se a forma de entender e aplicar o *Habeas Corpus* foi, outrora, conquistada contra o abuso do soberano, pode-se supor que de maneira reflexa surgiria uma pressão para a mudança da política criminal, entre outras, com ou sem a moldagem pretendida ao instituto na conclusão, hoje e aqui, em prol dos grupos-alvo vulneráveis. O que resultaria, em última análise, na substância que se persegue: a redução da violência e a segurança pública.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal. *Habeas Corpus*. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study explores the sources of the *Habeas Corpus*. The emphasis is the Brazilian Criminal and Constitutional Procedural, with a briefly rehearsing the Transconstitutional panorama, because of the growing phenomenon of Rights Internationalization. Innovations may arise from this conjuncture, what justifies the analysis, while transnational criminal policies interfere more and more in the national sovereignty. Potential improvements from national context could emerge too, where the appreciation focus in a collation between national jurists engaged in the remedy. The research problem aims to define its functions, while the purpose is to explain them strategic-practical-forensically. The methodology is, in some moments, dialectical, in others, inductive-deductive, also by example management, starting from hermeneutical theories, then exploring its history, continuing by penal procedural readings, after the law abstractions; detailing some particularities of concrete cases, into jurisprudential decisions for the applicability of the *Writ*. This management extends through, approximately, five hundred judgments, selected from works of five experienced jurists, focusing at the Brazilian Supreme Court, as if the other grades and subjects were included, it would not be feasible to the time-lapse available. Also, because while researching, it was understood that the subordination of these Courts to the last instance, indirect and abstractly, allowed to perceive its lines of decisions. The objective is reached in an exploratory-historical way, up to the present, by documental-bibliographic character procedures, videlicet: through the formal sources, studies in specialized works and jurisprudential cases; as well in a dialogical reflection between authors and compared study (through foreign sources), in addition to the International Law. The approach of the proposal will be quali-quantitative, analyzing, mostly, the national ones: qualitative, for reflecting the remedy through a specialized prism; quantitative, for seeking a good measure of Brazilian judgments – because in the concrete cases that is possible to deduct the results. Initially, wandering through some Constitutional theories and then the historical *iter* of *Writ*; where *a posteriori*, its importance analyzed by the principiological as well as doctrinal bias. Next, seeing the layered and hierarquical structure of the Brazilian judiciary, verifying briefly, issues of competence to judge the *mandamus*; at the end, the international horizon will be approached, closing the content with a visit to the other criminal sciences. At the core, the concepts of some Brazilian doctrines; in addition to plunging into several varied

concrete cases. The conclusive results point, principally, to the need of a theoretic-practical improvement of the *mandamus* in relation to specific vulnerable groups; in turn, are needed a popular engagement while Constitutional Rights are political and juridical heterogeneity. If the way to understand and apply the *Habeas Corpus* was once conquered against the abuse of the King, supposedly, a reflexive way of pressure could arise a change of the criminal and other policies, with or without the concluded intention of adapting the institute, today and here, in favor of the vulnerable target-groups. This would ultimately result in the substance in pursuit: the reduction of violence and public safety.

Keywords: Constitutional Rights. Criminal Rights. Criminal Procedural Rights. *Habeas Corpus*. Jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 METODOLOGIA.....	20
3 O COSTUME INGLÊS, AS ORIGENS DO HABEAS CORPUS E DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	23
3.1 A DISPERSÃO A OUTROS PORTOS	30
4 OS PACTOS SOCIOLÓGICOS BRASILEIROS E O REMÉDIO JURÍDICO..	36
4.1 NO IMPÉRIO INDEPENDENTE DOS PEDROS.....	37
4.2 NA PRIMEIRA REPÚBLICA; LIBERAL, MAS ENCILHADA	40
4.3 NA SEGUNDA E EFÊMERA REPÚBLICA, DURANTE O ENTRE-GUERRAS MUNDIAL	43
4.4 A QUEDA DA REPÚBLICA, A TENSÃO ENTRE COMUNISTAS E INTEGRALISTAS; A ASCENSÃO DE VARGAS.....	45
4.5 A REDEMOCRATIZAÇÃO DO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL.....	47
4.6 A DITADURA CIVIL-MILITAR NO CENÁRIO DA GUERRA FRIA, NO MUNDO BIPOLAR.....	49
4.7 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ	50
5 PRINCÍPIOS DA PRERROGATIVA DE ESTADO E DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS.....	52
5.1 PRINCIPIOLOGIA SISTEMOLÓGICA CONSTITUCIONAL DO PODER, DEVER E FUNÇÃO.....	55
5.1.1 <i>Preceitos ao comportamento dos atores do processo penal</i>	59
5.1.2 <i>Virtudes aos protagonistas na contenção do direito penal, proteção a democracia e a cidadania</i>	70
6 NOÇÕES DOGMÁTICAS DO WRIT	85
6.1 SUA NATUREZA, EFICÁCIA, LEGITIMIDADE, POSSIBILIDADE, INTERESSE, CABIMENTO, IMPETRAÇÃO, REQUISITO; A PROVA DO DIREITO E SEU RITO.....	88
6.1.1 <i>Espécies doutrinárias</i>	99
6.1.2 <i>Justa causa e tipos de prisão</i>	102
6.1.3 <i>Estado de sítio</i>	112
7 LEGALIDADE E LEGITIMIDADE PARA AVALIAR O <i>HABEAS CORPUS</i>	115
7.1 OS TRIBUNAIS E SUAS COMPETÊNCIAS	120
7.1.1 <i>Oficialidade, pedido liminar e reiteração</i>	126
7.1.2 <i>Decisões e recursos</i>	128

8 JURISPRUDÊNCIA DA SENTINELA	136
8.1 NO INQUÉRITO POLICIAL, DENÚNCIA, QUEIXA OU NA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO	137
8.2 RITOS, PROCESSOS E RECURSOS	154
8.2.1 <i>Entendimentos de admissibilidade que turvam seu potencial cabimento</i>	155
8.2.2 <i>Leitura sobre a competência</i>	177
8.2.3 <i>A súmula nº 691 do STF</i>	184
8.2.4 <i>Dilações temporais indevidas</i>	188
8.2.5 <i>Intimação para sustentação oral</i>	193
8.2.6 <i>Algumas hipóteses de nulidade</i>	194
8.2.7 <i>Reforma prejudicial, recurso exclusivo da defesa e júri</i>	202
8.2.8 <i>Qualificação jurídica e dosimetria</i>	208
8.2.9 <i>Execução, reincidência e antecedentes</i>	218
9 APORTES INTERNACIONAIS	230
10 AS OUTRAS CIÊNCIAS CRIMINAIS	237
11 RESULTADOS	247
12 CONCLUSÃO	254
REFERÊNCIAS	256

1 INTRODUÇÃO

Entendendo o Direito como uma espécie de arte, onde a narrativa deve ser atraente, a abertura deve carregar um certo *ethos*. No próximo capítulo apresentar-se-á os caminhos metodológicos dessa pesquisa.

Assim, para chegar ao estudo do instituto jurídico objeto desse trabalho, a melhor forma de introduzi-lo, presumiu-se, seria por alguns breves olhares teóricos concernentes ao Direito Constitucional; ainda que, como se verá, no capítulo sobre a história do *habeas corpus*, é possível afirmar que essa ferramenta antecedeu ou mesmo contribuiu para a formação do que se entende hoje por Constitucionalismo contemporâneo. Assim, diverso do que mormente se faz, também, iniciando um diálogo pela narrativa temporal do objeto de estudo, no presente caso é plausível dizer que sua trajetória é parte de sua teoria; por isso a inversão de lugares.

Como pontapé inicial, uma das tantas Teorias de Poder Constituinte parece a melhor a explicar, sinteticamente, o fenômeno berço do Direito Constitucional inerente a abordagem do tema. Acontece que, seu idealizador, Hermann Heller faleceu antes de concluir seus estudos, tendo sido o Prof. Gerhart Niemeyer a aclarar seus apontamentos inacabados.

Assim, no prólogo da obra de Heller, Niemeyer traz o sentido que o teorizador empresta à realidade social, afirmando, que essa “[...] constitui-se, segundo uma estrutura dialética, de todos os fatores parciais que só se podem insular na mente e que nunca se deixam tornar absolutos.” (HELLER¹, 1968, p. 10 apud SANTOS, 1980, p. 52).

Visualizando a realidade social como uma unidade, sem particularizar a primazia ou prevalência de um setor sobre outro, [Heller] rejeitou as colocações do positivismo e decisionismo, que pretendem, sob os auspícios do jurídico e do político, respectivamente, explicar o Estado e o Direito. (SANTOS, 1980, p. 51-52).

De acordo com a concepção helleriana a realidade social compreende um amálgama indissolúvel do mundo real com o mundo cultural, ou seja, do mundo do ser com o mundo do dever ser, no que estabeleceu profunda e íntima conexão entre a realidade e a normatividade, entre o sociológico e o jurídico, entre poder e Direito, vontade e norma, eficácia e validade. (SANTOS, 1980, p. 52).

“De momento, cabe observar que Heller identifica o homem como um componente integrante da realidade social, e que, assim, participa da formação do Estado e do Direito, por sua condição de ser social.” (SANTOS, 1980, p. 52). Para ele “[...] não há uma existência individual isolada, separada da conexão social e essencialmente autônoma perante ela”. (HELLER², 1968, p. 10-11 apud SANTOS, 1980, p. 53).

¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. [São Paulo]: Mestre Jou, 1968, p. 10.

² Ibidem, p. 10-11.

“A Constituição do Estado não é processo senão produto; não atividade, senão forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida e forma nascida da vida.” (HELLER³, 1968, p. 296 apud SANTOS, 1980, p. 54). “Acima de toda vontade criadora do direito, coloca Heller princípios jurídicos gerais de conteúdo ético ou lógico-constutivo, que geram e limitam todas as possibilidades de conteúdo de um direito positivo.” (HELLER⁴, 1968, p. 14 apud SANTOS, 1980, p. 55).

A Constituição política total, para Heller, é o texto organizador do Estado e estabelecedor do Direito, segundo uma realidade social. Esta Constituição, por sua vez, encerra em seu bojo várias Constituições, a saber: Constituição não normativa e Constituição normativa. A primeira pertence ao mundo da realidade, ou seja, ao mundo do ser, constituindo-se, assim, em objeto da Sociologia; enquanto que a segunda pertence ao mundo do dever ser, sendo, assim, objeto da dogmática jurídica. A Constituição normativa, por seu turno, compreende uma Constituição normada extrajudicialmente e uma Constituição normada juridicamente. Aquela contém os princípios éticos do Direito, a segunda compreende a Constituição estabelecida pelo Direito. Nesta última espécie encontra-se, ainda, uma Constituição jurídica destacada, uma Constituição jurídica objetivada e uma Constituição escrita. A Constituição política total, assim, para Heller, é o resultado dialético-integral de princípios do mundo do ser e do dever ser, que se entrelaçam e se conjugam para organizar a sociedade estatal, em consonância com a realidade social. (SANTOS, 1980, p. 53-54).

“Os princípios de Direito que Heller sustenta informar a vontade política criadora da Constituição, ou seja, o Poder Constituinte, realmente nenhuma relação tem com o Direito Positivo ou com o Direito Natural.” (SANTOS, 1980, p. 55). É correto “[...] dizer que sua teoria sobre o Estado e o Direito se funda na Sociologia, bem como num Direito Suprapositivo.” (SANTOS, 1980, p. 53).

Vê-se que os princípios jurídicos de caráter ético ou lógico-constutivo não têm o condão de afirmar a natureza do Poder Constituinte como um poder de Direito Positivo ou de Direito Natural. Todavia, não se pode desconhecer que esses princípios jurídicos de direito suprapositivo, como aduz o prof. Niemeyer, bem caracterizam a vontade do poder criador da Constituição, como de igual maneira acontece com a vinculação dele à realidade social. O Poder Constituinte, assim, para a teoria de Heller, é um poder soberano, dotado de uma vontade sócio-jurídica, vontade essa que se caracteriza por conjugar e expressar forças do mundo do ser e do dever ser. (SANTOS, 1980, p. 56).

“Está claro que não se deve confundir esta vinculação normativa da vontade de decisão com uma reedição das concepções jusnaturalistas. O que constitui justamente a essência do Direito Natural falta na noção helleriana dos princípios jurídicos, a saber, a validade de normas ‘a priori’, com independência da conduta humana no tempo e no espaço.” (HELLER⁵, 1968, p. 15 apud SANTOS, 1980, p. 55-56). “Pode considerar-se como Poder Constituinte aquela

³ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. [São Paulo]: Mestre Jou, 1968, p. 296.

⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁵ *Ibidem*, p. 15.

vontade política cujo ‘poder e autoridade’ estejam em condições de determinar a existência da unidade política do todo.” (HELLER⁶, 1968, p. 327 apud SANTOS, 1980, p. 54).

“Assim, é de se afirmar que o Poder Constituinte, para a Teoria Dialético-Integral de Heller, é um poder de natureza sócio-jurídica, que se caracteriza pela sua inicialidade e por ser um poder limitado pelos princípios jurídicos suprapositivos e pela realidade social.” (SANTOS, 1980, p. 56-57).

É que para Heller os dois mundos (do ser e do dever ser) nunca aparecem isolados no fenômeno do Estado, sempre estão entrelaçados de maneira que a realidade não seja para o direito uma realidade fria, mas uma realidade com sentido, associada a um valor, impregnada de um valor. (HELLER⁷, 1968, p. 118 apud SANTOS, 1980, p. 56).

Naquela que ficou conhecida como a ‘Teoria Dialético-Integral’, Heller estabeleceu como possíveis titulares do Poder Constituinte o príncipe, o povo ou alguma autoridade revolucionária (SANTOS, 1980, p. 57). “Só cabe considerar-se como sujeito do Poder Constituinte o príncipe ou o povo, se adquiriram essa condição em virtude de uma norma [...] Há também autoridades revolucionárias cuja ‘validade social’ se apoia inteiramente na quebra da continuidade.” (HELLER⁸, 1968, p. 326-327 apud SANTOS, 1980, p. 57).

[...] a titularidade somente se caracteriza no príncipe ou no povo, quando efetivamente se encontram investidos de uma idéia de Direito, e, assim, em condições de expressar princípios e valores do mundo do ser e do dever ser em sua atividade constituinte. Diga-se, ainda, que para Heller o povo não se confunde com a massa humana, pois que esta é destituída de poder e autoridade. O povo, segundo ele, é a pluralidade de homens imbuídos de uma compreensão dos fins sociais do Estado e conscientes de uma realidade social. (SANTOS, 1980, p. 57-58).

Como se verá no momento histórico, nascedouro do que se entende por *habeas corpus* hoje, houve uma Constitucionalização crescente, pressionada pelos revolucionários ingleses, ao longo de séculos; as questões foram diversas em cada episódio, mas sempre se relacionavam com a necessidade de contenção do poder e arbítrio do soberano, do monarca. É aqui que as águas se encontram.

Acontece que, para outro autor, Lassalle (2012), interessantemente, o produto do Poder Constituinte que se conhece, as Constituições escritas, tanto faz; o resultado último desse suposto Estado de Direito é justificar, relegitimar e readaptar a arbitrariedade da força: a Constituição real de poder. Esclarecendo essa percepção, e mais: contrariando-a e ponderando-a, Hesse (1991) aborda a perspectiva disruptiva e preponderantemente sociológico-realista que

⁶ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. [São Paulo]: Mestre Jou, 1968, p. 327.

⁷ Ibidem, p. 118.

⁸ Ibidem, p. 326-327.

Lassalle defende em

[...] 16 de abril de 1862, [...] [quando] proferiu, numa associação liberal- progressista de Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição [...] Segundo sua tese fundamental, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. (HESSE, 1991, p. 9).

Nas palavras do próprio Lassalle (2012, p. 27), a Constituição escrita era um mero ‘pedaço de papel’. No seu contexto de fala, que se distancia das demais realidades hodiernas, é possível considerar alguma medida ainda; vide a síntese de seu discurso:

Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem um país. Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição; com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhe expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples factores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atenta contra a lei, por conseguinte é punido. Não desconheceis também o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os dessa maneira em fatores jurídicos. (LASSALLE, 2012, p. 27-28).

Interpretando os escritos de Ferdinand Lassalle, Hesse (1991, p. 9) bem explica que, para ele, essas relações fáticas conjugavam, condicionavam e constituíam a força ativa e determinante das Leis e das instituições sociais. Essas seriam resultantes daquelas, tornando-as expressões e correlações dessas forças, desses fatores reais de poder.

Lassalle foi de uma época (século XIX) onde a influência das antigas insurreições inglesas já havia tomado forma e afetado o mundo, principalmente o ocidente, que em seus ideais, ganharam vida e interpretação própria; assim, no seu tempo, surgiam novas leituras, com novas leituras de mundo. Por isso é possível atrelar, em alguma medida, sua crítica até hoje ao cenário do Direito Constitucional, porque boa parte dessas questões permanecem perenes; mesmo que sua fala hoje sirva mais como contrapeso, reflexão.

Esses fatores seriam para Ferdinand Lassalle, a real Constituição do país; sua aptidão para regular e justificar estaria limitada à compatibilidade com a Constituição real de poderes (HESSE, 1991, p. 9). De maneira diversa, se a escrita viesse de encontro a realidade, tornaria-se inevitável um conflito e o desfecho seria contrário a primeira; este mero ‘pedaço de papel’ sucumbiria diante dos fatores reais de poder dominantes nas sociedades de mesma raiz (HESSE, 1991, p. 9).

Considerada em suas consequências, a concepção determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluída e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica.[...] Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciências da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela Realpolitik. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política. (HESSE, 1991, p. 10- 11).

É então que surge outra oportunidade, dentro de certos limites, de uma possível fala entrelaçada entre os saberes de Hesse (1991) e Tushnet (2006), associando-as num sentido próprio para cá, sem destituí-las, todavia e totalmente de seu conteúdo original, assim como ao lançar mão das palavras de Santos (1980) e Lassalle (2012), que também, a seu modo, percebem uma dialética na sociedade. Além de necessário para iniciar e dar sentido ao trabalho, é próprio do Direito a arte que pretende um diálogo entre as fontes.

Assim, Tushnet (2006, p. 991, grifo do autor), ao redatar suas análises, captura a perspectiva de Kramer (2004) sobre o “[...] *People themselves* [...]” da interpretação Constitucional Norte-Americana e traça seu próprio sentido; o que se faz também agora, a partir dos escritos desses autores. Como se verá, na história do Brasil e da chegada do *writ* aqui, as ideias Republicanas Norte-Americanas nos influenciaram e em grande medida são adaptáveis ao nosso contexto, no que concerne ao “[...] poder que emana do povo [...]”, do Art. 1º, § único, da nossa Constituição (BRASIL, 1988) – *lex est quod populus iubet atque constituit*.

A norma Constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. **Essa pretensão de eficácia [...] não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.** Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. (HESSE,

1991, p. 14-15, grifo nosso).

*“People **perform** constitutional law as political law through (some of) their mobilizations in politics. [...] [However not] all popular mobilizations are performances of constitutional law, although many, perhaps most, are.”* (TUSHNET, 2006, p. 994, grifo do autor).

Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo. (HESSE, 1991, p. 20).

When popular mobilizations are mediated by political institutions, as they usually are, that form of mobilization is one of interaction among legislatures, the President and other executive officials, and the courts, over matters they all treat as being of constitutional significance. (TUSHNET, 2006, p. 996).

“We have to worry about simulacra of popular mobilization, that is, about assertions by political leaders that they are acting in the service of the people themselves when in fact the political leaders are pursuing their own agendas.” (TUSHNET, 2006, p. 995).

Dialogic accounts of constitutional law treat the people, legislatures, executives, and courts as in conversation. We can distinguish among dialogic accounts primarily by considering the time frame over which the conversation occurs, and secondarily (but importantly for purposes of understanding popular constitutionalism) by considering who signals that the conversation is over. (TUSHNET, 2006, p. 997).

“In the end, the dominant coalition comes to live with judicial supremacy because, once it has taken control of the Court, it then finds the issue of judicial supremacy irrelevant.” (TUSHNET, 2006, p. 998). *“Interpretation, the legal component of constitutional law as political law, is here inextricable from the forward-looking, political component of constitutional law as political law.”* (TUSHNET, 2006, p. 994).

So, for example, as law, constitutional law's primary characteristic is that it is to a large degree retrospective: Decision-makers today look to decisions made yesterday, whether evidenced by the Constitution's text or by judicial precedents, for guidance and constraint. This retrospective character makes legal analysis an exercise in interpretation – of texts, of practices, of history. In contrast, politics is to a large degree prospective: Decision-makers today make judgments about what would be best for the society going forward, without essential reference to prior events or practices. (TUSHNET, 2006, p. 992-993).

*More interesting, and more directly related to Kramer's work, the people acting politically sometimes (though not always) engage in an interpretive enterprise as well. Our political actions are sometimes efforts to understand who we **are** as a people, that is, who we have constituted ourselves to be through our history.* (TUSHNET, 2006,

p. 993, grifo do autor).

Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente. (HESSE, 1991, p. 23).

In popular constitutionalism, everyone – the mobilized people, their political representatives, and the courts – offers up constitutional interpretations all at once. The interactions among these political actors, that is, their conversation, produces constitutional law. What is distinctive about popular constitutionalism is that the courts have no normative priority in the conversation. For popular constitutionalists, it simply does not matter whether, or when, or how, the courts come to accept the constitutional interpretation offered by the people themselves. Sometimes the conversations will end with the legislature and executive, and the people, accepting the judges' decisions. But, sometimes the conversations will end with the legislature or the executive going their own way, ignoring the imprecations hurled at them by the courts and supporters of judicial supremacy. (TUSHNET, 2006, p. 999-1000).

E isso afeta o *habeas corpus*, porque como se verá a frente, esse instituto jurídico é refém da política, ainda que declaradamente cláusula assecuratória, garantia Constitucional pétrea que impinge máxima eficácia na função jurisdicional. “*Ordinarily, I believe, all that we will be able to say is that at a given time constitutional law as political law was performed by a given kind of interaction between legislatures, Presidents, and courts, and at another time it was performed by another kind of interaction.*” (TUSHNET, 2006, p. 997).

2 METODOLOGIA

A história do habeas corpus tem fundamental importância para o seu conteúdo jurídico-político e por isso foi abordada no desenvolvimento – a seguir – e não na introdução dessa produção científica. As questões tratadas na abertura, ainda que ligadas as análises sobre as origens conceituais ou as discussões teóricas das ciências Constitucionais e, portanto, importantes, convenientes – pode-se dizer – apenas gravitam em volta do objeto e da forma de estudo aqui escolhida; além de passíveis de apresentação naquele momento.

Preferiu-se, igualmente, por abrir este estudo através dos mencionados apontamentos teóricos, delegando a esse espaço o que mormente se faz numa abertura. De forma sucinta, apresenta-se aqui o tema, o problema de pesquisa, os objetivos gerais e específicos, os procedimentos, as abordagens, as finalidades, as justificativas e a estrutura do trabalho, dentre outras questões, a partir de uma linguagem técnica, todavia sem a profundidade que autores de referência têm.

Assim, a metodologia – compreendida como técnica para o desenvolvimento de pesquisa com finalidade científica – embasou-se, sem intenso rigor, em dois livros consultados: Lamy (2011) e Bitar (2012), que trazem à tona procedimentos voltados propriamente a essa área, o Direito. Por perceber-se que a leitura metodológica é diversificada, mais abstrata as questões jurídicas, onde apesar de coincidentes em alguns pontos, são também diferentes noutros, sem a perda, contudo, qualitativa numa ou noutra, as perspectivas de Bitar (2012) e Lamy (2011) serviram como oriente para um estudo mais organizado, voltado a dogmática e a jurisprudência; todavia, enfatiza-se, sem a singularidade que cada um alcança através de sua comedida expertise.

O *Habeas Corpus* no processo penal fora o tema escolhido, porquanto objeto valioso desse ramo jurídico já a séculos; este estudo pretende explorar as fontes do Direito relacionadas ao dito remédio Constitucional. O problema de pesquisa concentra-se na procura das atribuições desse *Mandamus*, com o objetivo de encontrá-las e defini-las para o processo penal interno, dos crimes comuns e cotidianos ao encarceramento brasileiro; mas não apenas dessas funções, caminhando por veredas que possam complementá-las, das ciências que se avizinham aos procedimentos criminais.

A finalidade é explicitá-las, estratégica-prático-forense, mergulhando nessas fontes e sorvendo o máximo possível de sua substância. Traçar argumentos, cogitar possibilidades que ensejam o Direito que a ação tutela, demonstrar o cabimento, a competência, buscar inovações de maneira ampla, inclusive procurar críticas que discordam das práticas atuais, pela

valorização do *Habeas Corpus*, entre tantas outras coisas é que justificam essa pesquisa; já que ferramenta de peso na Democracia.

Essas são ideias emergentes, que se fundiram no âmago do trabalho; todavia, sem pretender exaurir todas as nascentes do *Writ*. A abordagem metodológica – agora em relação ao objeto – parte por hermenêuticas teórico-constitucionais, dialéticas, também por autores processualistas penais, leituras e interpretações das abstrações legais, após a exploração histórico-doutrinária; seguindo para os pormenores em casos reais.

A arquitetura principiológica da Constituição e seus valores relacionados ao processo e ao Direito penal são também tópico tratado em capítulo à parte, já nos meandros dessas anotações. Conjectura-se horizontes internacionais, não só pela sua crônica, as raízes do remédio Constitucional, mas em direção ao objeto nos tribunais hoje: definindo-o, explicando-o; criando uma narrativa intercalada com a voz dos autores.

Os procedimentos são de caráter bibliográfico-documental, percorrendo a memória, mas focando-se no presente e no espaço brasileiro; observando horizontes estrangeiros na vinda para cá, bem como nas novas idas que as pontes do Direito atravessam. O estudo de casos jurisprudenciais é – principalmente – feito em nosso ambiente nacional, fundamentado na ideia que Lamy (2011, p. 161) chamou de ‘gestão de exemplos’, por quem Mossin (1997), Assis e Araújo (2012), Constantino (2016), Toron (2017) nos brindam de forma vasta – entre outros que também citam, esparsamente, *Habeas Corpus*, como o Ministro Barroso (2012) – sem, todavia, deixar de lado o importante diálogo comparado; seja entre autores pátrios, ou estrangeiros, na medida contextual adequada.

A estética escolhida fora, em grande medida, a exposição em formato de mosaico, pela fala dos doutos, ao longo das diligências, como que numa intercalação das melhores palavras, em momentos oportunos, capturando-as e utilizando-as, em sentido próprio; contudo, sem pretender distorcê-las no seu âmago, como se verá, por quem consultar cada fonte devidamente inscrita. Na introdução, como se viu, uma interlocução de ideias que traçavam perspectivas sobre dialética por um objetivo; seja desde o Poder Constituinte, origem estrutural, política e jurídica do Estado; seja por leituras que pretendem interpretar como esse Direito político e jurídico se expressa.

Por essa amplitude na abertura é que se pretende alguma inovação nos resultados conclusivos, fechando o entendimento captado na pesquisa durante o desenvolvimento. Originalidade, se existir, fora apenas através do contexto das ricas doutrinas escolhidas, reunidas e colmatadas entre si, pelo diálogo destas fontes: nada de minha própria boca; um mero reunidor desses argumentos.

Outra questão importante a dizer, é que, com os fenômenos da hegemonia e da internacionalização do Direito, no âmbito político-global, não se pretende desprezar o entendimento nacional; pelo contrário, por isso o estudo aprofundado em jurisprudências de cá. Mas há que se ter em mente, no mundo globalizado de hoje e por isso, que são possíveis inversões estratégicas na prática forense – perceptíveis em alguns julgados – da expectativa de preponderância das fontes do Direito externo sobre as internas; o que acarreta criatividade, por exemplo, dentre outras observações.

A abordagem proposta, no que tange estudos jurisprudenciais, será quali-quantitativa, mas não jurimétrica, a partir da análise valorativa dos fundamentos, discursos, explicações, argumentos dos expoentes selecionados em suas análises de julgados; pinçados do livro dos doutos da prática forense. As fontes de Direito internas serão combinadas com aquilo que couber das leituras estrangeiras.

Os julgados selecionados concentram-se nos decisórios do STF, última instância no Brasil e são aproximadamente 500 reunidos nesse trabalho, mas não excluem a verdadeira amplitude de jurisprudências visitadas, principalmente compreendidas nas obras dos já mencionados Mossin (1997), Assis e Araújo (2012), Constantino (2016), Toron (2017) e Barroso (2012), cujos ensinam de maneira sintética um horizonte comportamental dos Tribunais. Optou-se pela restrição e foco no Supremo devido a proposta quali-quantitativa da pesquisa e sua conseqüente extensão; o que tornaria por demais massivo o trabalho, se fosse posto em plano à menção das demais Cortes – outrossim, presumiu-se que por estarem subordinadas a última palavra do Excelso, poderiam ser vislumbradas, em alguma medida, de maneira indireta.

Por fim, nos resultados conclusivos, encontra-se, essencialmente, mas não apenas isto: um horizonte que cogita a necessidade de aperfeiçoamento teórico-prático do instituto em relação a grupos vulneráveis específicos. Além do que, o engajamento popular num embate de forças, como que na dialética descrita na abertura desse trabalho, enquanto o Direito Constitucional se reinventa num imbróglio político e jurídico entre instituições oficiais e movimentos sociais.

Caso a ideia de otimização teórico-prática do instituto à aplicação aos grupos vulneráveis não seja a verdadeira solução ao problema da violência e desigualdade, ao menos a pressão e engajamento popular necessária, pode-se estimar, levaria a uma nova tomada de decisão a políticas públicas, não apenas criminais. O fim, a teleologia pretendida, se perfaria indiretamente.

3 O COSTUME INGLÊS, AS ORIGENS DO HABEAS CORPUS E DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land. (DAVIS⁹, 1963, p. 23-33 apud BRITISH LIBRARY, 2014).

O trecho em epígrafe, nas palavras de Miranda (1972, t. 1, p. 11, grifo do autor) é o gérmen do *Habeas Corpus*:

Foi no parágrafo 29 [39 na realidade] da ‘*Magna Charta libertatum*’ que se calcaram, através das idades, as demais conquistas do povo inglês para a garantia prática, imediata utilitária da liberdade física. A moral individualística, que caracteriza, flagrantemente, o grande povo (cuja psicologia tanto se enquadra nas ideias gerais de suas instituições), soube tirar do velho e bárbaro latim daquele trecho o germe de várias leis inestimáveis, que os tempos e as lutas aprimoraram.

É a partir dele o marco histórico fixado pela doutrina majoritária. Essa abordagem histórica por trás do objeto de estudo no Direito, aliás, transcende qualquer rasa necessidade que suponha dar um pano de fundo, moldura, paisagem ou apenas o contexto do qual emanara; reside a importância, à saber, naquilo que a doutrina de jusfilosofia costuma chamar de ‘Hermenêutica Histórica’. É nessa narrativa que assenta-se o conceito político, jurídico, teórico, prático e assim por diante, dessa valiosa ferramenta que todo cidadão, cujo pretende-se de um Estado Democrático de Direito, é detentor por natureza: o *Habeas Corpus*.

Sem a intenção de traçar uma linha reta, perfeita e contínua, todavia permitindo a intelecção dos fatos pelos livros examinados, de maneira intermitente, trazendo em paralelo as narrativas dos doutos da História e do Direito, é que se convida a esse caminhar. É de maneira singela e sintética, todavia, que intenta-se trazer à tona, aquilo pertinente a sua exposição.

É na ilha da Grã-Bretanha que essa peça nasce, inerente aquilo que ficou consolidado, após o Renascimento das Trevas, como fundamento dispositivo, Remédio Jurídico contra arbitrariedades em um novo modelo teórico e prático de Estado Constitucional pautado no Direito. Tão importante quanto a Tripartição das Funções de Poder ou da Propriedade Privada, entre outros freios e contrapesos, é o *Habeas Corpus*.

Segundo McDowall (2004), já adentrando no campo histórico, essa cultura jurídica, política, é fruto da riqueza própria de uma região pequena em extensão, mas vasta em

⁹ DAVIS, Godfrey Rupert Carless. **Magna carta**. London: British Museum, 1963.

diversidade cultural. É que a ilha, além de sua própria pré-história, como evidenciada pela *Stonehenge*, fora palco de invasões Celtas já em 700 a.C. aproximadamente (McDOWALL, 2004, p. 3).

E como os Romanos e os Celtas não se harmonizavam, Julius Caesar começou a tencionar invasões já em 55 a.C.. Aliás, é dos Romanos que surge o nome da região que perdura até hoje: “*The name ‘Britain’ comes from the word ‘Pretani’, the Greco-Roman word for the inhabitants of Britain. The Roman mispronounced the word and called the island ‘Britannia’.*” (McDOWALL, 2004, p. 9, grifo nosso). É deles também, de seu idioma, a origem do termo ‘*Habeas Corpus*’:

Trata-se de uma expressão em latim e que se traduz como ‘tome o corpo’. Em rigoroso exame da letra latina, temos que *habeas* significa *tome*, pois é o subjuntivo de *habeo*, *habere* que significa ter, manter, possuir, exibir, tomar, trazer, etc. Já *corpus* ou *corporis* revela-se como *corpo*. É de se destacar que esta expressão tinha especial significado na Roma Antiga: ‘tome o corpo da pessoa presa e apresente ao juiz, para o julgamento do caso’. [...] É possível se interpretar como origem do *habeas corpus* a ordem soberana que determinava que o prisioneiro fosse apresentado à corte. (CONSTANTINO, 2016, p. 15, grifo do autor).

Pretende-se que os romanos já conheciam uma garantia criminal preventiva de natureza análoga aos *habeas corpus*, como seja, o *interdictum de homine libero exhibendo*, como ordem que o pretor dava a trazer o cidadão ao seu julgamento, apreciando a legalidade da prisão efetuada. (FERREIRA¹⁰, 1979, p. 20 apud CONSTANTINO, 2016, p. 16, grifo do autor).

Acontece, todavia, como adverte a doutrina em geral – Miranda (1972) entre esses (mais a frente, inclusive, numa citação clara) – que essa ferramenta Romana se limitava. É que na Roma antiga a escravidão civil era uma realidade jurídica: o ser humano era passível de tornar-se propriedade de outro e o Direito Penal não prendia, propriamente; a detenção era apenas uma medida processual, já que as penas eram em verdade corporais e estendiam-se, quando o indivíduo não era morto, a esfera civil (na já mencionada escravidão). Estende, de forma interessante, Silva (1998¹¹, p. 154 apud CAAMAÑO, 2009, p. 17-18, grifo do autor) explanando que:

[...] no decorrer dessa evolução, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do *habeas corpus* moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade.

Contudo, a influência Celto-Ítala não fora a única, apesar do termo ter perdurado em

¹⁰ FERREIRA, Luiz Pinto. *Teoria e prática do habeas-corporis*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 20.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 154.

latim; em 430 d.C., da mesma forma como na Europa continental, os bárbaros germanos – mais especificamente os Jutos, os Anglos e os Saxões – começaram a invadir a ilha e instalar-se por lá. Pode-se dizer que esse choque e mescla entre costumes e cultura célticas, junto dos também já tradicionais romanos e agora dos germânicos é que proporcionou a progressão dos institutos jurídicos, em geral, na ilha (McDOWALL, 2004, p. 11).

Assim, prévio ao *Habeas Corpus*, é possível também afirmar que

Tôdas [sic] as formas anteriormente referidas e relativas à liberdade pessoal emanavam do antigo direito e uso saxônico. A livre caução, por exemplo, que tantos bens produziu, tem origem concreta de Henrique I e de Eduardo o confessor; mas a essência da instituição é de origem ainda mais remota. Já na lei de Edgard I, *theodig-man* é citado como subordinado a *hundredes-man*, e o *theodig* o é em *Atheist*. (VI, 4, 8, § 1) e, no século XI, em Kunt (II, 20), que reinou do começo até meados desse século. [...] Não havia então qualquer remédio jurídico que por virtudes se lhe pudesse atribuir o ser fonte do *habeas-corpus*. Esse é posterior à própria Magna Carta, de onde procede, contudo, seus princípios de direito público subjetivo. A esse respeito opina Henri Hallam (*Histoire Constitutionnelle d'Angleterre*, I, 126), autoridade de sumo valor em assuntos de história constitucional inglesa [sic]: ‘Desde os primeiros tempos da Constituição, nenhum homem podia ser detido, salvo se estivesse acusado ou condenado criminalmente ou por dívida civil. No primeiro caso, podia sempre o paciente pedir à Corte do Banco do Rei um *writ of habeas corpus ad subiiciendum*’. (HALLAM¹², 1854, t. 1, p. 126 apud MIRANDA, 1972, t. 1, p. 23-24, grifo do autor).

Ou seja: assim como os Ítalos, os Bárbaros Saxões também tinham ferramentas jurídicas similares e as trouxeram como costume a Ilha, cingindo àquelas Romanas; essas, igualmente, serviam para coibir aquilo que, mesmo para um povo considerado cruel e arbitrário, ultrapassava o razoável e proporcional. Acontece que, aproximadamente dois séculos depois dessas invasões, a Igreja Católica, fortemente vinculada a tradição Romana, intentava reestabelecer sua influência na Grã-Bretanha, afastando o legado político e jurídico dos germanos, tendo, inclusive, o Papa Gregório, O Grande, enviado em 597 d.C. um monge para lá (McDOWALL, 2004, p. 13); era um movimento similar que observava-se na Europa continental – uma espécie de recolonização do povo e seu pensamento.

Todavia, os esforços conservadores – diga-se assim – foram novamente frustrados: em 875 d.C. veio a segunda leva de invasões bárbaras na Europa e com elas, na Grã-Bretanha, os Vikings: “[...] *‘pirates’ or ‘the people of the sea inlets’, and they came from Norway and Denmark.*” (McDOWALL, 2004, p. 15, grifo nosso). Estabilizadas, suas dinastias prosperaram por lá, até que – como narra McDowall (2004) e Miranda (1972), com maiores detalhes – por sua consanguinidade com o falecido Rei de origem Dinamarquesa – no caso *Eduard, The Confessor* – em 1066, o reinado, costume e cultura Normanda toma o lugar.

¹² HALLAM, Henri. *Histoire constitutionnelle d'Angleterre*: depuis l'avènement de Henri VII jusqu'à la mort de George II. Paris: Guibert, 1854, t. 1, p. 126.

William, The Conqueror, aproximadamente em 1070 d.C., reivindicando o trono e utilizando a estratégia feudal – distribuindo terras conquistadas a vassalos, para concretizar seu *establishment* – domina a Inglaterra, trazendo mais uma celeuma de riqueza cultural: o legado daquilo que hoje pode se chamar de Francês (McDOWALL, 2004, p. 23, grifo nosso). Aproximadamente um século depois, nessa ilha de efervescência política, tornaria-se Rei, vindo da mesma linha sucessória, João, O Sem-Terra (ou, em inglês, *John Lackland*); e é aqui, propriamente, que a história passa a ser mais oportuna (McDOWALL, 2004, p. 29, grifo nosso).

John was unpopular mainly because he was greedy. The feudal lords in England had always run their law courts and profited from the fines paid by those brought to court. But John took many cases of their courts and tried them in the king's courts, taking the money for himself. [...] It was normal for a feudal lord to make a payment the king when his daughter was married, but asked for more than was the custom. In the way, when a noble died, his son had to pay before he could inherit his father's land. In order to enlarge his own income, John increased amount they had to pay- In other cases when a noble died without a son, it was normal for the land be passed on to another noble family- John kept the land for a long time, to benefit from its wealth. Did the same with the bishoprics. As for the merchants and towns, he taxed them at a higher level than ever before. [...] In 1204 King John became even more unpopular his nobles. The French king invaded Normandy and the English nobles lost their lands there. John had failed to carry out his duty to them duke of Normandy. He had taken their money he had not protected their land. [...] In 1209 John quarreled with the pope over who should be Archbishop of Canterbury. John was in a position in England and the pope knew it. Called on the king of France to invade England and closed every church in the country. A time when most people believed that without Church they would go to hell, this was a very serious matter. In 1214 John gave in, and accepted pope's choice of archbishop. [...] In 1215 John hoped to recapture Normandy- He called on his lords to fight for him, but they no trusted him. They marched to London, they were joined by angry merchants. Outside London at Runnymede, a few miles up the John was forced to sign a new agreement. (McDOWALL, 2004, p. 28).

Um ano depois da Carta Magna, o Rei João morre; seu filho, *Henry III*, ainda uma criança de 9 anos, sob a tutela da nobreza, assume trono. Só aos 25 anos é que ele se desamarraria, contudo, passando a assumir gastos e ingressar em guerras Papais com a Sicília e a França de seu pai (McDOWALL, 2004, p. 30, grifo nosso). Mas, ainda na esteira da história, do enredo por trás de *John Lackland* e do documento cujo assinara, Miranda (1972, t. 1, p. 11-12, grifo do autor) segue elucidando-nos o horizonte dos fatos sociais:

Morto Ricardo I, sucedeu-lhe no trono de Inglaterra seu irmão, com prejuízo de Artur de Bretanha, filho de Henrique II. Os desastres, cinzas e arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indis pôs e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuíra outrora, como ainda dos nossos dias se repete, a decadência, então, de toda a Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava desnervar a energia nacional, que se revoltou. Até as artes sofreram sob esse governo dissolvente e condenável. O tempo que João esteve no poder (1199- 1216) marca, por exemplo,

interrupção sensível na própria evolução da arquitetura inglesa [sic], que antes já possuía monumentos góticos com o côro da catedral de Lincoln [...] A perversidade de João era proverbial. Em seu reinado foram perdidos Poatu, Normandia e outros países. A simpatia popular, que desde Guilherme sempre estivera ao lado da Igreja, fortalecendo-a, quando havia questões entre essa e a Coroa, passara a sofrer a influência de poder estranho: o Papa. Antes quase alheio aos negócios estritamente peculiares da Inglaterra – e, nas raras vezes em que se interpusera, feito advogado dos interesses do povo – o Papado ligou-se, desde esse tempo, ao rei, a obrar, ostensivamente, contra Igreja inglesa [sic] e a nação. Garantiam-se assim, por penetração mútua e despótica, a eficácia de dupla tirania. A partir dessa época o poder papal veio sempre em socorro da Coroa, censurando e perseguindo os lutadores da liberdade inglesa.

Assevera, ainda na história e no espírito da época, o que levou o povo a essa revolução:

Os fatos levaram os barões à atitude extrema: acordaram em que era preciso obter do rei, mesmo pela força, carta de liberdades. Revolucionários proclamaram-se exército de Deus, entraram em Londres, a 24 de maio de 1215; e quase um mês depois, a 19 de junho (A. Trognon, *Histoire de France*, I, 622; Ernest Glasson, *Histoire du Droit*, III, 7), o rei assinou, no campo de Runnymede, sentir-se privado da capital, o ‘ato’, a que se chamaria a Magna Carta: ‘... das wahre Fundament englischer National-Freiheit’ (Christoph Heinrichs, *Geschichte von England*, I, 422), — o verdadeiro fundamento da liberdade nacional inglesa. O pacto, embora baseado no de Henrique I, cuidou principalmente dos direitos de personalidade. Foi, em todo o caso, a primeira carta que a Inglaterra possuiu, depois da Conquista; e dela disse com exatidão, o historiador Edward Freeman: ‘a Magna Carta é a Declaração (*bill*) de direitos; e não o que em linguagem moderna chama de *lei de reforma*’ (Edward Freeman, *Le Développement la Constitution Anglaise*, 88). Tinha razão em dizê-lo, porquanto, no século XIII, pôsto que ainda existisse o direito saxônico (*West-Saxene laga*), já havia desaparecido, por completo, a velha constituição teutônica. (FREEMAN¹³, 1877, p. 88; GLASSON¹⁴, 1882, t. 3, p. 7; HEINRICHS¹⁵, 1808, t. 1, p. 422; TROGNON¹⁶, 1863, t. 1, p. 622; apud MIRANDA, 1972, t. 1, p. 13, grifo do autor).

Assinada a Magna Carta,

[...] por imposição dos barões ingleses, foi imposta uma série de restrições à atuação do rei João Sem Terra, no sentido de limitar seu poder, reconhecendo um determinado rol de direitos insuscetíveis de serem prejudicados pela Monarquia. Assinada pelo rei a Magna Carta, efetivada somente em 1225, reconhecia os direitos dos chamados homens livres (nobreza). Destaque-se aqui a vedação de prisão arbitrária, devendo qualquer restrição de liberdade anteriormente julgada pelos pares dos homens livres, segundo as leis da terra. Este fato singular é tido por um segmento da doutrina o precedente histórico do *habeas corpus*. Em que pese as conquistas estamentárias dos barões, seu maior valor foi o de servir como bandeira para a efetivação posterior das liberdades públicas, reconhecidas em outros documentos históricos da Velha Inglaterra. (CAAMAÑO, 2009, p. 18, grifo do autor).

E para além do trecho destacado na epígrafe desse capítulo, vale dizer:

Reconhece-se, ainda, como destaque na história do **habeas**, o preceito estabelecido no Capítulo XXXIX, artigo 48, da Carta Magna outorgada pelo Rei João Sem Terra,

¹³ FREEMAN, Edward. **Le développement de la constitution anglaise**: depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours. Paris: Guillaumin, 1877, p. 88.

¹⁴ GLASSON, Ernest. **Histoire du droit et des institutions**: politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre. Paris: A Durand et Pedone-Lauriel, 1882, p. 7.

¹⁵ HEINRICHS, Christoph Gottlob. **Geschichte von England**. Hamburg, 1808, p. 422.

¹⁶ TROGNON, Auguste. **Histoire de France**. Paris: L. Hachette, 1863, p. 622.

em 15 [de] junho de 1215: **Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento por seus pares, de acordo com as leis do país.** E salienta Hafetz que o **habeas corpus**, forte na Carta Magna de 1215, foi projetado para evitar que soberanos agissem de forma descontrolada e arbitrária: *‘Habeas corpus traces its roots to 1215 and the signing of the Magna Carta. It was designed to keep kings from using power in an unchecked and arbitrary way.’* (HAFETZ¹⁷, 2007, p. 3 apud CONSTANTINO, 2016, p. 16, grifo do autor).

Mas acontece que, como mencionado aqui e ali pelos autores, apesar da Magna Carta, os Soberanos ainda se afastavam, insistentemente, daquilo que tinham firmado para o povo Inglês; se pudessem, tocavam fogo na dita carta. Como que num movimento pendular, tentando retomar o outrora cedido, ignoravam o acordo de limitação de poderes.

Conforme preleciona o Istituto dell’Enciclopedia Italiana (1989¹⁸, p. 1 apud CONSTANTINO, 2016, p. 17, grifo do autor), faltavam, entre outras coisas, algumas garantias jurisdicionais:

La trasformazione del writ of Habeas corpus in strumento di garanzia della libertà individuale é avvenuta gradatamente nel tempo. (...) Solo sucessivamente, piú precisamente con lo sviluppo del principio della divisione dei poteri e dell’indipendenza dei giudici come ordine a sé stante.

O Tribunal competente para conhecer o habeas-corpus era a Casa do Banco do Rei (*Court of King’s Bench*), que assim se chamava, já então, porque lhe competia julgar os casos criminais e de suprema justiça ainda reservados pessoalmente ao rei. A sua origem atribuída ao reinado de Henrique II (1138- 1189), antes já denominada *aula regis*. Mais tarde, a “primitiva corte” dividiu-se em três tribunais: a *court of exchequer*; a *court of common pleas*, para os processos civis ordinários entre os particulares; e a ‘Côrte do Banco Rei’, a que nos referimos, *Court of King’s Bench* (Rodolphe Gneist, *La Constitution communale de l’Angleterre*, I, 20). [...] Já havia remédios jurídicos processuais do tipo do habeas-corpus antes da Magna Carta (e. g., o *de homine replegiando*, o *Mainprize* e o *de odio et atia*, que aos poucos deixaram de ser usados após 1215. No século XV, tonou-se frequente e comum. No fim do século, com a rivalidade entre as cortes de *Common law* e a Corte da Chancelaria muito se empregou para se firmar a jurisdição. Com a prevalência dos julgados pelas cortes de *common law* como que o habeas-corpus se despregou do *writ of certiorari* e do *writ of privilege*. Depois, com Henrique VII, portanto a partir de 1485, atuou o habeas-corpus como remédio jurídico processual constitucional mesmo contra a Coroa. Houve o lapso, quando se entendeu que bastava a resposta de se tratar de prisão pelo Conselho Privado, até que o Parlamento, com a *Petition of Rights* (1627), deu solução. (GNEIST¹⁹, 1867, t. 1, p. 20 apud MIRANDA, 1972, t. 1, p. 24-25, grifo do autor).

O *Habeas Corpus* era em suma isso: “*Consistendo, però, all’ origine, in um ordine del re com il quale si imponeva che il prigioniero fosse condotto davanti Allá Corte “Del Banco Del*

¹⁷ HAFETZ, Jonathan. **Ten things you should know about habeas corpus**. Nova Iorque: Brennan Center for Justice, 2007, p. 3.

¹⁸ ISTITUTO DELL’ENCICLOPEDIA ITALIANA. **Enciclopedia giuridica**. Roma: Fondata da Giovanni Treccani, 1989, p. 1.

¹⁹ GNEIST, Rodolphe. **La Constitution communale de l’Angleterre: son histoire, son état actuel ou le self-government**. Paris: Librairie Internationale, 1867, p. 20.

Re (King Bench Division).” (RUTUOLO²⁰, 2007, p. 696 apud CONSTANTINO, 2016, p. 16, grifo do autor). Mas, como tocado alhures,

[...] As medidas arbitrárias não cessaram. Daí resultou sustentarem os barões, em luta vigorosa e inteligente, constituindo, com 224 membros, a primeira Assembleia que teve oficialmente o nome de *Parlamento*. Nesse congresso, embrionário, redigiram-se as célebres ‘provisões de Oxford’, representação do tipo da Magna Carta, que foram juradas pelo rei. (MIRANDA, 1972, t. 1, p. 18, grifo do autor).

Isso só em 1627, como percebe-se pelas narrativas encadeadas:

[...] Exaustos dos abusos de Carlos I, que além de repelir os protestos dos barões com violência e prisões ilegais, impôs o ‘*ship money*’, mais um excessivo imposto, em 1628, o Parlamento inglês convocou uma assembleia e firmou a *Petition of Rights*, que se tratava de uma declaração formal redigida por Thomas Wentworth e que reafirmou o respeito à liberdade. (CONSTANTINO, 2016, p. 16-17, grifo do autor).

Aprofunda, nesse diapasão, Caamaño (2009, p. 18-19, grifo do autor):

Em 1628 a *Petition of Right* do Parlamento inglês ‘negocia’ com o monarca o reconhecimento de privilégios da nobreza, reforçando as já logradas na Magna Carta. O *Habeas Corpus Act* de 1679 ampliou a admissibilidade da concessão do *habeas corpus* no caso de prisão ilegal, isto porque havia uma exceção no caso de prisão determinada pelo monarca (*‘per speciale mandatum regis’*), representando mais um duro golpe no poder monárquico, mas também ampliando a garantia da liberdade individual do homem livre. De significativa importância foi a *Bill of Rights* de 1688, da Revolução Gloriosa. Determinava o reconhecimento de direitos já reconhecidos anteriormente, mas na esteira do processo revolucionário, reestruturava o fundamento da monarquia, observando doravante os postulados de John Locke: destrona-se o monarca de direito divino e ascende o monarca fundado no poder constitucional. A soberania popular, representada nos grandes proprietários de terra e na grande burguesia a marca de um novo período na história das declarações de direitos.

Giza-se que o sucesso desta última redação somente se deu em 1679, no reinado de Carlos II, período que Halliday destaca como de grande efervescência e conspiração política, quando expressamente o parlamento inglês editou o *Habeas Corpus Act*, que efetivamente consagrou o remédio eficaz para a liberdade. (CONSTANTINO, 2016, p. 17, grifo do autor).

Acontece que, como pontifica Miranda, mais um *Bill*, já no século XIX, com o mesmo nome, teve de ser editado para pôr-se o remédio sem mais olvidar.

[...] Dissemos que *Habeas Corpus Act* de Carlos II era imperfeito e mostramos uma de suas falhas. Só se referia às pessoas privadas de liberdade por acusadas de crime, de sorte que não tinham direito de pedir habeas-corpus as detidas por outras acusações ou meros pretextos. Sequer havia outro remédio com que obtivessem das Casas uma decisão qualquer sobre a legalidade de sua encarceração. Foi nesse sentido que providenciou o *Habeas Corpus Act* de 1816 (56 Geo. III, c. 100). Desde aí, estando uma pessoa presa ou detida por outros motivos diversos da acusação criminal, começou a usar-se do habeas-corpus para apressar a decisão. Uma vez resolvida a questão da ilegalidade do constrangimento do impetrante, restituía-lhe liberdade, como antes se

²⁰ RUOTOLO, Marco. *Habeas corpus*: in diritti umani, cultura dei diritti e dignità dela persona nell’epoca delia globalizzazione. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2007, p. 696.

procedia relativamente às detenções ilegais por suspeita de crime. (MIRANDA, 1972, t. 1, p. 72, grifo do autor).

Até que da Inglaterra, como parte das ideias Monárquicas Constitucionais, o *Habeas Corpus* chega a América. Posteriormente, com ele, inerente aos Estados Unidos da América, o Republicanismo e a vontade de independência; tem-se assim, o suficiente para traçar seu atracamento na ilha de Vera Cruz.

3.1 A DISPERSÃO A OUTROS PORTOS

Enuncia Sánchez Viamonte (1956, p. 16) a seguir, aquilo que é perceptível em nosso ordenamento e em vários outros: a irradiação do pensamento revolucionário Inglês ao continente Europeu e Americano, suas posteriores transformações nesses novos espaços e especificidades, bem como os problemas inerentes a filosofia política liberal adotada.

Tanto la declaración de Virginia en de 1776, como la de Francia en 1789, profundizan el sentido humano social de los derechos individuales, hasta convertirlos en el conjunto de condiciones inherentes a la persona humana; pero hicieron como la Carta Magna: proclamaron el principio teórico, sin asegurarlo por medio de una garantía efectiva.

A partir de então, gradativamente, quase a totalidade dos países da América e da Europa adotam o *Habeas Corpus* como ação de segurança na formação de um Estado Democrático Republicano.

[...] siendo el primero de ellos Estados Unidos de Norte América, cuya Constitución dio las pautas más modernas del derecho público em su época, y ejerció luego una enorme influencia en todos los países organizados bajo el régimen republicano. Fué tal el respeto que inspiraba el Habeas Corpus em los Estados Unidos, que Hamilton, en 'El Federalista'²¹, deja constancia, con unción casi religiosa, de que esa institución constituye uno los cimientos de la Constitución federal, como si de ese modo colocase bajo la advocación de un principio sagrado el derecho público de su país. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 16).

Mas na realidade, a difusão não era da época das Revoluções Americana e Francesa, propriamente; já se percebia com vasta anterioridade a influência dos acontecimentos da Ilha da Rainha em outros cantos. Como preleciona, ainda, o artífice Sánchez Viamonte (1956, p. 18):

En 1287, el Privilegio I del Reino de Aragón reconoce y establece – como la Carta Magna de Inglaterra de 1215 – el principio de la libertad personal, pero, a diferencia de ésta, no como derecho de todos los súbditos del reino, sino como un 'privilegio' especial a favor de determinadas clases sociales, a saber: 'Ricos omnes, mesnaderos,

²¹ HAMILTON, Alexander. **O Federalista**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp., 1840. 3 v.

caballeros, infanzones, procuradores e universitat de la dita ciudad de Zaragoza, así clérigos como legos, presentes e avenideros'. Impone al rey la obligación de respetar esos privilegios de carácter feudal, pero no como un derecho de los individuos, sino como limitación al poder monárquico. Más tarde, aunque mucho antes de que se dictase en Inglaterra la ley de Habeas Corpus, el Fuero de Vizcaya reconoció en el 1527 el principio de la libertad individual, y lo consagró en su ley número 26, título XI, que dice: 'Que ningún prestamero ni merino, ni ejecutor alguno sea osado de prender a persona alguna sin mandamiento de juez competente, salvo el caso de infragante delito. Si así sucediere y el juez competente ordenara la libertad, se le suelte, cualquiera que sea la causa o deuda porque está preso'.

E por razões teórico-históricas – já que as doutrinas, as correntes dessa área do saber humano, também tecem suas explicações e não meramente narram os acontecimentos passados (como mormente as pessoas refletem) – os fatos foram levados como que se numa ruptura de tempo apropriado tivessem ocorrido; o que não é preciso, mas a título metotológico, serve como técnica de narrativa e difusão do conhecimento. Assim,

[...] las instituciones jurídicas tienen historia, que explica sus deficiencias por razones de lugar, de tiempo y de medio social. La circunstancia de ser el Habeas Corpus anterior en un siglo [ou muito mais, como na citação anterior] a las declaraciones de derechos de Virginia y de Francia explica por qué causa no extendió originariamente su amparo a las otras libertades [...] (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 17).

Para ser lógicos, los constituyentes debieron crear una garantía junto a cada derecho, y de esa manera habrían creado una verdadera institución en cada caso, en lugar de simples afirmaciones teóricas. Para ello pudieron tomar como modelo el Habeas Corpus, haciéndolo extensivo a todas las libertades civiles y políticas que no pudo abarcar en el momento de su aparición, pero que reclamaban garantías desde 1776, como las había reclamado la libertad corporal desde 1215 hasta 1679. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 19-20).

Posteriormente, Sánchez Viamonte (1956, p. 89) aponta, por esse motivo mencionado – a necessidade de assegurar as demais formas de liberdade e, em contrapartida, a deficitária inclusão do conceito de *writ*, ainda prematuro para os brasileiros – a extensão dada ao nosso *mandamus* na primeira República, que ficara conhecida como “Doutrina do *Habeas Corpus* brasileiro”; que será a frente abordada. Assim, nove

[...] constituciones americanas omiten acordar expresamente el Habeas Corpus, dejándolo librado a la ley, aun cuando algunas de ellas dedican muchas extensas y minuciosas cláusulas a la libertad personal, procurando asegurarla contra todo riesgo, como ocurre con las de: Méjico, Haití, Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Paraguay, Uruguay y República Argentina. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 83).

Ya se dice en el texto de este libro que la Carta Magna declaró la libertad individual en 1215, pero que esa libertad sólo fue garantizada por el Habeas Corpus en 1679. Lo mismo puede decirse de las nueve constituciones americanas anteriormente enumeradas. Todas ellas declaran la libertad individual, pero omiten garantizarla [...] (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 84).

“En cambio, lo acuerdan expresamente: Estados Unidos de Norte América, Guatemala,

El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Puerto Rico, República Dominicana, Brasil, Perú y Chile. Total: trece.” (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 83). Que seguem, sem o rigorismo cronológico apontado:

ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA (1787) Sección 9ª Nº 2. – ‘El privilegio del auto de Habeas Corpus no será suspendido, excepto cuando em caso de rebelión o invasión, la seguridad pública lo requiera.’ [...] La Constitución de los Estados Unidos emplea la palabra privilegio bajo la influencia de las instituciones inglesas medievales que, todas las de su época, no reconocen derechos inherentes a las personas, sino fueros o privilegios limitativos de la voluntad del rey y resultantes de un compromiso o contrato estipulado con éste. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 84-85).

GUATEMALA (1903) Art. 34. – ‘La Constitución reconoce el derecho de Habeas Corpus, o sea la exhibición personal.’ [...] Este artículo de la Constitución de Guatemala fue sancionado en 1879, pero no ha sido modificado en las reformas sucesivas de carácter parcial efectuadas con posterioridad. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 85).

NICARAGUA (1911) Art. 25. – ‘La Constitución reconoce la garantía del Habeas Corpus. En consecuencia, todo habitante de la República tiene derecho al recurso de exhibición de la persona.’ [...] El artículo 159 de la Constitución de Nicaragua declara que son leyes constitutivas la de Imprenta, la Marcial y la de Amparo, a imitación del Salvador y Honduras. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 87).

REPUBLICA DEL SALVADOR (1886) Art. 37. – ‘Toda persona tiene derecho a pedir y obtener amparo de la Suprema Corte de Justicia o Cámara de Segunda Instancia cuando cualquiera autoridad o individuo restrinja la libertad personal o el ejercicio de cualquiera de los otros derechos individuales que garantiza la presente Constitución. Una ley especial reglamentará la manera de hacer efectivo ese derecho.’ La Constitución del Salvador declara em su artículo 149 que la ley de amparo a que se refiere el artículo 37, transcripto, es ‘ley constitutiva’, es decir, con la misma fuerza que la Constitución. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 85-86).

“*COSTA RICA (1888) Art. 41. – ‘Todo habitante de la República tiene el derecho de Habeas Corpus.’ [...] Evidentemente, deja librada a la ley la reglamentación del derecho que acuerda, debiendo entenderse que adopta como modelo institucional el Habeas Corpus inglés.*” (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 87).

PANAMÁ (1904) Art. 24. – ‘Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de todos los casos prescriptos em esta Constitución o em las leyes, será puesta em libertad a petición suya o de cualquier persona. La ley determinará la forma de este procedimiento sumario.’ (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 88).

HONDURAS (1894) Art. 28. – ‘La Constitución reconoce la garantía del Habeas Corpus. Em consecuencia, toda persona ilegalmente detenida, o cualquiera otra em su nombre, tiene derecho para recurrir al tribunal, verbalmente o por escrito, pidiendo la exhibición de la persona.’ Art. 29. – ‘Toda persona tiene derecho para requerir amparo contra cualquier atentado o arbitrariedad de que sea víctima, y hacer efectivas todas las garantías que esta Constitución establece, cuando sea indebidamente coartada em el goce de ellas por leyes o actos de cualquier autoridad, agente o funcionario público.’ Esta Constitución distingue el amparo que se da como derecho de pedir la exhibición de la persona (art. 28), del que tiene por hacer efectivas las garantías constitucionales contra cualquier atentado o arbitrariedad (art. 29). El

artículo 162 declara que la ley de amparo es una de las cuatro leyes constitutivas, es decir, dictadas en ejercicio del Poder Constituyente, y dotadas del mismo valor y fuerza que las cláusulas de la Constitución. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 86-87).

CUBA (1901) Art. 20. – ‘Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en esta Constitución o en las leyes, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier ciudadano. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso.’ [...] igual [...] de Panamá. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 88).

REPÚBLICA DOMINICANA (1924) Art. 6, inciso 12, letra E. – ‘Toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos revistos por las leyes, será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquiera persona. La ley determinará la manera de proceder sumariamente en este caso.’ (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 89).

PUERTO RICO Art. 2. – ‘No se suspenderá el privilegio del auto de Habeas Corpus, a menos que, en caso de rebelión, insurrección o invasión, lo requiera la seguridad pública, pudiendo en cualquiera de esos ser suspendido dicho privilegio por el presidente o por el gobernador, siempre que durante dicho período exista la necesidad de tal suspensión.’ Este artículo no pertenece a una verdadera Constitución, pero hace las veces de tal la ley dictada pelo Congreso de los Estados Unidos ‘para proveer un gobierno civil a Puerto Rico’. El texto de este artículo es idéntico al de la Constitución de Estados Unidos, con más la facultad – verdaderamente monstruosa – acordada al presidente o al gobernador, y librada discrecionalmente a su voluntad. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 88-89).

Acrescenta também as “[...] *Constituciones Provinciales Argentinas [...] anteriores a 1853 [...]*” (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 91). As quais pormenoriza, uma por uma, totalizando 14. E no Perú, 1919, o Art. 24 já dizia:

‘Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti delito, debiendo en todo caso ser puesto, el arrestado, dentro de 24 horas, a disposición del juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiere.’ (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 90).

La Constitución de Chile concede el Habeas Corpus como acción, no como recurso, em favor de la libertad corporal afectada, pero más que una institución de derecho público, es en ella reglamentación de carácter procesal, sin ofrecer particular interés desde nuestro punto de vista. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 91).

Assim, em 1925, a Constituição Chilena expressava o remédio, que só viria a sofrer graves restrições durante a Era Pinochet; dizia o Art. 16:

‘Todo individuo que se hallare detenido, procesado o preso, con infracción de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá recurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, en demanda de que se guarden las formalidades legales. Esta magistratura podrá decretar que el individuo sea traído a su presencia, y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruída de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales, o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.’ (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 90).

Já em relação a Europa, como outrora mencionando a expansão, o autor começa pela Constituição da

ALEMANIA (1919) Art. 114. – ‘La libertad personal es inviolable, y sólo con arreglo a las leyes podrá ser restringida o suprimida. A las personas a quienes se prive de libertad se les notificará al día siguiente, a más que autoridad y por qué causas ordenó la privación procurándoles, además, medio de reclamar contra su detención.’ La Constitución alemana sigue a la belga en este artículo 114, aunque no usa la expresión garantía, reemplazándola por la afirmación, más adecuada al derecho natural de que la libertad es inviolable. Además, puede decirse que contiene el Habeas Corpus, desde acuerda expresamente el derecho de reclamar contra la detención. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 102).

No Estado Federal da Baviera, da citada Alemanha, também havia a menção específica, em 1919, no seu Art. 16; que insculpia: *“Se garantizan a todos los habitantes la libertad personal y la propiedad. Únicamente em virtud de la ley pueden establecerse restricciones.”*. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 102). Já na extinta e não distante dali, República Checoslováquia, que dissolveu-se pelo chamado “divórcio de veludo”, em 1920, o Art. 107 trazia:

‘Se garantiza a todos los habitantes la libertad individual. Los detalles se reglamentarán por una ley que formará parte de la Carta Constitucional’. [...] A nuestro juicio, esto significa establecer constitucionalmente, si no el Habeas Corpus moderno (acción), por lo menos un procedimiento equivalente, cuyas modalidades pueden diferir de las que caracterizan el derecho inglés sin modificar su esencia, y aun permitiendo su ampliación. Por otra parte, la garantía de la ley debe reputarse constitucional, dado el carácter expresamente declarado de ella. (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 103).

Na também finda Iugoslávia, considerada República, parecida com a mencionada anteriormente, a cisão abrupta e violenta, após a morte de Tito, o Ditador Comunista, disparou uma intensa Guerra Civil, que culminou em um genocídio. Antes disso, dizia, desde 1921, seu Art. 5:

‘Se garantiza la libertad individual. Nadie puede ser interrogado, detenido o privado de su libertad fuera de los casos previstos por la ley. Nadie puede ser detenido por un crimen o delito cualquiera sin orden escrita y fundada de la autoridad competente. Esta orden debe comunicarse al interesado en el momento mismo de su detención, o a más tardar, si ello no fuere posible, dentro de las veinticuatro horas siguientes. Puede entablarse recurso ante tribunal competente, y en un plazo de tres días, contra la orden de detención. Si no se entablase en este plazo el recurso, la autoridad encargada del atestado debe comunicar de oficio esta detención en las veinticuatro horas siguientes al tribunal competente. El tribunal está obligado a pronunciarse por el mantenimiento o por la nulidad de la detención dentro de los dos días siguientes a aquel en que le fue comunicado el asunto. El fallo del tribunal es ejecutivo. Los agentes de la autoridad pública que hubiesen infringido estas disposiciones serán castigados como reos de detención ilegal.’ (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 104-105).

Na Finlândia, por sua vez, desde 1919, dizia o Art. 6: *“La ley protegerá a todo*

ciudadano finlandés su vida, honor, libertad personal y bienes. La fuerza activa de los ciudadanos estará colocada bajo la especial salvaguardia del Estado.” (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 103). Na Irlanda, vizinha da Inglaterra – países que inclusive nutrem certa rivalidade histórica, pelas invasões que a última fazia – em 1922 trazia, em seu Art. 6, que

‘La libertad individual será inviolable, y nadie privado de ella sino conforme a la ley. El alto tribunal, así como cualquiera de los jueces del mismo, a virtud de denuncia hecha por en nombre de una persona detenida ilegalmente, practicará sin demora la consiguiente investigación y podrá ordenar que la persona em cuyo poder este el detenido lo ponga inmediatamente a disposición del tribunal o juez, y que exprese por escrito las causas la detención. El tribunal o juez ordenará entonces que se ponga libertad al detenido, salvo si estimare que la detención es legal. Las disposiciones de este artículo no podrán invocarse para tempo de guerra o de rebelión armada.’ (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 103-104).

Na Polônia, não era diferente: em 1921, seu Art. 98 vedava as jurisdições excepcionais, reservando a possibilidade nos casos previstos por lei, prévios a delitos; estabelecia, outrossim, que a perseguição e imposição de pena a cidadãos só teria lugar em virtude da disposição legal obrigatória; e mais, que não se permitia o castigo corporal. Dizia o mesmo dispositivo: *“Nadie puede ser juzgado sino por un juez competente. [...] Ninguna ley podrá cerrar la vía judicial al ciudadano víctima de una injusticia o de un perjuicio.”* (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 104).

ESTONIA (1920) Art. 8. – ‘La inviolabilidad personal está garantida em Estonia. Nadie puede ser encausado excepto en los casos y formas previstos por la ley. Salvo en los casos de flagrante delito, ninguna persona puede ser arrestada o restringida en su libertad personal de manera que por la decisión de autoridades judiciales, y esta decisión, con todos sus fundamentos, debe ser comunicada a la persona arrestada a más tardar tres días después de su arresto. Cualquier ciudadano tiene el derecho de exigir que se comunique al detenido la causa de su arresto, si esto no hubiere sido hecho en el período mencionado. Es imposible llevar a un ciudadano, contra su voluntad, a ser juzgado por otro tribunal que el designado por la ley.’ (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 106).

Por fim, a título ilustrativo, a também não mais existente, Cidade Livre de Danzigue (na verdade, cidade-estado portuária), em 1920, dizia, em seu Art. 73 que:

‘La libertad personal será inviolable. Toda restricción o privación de la libertad personal por las autoridades públicas serán admitidas sólo de acuerdo con la ley. Las personas privadas de su libertad deben ser informadas al día siguiente, a más tardar, qué autoridad ordena tal privación de libertad y los fundamentos de la misma; inmediatamente les será dada oportunidad para reclamar de esa privación de su libertad.’ (SÁNCHEZ VIAMONTE, 1956, p. 106).

E apesar das inúmeras outras nações não mencionadas, dá-se por suficiente, partindo-se para a história do *habeas corpus* no Brasil.

4 OS PACTOS SOCIOLÓGICOS BRASILEIROS E O REMÉDIO JURÍDICO

O que se estatui num pacto fundamental é o que é direito constitutivo da soberania (direito constitucional), ou o relativo a esse poder (direito administrativo). Constituição é conjunto de regras e máximas, de acordo com as quais se exercem os poderes da soberania, *the body of rules and maxims in accordance with which the powers of sovereignty are habitually exercised*, como conceituava, a seu tempo, Thomas Cooley (*The General Principles of Constitutional Law*, 21). Mas esses poderes não são apenas os do executivo, do legislativo e do judiciário, mas igualmente o do indivíduo, o dos Estados-membros, o dos Municípios. (COOLEY²², 1891, p. 21 apud MIRANDA, 1972, t. 1, p. 165-166, grifos do autor).

Já sobre o *habeas corpus* no Brasil, vale enfatizar sua chegada tardia. É que como se sabe, o Brasil colônia estava enredado no atraso; delegado como terra, não da liberdade, mas por muitos anos, prisão depósito portuguesa ou *plantation* escravocrata.

É certo assinalar que, quando incidia sobre a pátria brasileira, a legislação reinol nenhum momento tratou do instituto do *habeas corpus*. Assim é que, as ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, embora posteriores ao ano de 1215, também não cuidaram desse importantíssimo instituto. Nas Filipinas, como oportunamente se verá, existiamas cognominadas *Cartas de Seguro* que precariamente tinham as funções do encimado *writ*. Pode-se afirmar, com segurança, que o momento legislativo a provocar o aparecimento do *habeas corpus* no Brasil foi o Decreto de 23 de maio de 1821, que sobreveio à partida de D. João VI para Portugal; esse decreto foi referenciado pelo Conde de Arcos. (MOSSIN, 1997, p. 27, grifo do autor).

[...] embora o silêncio das ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas sobre *habeas corpus*, é possível se identificar a Carta de Seguro como remédio avizinjado ao *mandamus*, já que se tratava de segurança real, firmada em promessa e permissão de que o réu não seria preso até o final do processo. (CONSTANTINO, 2016, p. 17, grifo do autor).

Todavia, segurança real não se confundia com aquilo que o Constitucionalismo Moderno Inglês trouxe à luz do mundo: o embrião das Garantias Fundamentais no Constitucionalismo já contemporâneo.

Em 23.05.1821 é promulgado documento apelidado de ‘nossa Carta Magna’, assegurando o direito de liberdade, embora em momento algum se referisse ao *habeas corpus* no caso de descumprimento dos dispositivos da Constituição portuguesa, e das demais prescrições do Reino, repelindo também a prisão ilegal, a arbitrária e a injusta, conforme informam Mauro Cunha e Roberto Geraldo Coelho Silva. (CUNHA²³; SILVA, 1990, p. 34 apud CAAMAÑO, 2009, p. 40, grifo do autor).

Antes, porém, havia textos. [Como refere Pontes, a respeito da proteção da liberdade, ainda que de forma precária e não abrangente a Indígenas ou Africanos escravizados, entre outros] Nas Ordenações Afonsinas (1446), Livro III, Título 80, [...] § 5 [...] § 6 [...] § 7 [...] § 8 [...] As referências são à pessoa ou aos bens. As ações eram mandamentais e havia alusão à ‘segurança’. Nas Ordenações Manuelinas (1512),

²² COOLEY, Thomas. **The general principles of constitutional law in the United States of America**. 2nd. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1891. p. 21.

²³ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. **Habeas corpus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Aide, 1990. p. 34.

[também eram encontrados dispositivos para galgar certa liberdade e estavam no] Livro III, Título 62, §§ 4-7 [...] Leia-se nas Ordenações Filipinas (1603), [no] Livro III, Título 78, § 5 [...] § 6 [...] § 7 [...]. (MIRANDA, 1972, t. 1. p. 123-125).

Conforme os anos passavam na terra do pau-brasil, as informações da ilha inglesa eram levadas mundo a fora e multiplicadas na América do Norte e na Europa Continental (com ênfase na França); assim, intelectuais brasileiros e portugueses, aqui residentes, ora entediados, ora ambiciosos por poder, *status* ou apenas liberdade, buscavam – através do contrabando de livros, dentro de “Santos do Pau Oco”, normalmente usados para burlar o fisco – a riqueza de pensamento jusfilosófico, já afeta além mares. Como assevera Ferreira (1998, p. 49), havia de outra sorte uma resposta conservadora e autoritária sempre presente; ela vinha do misto entre portugueses e latifundiários brasileiros principalmente, entre outras castas de aristocracia e burguesia tupiniquim.

Mas a medida que os séculos passavam e mais: com a vinda da Família Real portuguesa às fugas, após a invasão de Napoleão à Portugal, ou melhor, da Revolução Francesa em cadência de fatos, o Brasil se inunda de pensamentos mais e mais Liberais; principalmente através dos Inconfidentes Mineiros. Próxima a data de independência, o então Príncipe regente, D. Pedro, convoca uma Assembleia Constituinte, que se instala só depois d’O Grito, no ano seguinte; o mesmo, todavia, declara-se Imperador e assume a alcunha de D. Pedro I (FERREIRA, 1998, p. 49).

4.1 NO IMPÉRIO INDEPENDENTE DOS PEDROS

Pouco tempo após ‘O Grito’ de independência – talvez a mais suspeita do mundo (KHALED JÚNIOR, 2014), feita pelo próprio filho do Rei de Portugal – a dita Assembleia fora dissolvida, tendo o Imperador convocado no segundo momento um Conselho de Estado; em vista de divergências entre brasileiros, Senhores de Engenho e portugueses aqui residentes. Ora, se o Imperador fazia e desfazia, assim o era necessário através da força, por isso nada de garantir e constitucionalizar o *habeas corpus*; foram assim, dois reinados durante o Império, o de D. Pedro I e o de II (FERREIRA, 1998, p. 49).

A Regência, outrora Trina, transformou-se em Unitária pelo Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, juntamente com o também de 12 de março de 1840; esse último reestabelecendo o Conselho de Estado e reduzindo a termo as deliberações Legislativas. A escravidão seguiu, nos moldes de uma cultura autoritária, para além da declaração de abolição brasileira de 1888 (FERREIRA, 1998, p. 50). Segue a enunciação que Mauro Cunha e Roberto Geraldo Coelho Silva pontuam a evolução da legislação brasileira ao encontro do Constitucionalismo

Republicano e Democrático, tendo início em:

I — 1821 — Decreto do Príncipe Regente. II — 1824 — A Carta outorgada por Pedro I. III — 1830 — O Código Criminal, arts. 183 a 188. IV — 1832 — O Código do Processo Criminal, arts. 340 a 355. V — 1841 — A Lei n° 261. VI — 1842 — O Regulamento n° 120. VII — 1865 — O Aviso n° 375. VIII — 1871 — A Lei n° 2.033. IX — 1890 — O Decreto n° 848. X — 1891 — A 1ª Constituição Republicana. XI — 1926 — A reforma constitucional. (CUNHA; SILVA, 1990, p. 33).

Ao examinarmos a literatura pátria, encontraremos posições convergentes quanto à origem expressa do instituto do *habeas corpus* no direito brasileiro: o Código de Processo Criminal de 1832. Todavia há quem identifique outros elementos de proteção à liberdade ambulatorial antes da instituição do *habeas corpus*. Trata-se do *interdictum de liberis exhibendis*, consagrado nas Ordenações de Portugal, sob inspiração do direito romano. José Barcelos de Souza aponta a intenção dos Inconfidentes de adotar entre nós o *habeas corpus* nos moldes do direito inglês, o que seria um avanço sem precedentes à época, pois iria além dos ideais franceses, já que não havia previsão expressa no ordenamento francês [...] (SOUZA²⁴, 1998, p. 6 apud CAAMAÑO, 2009, p. 40, grifo do autor).

“A Carta Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro I, de cunho liberal, não instituía um instrumento garantidor da liberdade individual, embora pusesse limites ao arbítrio estatal, no inc. VIII, do art. 179 [...]” (CAAMAÑO, 2009, p. 41). Vale uma observação, a aqueles que estranharem o misturar Imperialismo às ideias Liberais, já que o douto Caamaño não é o único a considerar o documento de 1824 em parte Liberal, apesar de promulgado pelo poder de um só homem e Imperador; é que a influência viera de Benjamin Constant – um dos nomes do Iluminismo Francês – e essa encontrava-se, por assim dizer, numa espécie de espectro, com sua Teoria dos Cinco Poderes, dentre esses o Poder Moderador – o que é natural, aliás, quando observa-se transições de pensamento (FERREIRA, 1998, p. 49).

Com a instituição do Código Criminal de 1830, fala-se expressamente no *habeas corpus*, todavia sem se referir às hipóteses de cabimento. A referência era no sentido de sancionar com multas todos aqueles que não colaborassem com as autoridades no cumprimento de ordem de *habeas corpus*, inclusive os próprios magistrados e serventuários de Justiça que negassem auxílio àqueles que deveriam cumprir a ordem judicial. (CUNHA; SILVA²⁵, 1990, p. 35 apud CAAMAÑO, 2009, p. 42, grifo do autor).

Estranho é, porém, que primeiro veio o Código Criminal e só *a posteriori* o Procedimental. Contudo, “Mesmo antes do Código de Processo Criminal do Império (1832), após o Decreto de 23 de maio de 1821, havia ação de desconstrangimento, sem o nome de *habeas-corporis*, mas classificável como tal. Juízes e Tribunais atendiam aos pedidos de soltura, por ser ilegal a prisão.” (MIRANDA, 1972, t.1, p. 128).

²⁴ SOUZA, José Barcelos de. **Doutrina e prática do *habeas corpus***. Belo Horizonte: Sigla, 1998, p. 6.

²⁵ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. ***Habeas corpus no direito brasileiro***. Rio de Janeiro: Aide, 1990, p. 35.

A lei de 29.11.1832 que instituiu o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, deu feição ao *habeas corpus* no ordenamento pátrio, admitindo a concessão da ordem, de ofício, nos termos do art. 344. Em 1841, através da Lei 261, de 3 de dezembro, reformando o Código de Processo, introduz-se no ordenamento o recurso de ofício das decisões concessivas da ordem pelo juiz de primeira instância, uma vez que as decisões de primeiro grau concessivas da ordem eram irrecuráveis e definitivas. (CUNHA; SILVA²⁶, 1990, p. 35-36 apud CAAMAÑO, 2009, p. 42, grifo do autor).

Também menciona a reforma de 1841, Heráclito Antônio, acrescentando a informação omitida pelo anteriormente citado, Fernando Otero, do Regulamento de 42:

Posteriormente, a legislação sobre o *habeas corpus* sofreu ligeiras modificações através da Lei de 3 de dezembro de 1841; do Regulamento nº 1.120 de janeiro de 1842, em que ficou previsto o recurso de ofício quando fosse a ordem concedida. Quanto ao mais, a legislação processual anteriormente enfocada restou mantida. (MOSSIN, 1997, p. 32, grifo do autor).

Mas há que deixar-se claro, novamente: o *habeas corpus* ainda não era Garantia Fundamental, muito menos Constitucional; mas há leituras divergentes, como a de Heráclito Antônio, que a interpreta já como garantia.

É certo afirmar, como já anteriormente sublinhado, que o § 8º, do art. 179, da Constituição Imperial de 1824, impedia a prisão do indivíduo ‘sem culpa formada’. Porém essa garantia, que não deixava de ser individual, não fazia presumir ou deixar ínsita, ou sob o texto constitucional, a figura do *habeas corpus*. Assim é que se esse não fosse cumprido e com isso se verificasse transgressão à liberdade física do preso, o *writ* usado haveria, de ser algum dos interditos anteriormente comentados ou as *Cartas de Seguro*. (MOSSIN, 1997, p. 33, grifo do autor).

De suma importância para a evolução do instituto foi o advento da Lei 2.033, de 20.09.1871, criando a figura do *habeas corpus* preventivo, posto que até tal data só se conhecia o remédio heroico modalidade liberatória. A previsão em lei da espécie preventiva, sem pretensões chauvinistas, ultrapassa em extensão o instituto do ordenamento inglês. (TOURINHO FILHO²⁷, 2003, p. 793 apud CAAMAÑO, 2009, p. 42, grifo do autor).

Ainda dentro de um contexto histórico, convém deixar alinhado, [...] anteriormente à Constituição republicana a seguir mencionada, dois decretos do Governo Provisório, os quais ostentavam força de lei, previram o *habeas corpus*, o de nº 510, 22 de junho, e o de nº 914-A, de 23 de outubro, ambos de 1890. (MOSSIN, 1997, p. 35, grifo do autor).

Antecipando a lavratura da Carta Maior republicana, o Governo Provisório expede o Decreto 848, de 11.10.1890, organizando a Justiça Federal, assegura o remédio heroico aos nacionais e estrangeiros, ocorrendo prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade. De maneira original, admite o dispositivo referido o recurso para o Supremo Tribunal Federal, diante da denegação do pedido. Com o da Lei 221/94, reconhecia-se a possibilidade do recurso ser interposto ao Supremo, da decisão do Juízo de primeiro grau, ampliando disposto no Decreto 848. (CUNHA; SILVA²⁸, 1990, p. 48 apud CAAMAÑO, 2009, p. 42-43, grifo do autor).

²⁶ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas corpus no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1990, p. 35-36.

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 793.

²⁸ CUNHA; SILVA, op. cit., p. 48.

“A monarquia foi derrubada em 1889 por um grupo de militares. Não eram exatamente republicanos e agiram em função de seus próprios interesses, tendo apoio dos republicanos paulistas, que tinham sido prejudicados pela abolição da escravatura em 1888.” (KHALED JÚNIOR, 2014, p. 199). “Essa não é a única surpresa. O mito fundador sobreviveu ao ocaso do Império, irradiando seus efeitos para além das instituições que originalmente reproduzia ideologicamente de forma velada: continuou a propagar seus efeitos mesmo com a proclamação da República.” (KHALED JÚNIOR, 2014, p. 199).

Khaled Júnior (2014) menciona, ao longo da obra, o caldo autoritário e cultural que permaneceu desde as violentas invasões dos portugueses ao Brasil e que constituíram, não declaradamente, a estrutura torpe e mal formada da república que perdura; quase que como uma ‘nova história cultural’ de narrativa brasileira, em contrapartida àquela consolidada pela doutrina sedimentada e propagada pelo Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, que servia ao Império. Dentre as inúmeras menções, assevera as origens do conservadorismo cristão, seu entrelaçamento ainda patente entre a coisa pública; a ideia fajuta de democracia racial brasileira; o problema da acumulação de terras que atravessa os séculos e que não se reforma; os valores violentos e a sanha punitiva; a estima pelo sistema econômico que não se assimila em desenvolvimento, como nas metrópoles de outrora, entre outras coisas.

Enfim, a Constituinte se instaura, tendo como um dos personagens mais influentes, Ruy Barbosa; o responsável por constitucionalizar o *habeas corpus* no Brasil. Como se verá, todavia, só esse dentre os demais *writs* é que veio com a liberação do país, o que distorceu e alargou seu conteúdo sobremaneira.

4.2 NA PRIMEIRA REPÚBLICA; LIBERAL, MAS ENCILHADA

A primeira Constituição verdadeiramente republicana, de 1891, no seu art. 72, § 22, dizia: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder.” (BRASIL, 1891, p. 1). Um pouco antes dessa e brevemente depois, há de se vislumbrar, já vinham reformas concernentes ao processo do *mandamus*.

[...] há a assinalar, na legislação federal republicana que o Decreto na 848, de 11 de outubro de 1890, artigo 9, nº IV e 49, suprimiu o recurso de ofício, do § 72 do artigo 69, da Lei de 3 de dezembro de 1841, da decisão concedendo soltura, e criou o recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal em todos os casos de denegação da ordem de *habeas corpus*, e que a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, em seu artigo 13, §§ 16, 23 e 55, cogitou de providências para facilitar a pronta e segura apresentação

do pedido de *habeas corpus* ao tribunal, e estabeleceu os casos em que o Supremo Tribunal Federal podia conhecer originariamente dos pedidos [...]'. (FRANCO²⁹, 1943, p. 320-321 apud MOSSIN, 1997, p. 36, grifo do autor).

Ruy Barbosa, ilustre jurista brasileiro, foi um dos importantes responsáveis pela transição do Brasil Império ao Democrático Republicano; foi ele, aliás, quem fez os esforços para que o *habeas corpus* tornasse-se um remédio jurídico pátrio. Todavia, há que ponderar-se sua responsabilidade pela Crise do Encilhamento; enquanto nações avançavam em força tecnológica, revolucionando industrialmente, Ruy e seu Ministério permaneciam confiantes na Teoria das Vantagens Comparativas de David Ricardo, já ultrapassada para época – tornando o Brasil na Grande Fazenda (FERREIRA, 1998, p. 50-51).

Um pequeno mas crucial parêntese se faz em relação a condição dos escravos, não considerados cidadãos, mas sim, mercadorias, portanto, não detentores do Direito do *Writ*; similar ao que ocorria com o instituto análogo da Roma antiga, mencionado alhures. Muito embora, ecoa na história as façanhas, bem como a reputação de Luiz Gama, O Advogado dos Escravos, citado por Câmara (2010³⁰, p. 181 apud TORON, 2017, p. 41-42), que usava-se do que podia, como a Lei Eusébio de Queiroz, que não era especificamente voltada para essa questão, entre outras, para livrar os mais injustiçados: o povo africano violentamente raptado, e seus descendentes, já brasileiros(as), todos postos à trabalhar, privados de Direitos. É como se, mesmo sem o *Mandamus*, sem dispor de recursos e na condição de negro, Gama fazia a mágica e materializava a liberdade de seus pares.

E é na primeira Constituição republicana (BRASIL, 1891) que já percebe-se o (início do) fim da escravidão, justamente por conta da Lei Áurea, que surgia três anos antes; nessa nova construção de Estado, além da escravidão, outrossim, abolida restava a Pena de Galés (de trabalhos forçados). Com a abolição anteriormente mencionada, a base econômica açúcar-cafeeira e a triangulação de outrora derruem; com isso fortalece-se o impulso republicano.

Abandona-se, outrossim, a inspiração Parlamentarista Francesa para voltar-se aos astros Norte-Americanos Presidencialistas (FERREIRA, 1998, p. 51). Todavia, problema é que o constituinte originário ao redigir o dispositivo do *Habeas Corpus* não utilizou-se da grafia adequada, fazendo surgir aquilo que ficou conhecido como A Doutrina do *Habeas Corpus* Brasileiro.

Foi Ruy Barbosa, inexoravelmente, quem deu a mais larga e ampla abrangência ao texto da Carta republicana de 1891. Para ele o *writ* não se operava instrumentalmente só para amparar a liberdade física do indivíduo, o *ius manendi, eundi e veniendi*, ia

²⁹ FRANCO, Ary Azevedo. **Código de processo penal**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943, p. 320-321.

³⁰ CÂMARA, Nelson. **O advogado dos escravos: Luiz Gama**. São Paulo: Lettera.doc, 2010, p. 181.

além, posto que em seu âmbito deveria compreender qualquer que fosse a liberdade, qualquer direito individual transgredido por arbitrariedade ou ilegalidade. A Constituição Federal contém regras que devem ser interpretadas em termos amplos, não podendo ser restringidas só para compreender a circunscrição do remédio constitucional relativamente aos abusos ou ilegalidade cometida contra à liberdade física ou de locomoção. (MOSSIN, 1997, p. 38, grifo do autor).

Na falta de propriedade com a infinidade de *writs* que os ingleses tinham, o brasileiro importou apenas um e deu-lhe ares amplíssimos, para além daqueles originariamente britânicos. “Em sentido diametralmente oposto ao sustentado por Ruy Barbosa posicionou-se Pedro Lessa, para o qual a regra constitucional republicana não ostentou ao *habeas corpus* a largueza que ele lhe quis conferir [...]” (MOSSIN, 1997, p. 40, grifo do autor).

“O insigne Pontes de Miranda somente em parte concorda com a colocação jurista de Pedro Lessa, quando esse Ministro faz menção à liberdade pessoa, porém quando adentra ela em outros tipos de liberdade aí ocorre a reação contrária [...]” (MOSSIN, 1997, p. 40, grifo do autor).

O que se nota em Pontes de Miranda é uma defesa sistemática do uso do *habeas corpus* de forma bastante restritiva, abrangendo única e exclusivamente situações de abuso ou constrangimento ilegal que envolve a liberdade física do indivíduo, ou seja, seu direito de ir, vir e ficar. Portanto, o writ somente se cingia aos atentados à pessoa física: *ius manendi, ambulandi, eundi ulro citroque*. (MOSSIN, 1997, p. 42, grifo do autor).

Não obstante ao predito, há de se ter em linha de consideração que na época republicana, em que o *habeas corpus* foi incluso naquela Magna Carta, era ele o único instrumento utilizado para a defesa da liberdade individual, já que ainda não havia sido criada a figura do mandado de segurança, que surgiu com o advento da Constituição Federal de 1934 (art. 113, inciso 33). Por essa razão justificava-se, dar-se maior amplitude ao campo de abrangência do writ por primeiro mencionado, porém, não como lhe emprestara o Supremo Tribunal Federal, nos exemplos e condições anteriormente enfocados. Aliás, como se verá a seguir, a forma errônea com que esse preceito constitucional fora interpretado e empregado, fez com que o Presidente da República, Artur Bernardes, no projeto de reforma da Constituição Federal de 1926, sugerisse a criação de outros mecanismos jurídicos para a tutela da liberdade que não fosse a física. Daí a primeira investida para o surgimento, futuramente, do *writ of mandamus*. (MOSSIN, 1997, p. 44, grifo do autor).

Outra interessante menção, ainda que tangente ao *habeas corpus* (todavia, importante para visualizar a realidade da época), faz Ferreira (1998, p. 52) ao mencionar o capítulo de Direitos e Garantias dessa primeira Constituição Republicana, Liberal e Democrática (para a época); é que nela omitiu-se os Direitos do Trabalhador, haja vista ideia essa visionária para nosso tempo, sempre atrasado, do Brasil brasileiro. E a que tudo indica, o problema proletário era tratado como caso de polícia; por isso encaminhou-se a uma restrição do remédio heroico (FERREIRA, 1998, p. 52).

Nesse particular o texto constitucional foi singularmente enfático ao trazer impresso em seu bojo a expressão liberdade de locomoção, afastando dessa maneira qualquer

tendência de aplicação do *writ* em outras modalidades de liberdades: ‘Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão, ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção’ (art. 72, § 22). (MOSSIN, 1997, p. 46, grifo do autor).

“Diante da nova norma constitucional, a corrente liderada por Ruy Barbosa, tida como amplamente liberal, culminou em ser derrotada, pelo menos diante do texto constitucional, prevalecendo aquela encampada por Pedro Lessa.” (MOSSIN, 1997, p. 46, grifo do autor). E aprofunda Mossin (1997, p. 49-50, grifo do autor):

Assim sendo, por questão de lógica e coerência, tendo em linha de consideração as trilhas seguidas por Ruy Barbosa e Pedro Lessa e a acerba crítica feita por Pontes de Miranda, uma vez existindo o mandado de segurança, o instituto do *habeas corpus*, à evidência, teria aplicação restritiva, somente amparando o direito de ir, vir e ficar: *ius manendi, eundi e veniendi*, ficando a proteção dos outros direitos de liberdade, quando líquidos e certos, a cargo do *writ of mandamus*. Por essa razão é que embora se procurasse dar ao texto constitucional de 1934 a mesma abrangência daquele de 1891, e por via de consequência afastando a restrição que pretendeu dar ao instituto a Constituição Federal de 1926, tal pretensão restou infrutífera, já que com o surgimento do mandado de segurança essa interpretação liberal se tornou sem eficácia. É que dois institutos não podem, ao mesmo tempo, proteger os mesmos direitos.

As tensões políticas se encandecem, apesar das conquistas democráticas e eis que um *Coup d’État* se aproxima. A velha alternância do café-com-leite é desrespeitada e surge um Ditador; até então, considerado liberal.

4.3 NA SEGUNDA E EFÊMERA REPÚBLICA, DURANTE O ENTRE-GUERRAS MUNDIAL

Aproxima-se a Revolução de 30: circundada pelas negociações da, até então, bem-sucedida ‘política do café-com-leite’, entre São Paulo e Minas Gerais, tendo ambos os lados se tornado tensos; estudantes, proletários e militares forçam a passagem. Getúlio Vargas, considerado liberal, é posto no poder pela Junta Provisória Militar, que havia a pouco deposto o candidato de São Paulo, Washington Luís, que pretendia transmitir o cargo a Júlio Prestes, ao arrepio do esquema de alternância mencionado (FERREIRA, 1998, p. 54).

A Revolução de 1930 inaugura um período de maior inflação do Poder Executivo, passando o Governo Provisório a conduzir o país através de decretos. Surgem as primeiras restrições ao remédio heroico entre elas a vedação da admissibilidade da ordem em se tratando de transgressões disciplinares. [...] Ultrapassada a crise de 1930, consolida-se o processo liberal- democrático com a Constituição de 1934. O instituto da *habeas corpus* consagrado nesta Carta em nada altera o já consagrado pela de 1926, todavia uma importante restrição era substanciada neste texto: a negativa da concessão no caso de transgressões disciplinares. Albergou o Constituinte a limitação

imposta pelo Governo Provisório de 1930. (CUNHA; SILVA³¹, 1990, p. 44-45 apud CAAMAÑO, 2009, p. 44-45, grifo do autor)

Nesse meio tempo, Francisco Campos assume a Pasta da Educação (FERREIRA, 1998, p. 54). Futuramente, seria ele, em funções mais estratégicas, o responsável pela arteficialidade Constitucional, Penal e Processual Penal persecutória dos inimigos políticos da Era Vargas, que perduraria latente até a irrupção da Ditadura Civil Militar de 64, qual a retomaria de forma plena – persistindo dispositivos legais até hoje (KHALED JÚNIOR, 2013).

Esse Governo, dizia-se, Provisório, encaminhou os trabalhos de uma nova Assembleia Constituinte; contudo, o clima estava ainda tomado. A Revolução Constitucionalista em São Paulo se alastrava, gerando uma verdadeira carnificina fratricida; mas a Constituição, a que tudo indicava, seria promulgada e tudo se resolveria (FERREIRA, 1998, p. 54-55).

Pouco tempo depois, veio a Segunda República, de Getúlio Vargas, na Constituição de 1934 (BRASIL, 1934); em seu Artigo 113, ‘23’, mais especificamente, em seu Capítulo II, intitulado “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, nos apresentava o dispositivo. Nele já salientava a inaplicabilidade do instituto em face de transgressões militares; começava, aqui, a tradição que está presente na Lei Maior até hoje.

Outra inovação da então Lei Básica fora a regra de conhecimento e originalidade para julgamento do *Habeas* pela “Corte Suprema”, hoje nosso Supremo Tribunal Federal (STF), em seu Artigo 76, ‘I’, *h* (TORON, 2017, p. 44); questão essa que não se sustentara com o passar dos tempos, tendo o judiciário brasileiro desenvolvido um encadeamento hierárquico Constitucional e Processual Penal para apreciação do *Writ*. A nova Lei Maior inovava, aderindo a Justiça Militar e Eleitoral, justamente em vista da crise que se observava; mas ainda não a Justiça Trabalhista, que só viria em 1946.

A inspiração era a República de Weimar, de 1919, qual, todavia caía aos poucos; trazia questões relacionadas a saúde, a educação, a ordem econômica, mas não ainda ao Trabalho, que jazia delegado a Leis esparsas e fracas (FERREIRA, 1998, p. 54-55). Nesse compasso, apesar do esmagamento da Revolução em São Paulo, outra fora organizada: a Intentona Comunista, de Luís Carlos Prestes; com isso, Emendas Constitucionais e Leis de Segurança Nacional ganhavam aval, legitimidade popular, centralizando e concentrando mais e mais o poder, formando aos poucos a Ditadura Getulista.

De outro lado, percebendo Getúlio que a guerra toda se tratava de luta social e

³¹ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas corpus no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1990, p. 44-45.

trabalhista, apesar de Liberal Conservador, abria a válvula de pressão concedendo leis nesse tocante (FERREIRA, 1998, p. 55). E com essa,

[...] a nova norma constitucional de 16 de julho de 1934, em seu artigo 113, XXIII, estabeleceu: ‘Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*.’ (CONSTANTINO, 2016, p. 19-20).

[...] a consagração constitucional da tendência liberal que inspirara a fórmula de 1891, sendo de notar-se que, a essa altura, já contava o direito brasileiro com o do mandado de segurança para assegurar direito líquido e certo, regulado pela Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936. (CUNHA; SILVA, 1990, p. 45).

Como citado logo acima, surgia o mandado de segurança, residual ao *habeas corpus*, para que não mais se confundissem os tipos de *writs*, dente muitos outros, de inspiração inglesa; mas o remédio liberatório, vale enfatizar, restringido aos militares, não só pela questão social intestina grave, como se chamou na época, mas pela própria característica necessária da instituição de braço forte (FERREIRA, 1998, p. 55).

Seguindo os passos históricos do *habeas corpus* no direito pátrio, há de se deixar firme que a tendência liberal culminou em ter o conforto da consagração constitucional inserto na Magna Carta de 16 de julho de 1934, que em seu art. 113, nº 23, deu àquele instituto a largueza que ostentava ele na Constituição de 1891 e por via consequencial, desprezou o sentido restritivo que havia lhe dado a reforma de 1926. (MOSSIN, 1997, p. 48, grifo do autor).

Viciado em poder, permeado por um cenário mundial de tensão pré-Segunda Grande Guerra, Getúlio aumenta a força e estrangula as resistências; junto delas, os radicais Integralistas e Comunistas. Dava-se o aprofundamento da Era Vargas.

4.4 A QUEDA DA REPÚBLICA, A TENSÃO ENTRE COMUNISTAS E INTEGRALISTAS; A ASCENSÃO DE VARGAS

Apesar dos esforços Democráticos, a catástrofe econômica e conseqüentemente social levou a uma emergência ditatorial, quando Getúlio Vargas instituiu o documento de 1937; uma verdadeira Carta (FERREIRA, 1998, p. 57). Essa declarava, racionalizava e justificava as tensões políticas internas e mundiais logo em seu preâmbulo.

Já no Estado Novo, com a instauração da mencionada ‘Constituição Polaca’ (VILLA, 2011) – inspirada na revolução do General Józef Piłsudski (outrora Chefe de Estado da Polônia), inimigo da então União Soviética – também se encontrava inculpido o dispositivo, ainda que, sem dúvida, a depender da circunstância – se de perseguição política – com pouca ou nenhuma eficácia. Estava lá, no seu Artigo 122, ‘16’, tempos depois, suspensa por decreto.

E foi a partir dessa Carta Política que Getúlio Vargas passava a concentrar e centralizar mais e mais poder, com a ajuda de Francisco Campos, que lhe escrevia as Leis.

A Constituição Federal de 1937, em seu art. 122, nº 16, atribuiu ao *habeas corpus* a seguinte redação: ‘Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.’ Como mansa e pacificamente se pode observar, o texto transcrito de modo expresso coloca o *habeas corpus* na função de amparo à liberdade de locomoção, a exemplo do que fora feito na reforma constitucional de 1926. (MOSSIN, 1997, p. 50, grifo do autor).

Surgia, em consonância a então Constituição, o Código Penal e Processual Penal, inspirados no doutrinador do Fascismo Italiano, Vincenzo Manzini (KHALED JÚNIOR, 2013). Apesar de Getúlio ter sido, em grande medida, a forma de diluir o movimento Integralista (corrente brasileira do Nazi-fascismo) crescente naqueles meados, não deixou, outrossim, ele mesmo, ainda que declaradamente Liberal (inclusive membro do Partido assim nomeado), de ser parte da extrema-direita que ascendeu ao poder.

[...] a respeito da abrangência do *habeas corpus* com inspiração na Constituição Federal de 1926, que por sua vez se estribou na de 1891, eis que, como já se disse, com o advento do mandado de segurança na Constituição Federal de 1934 o *divortium aquarum* entre os dois institutos restou estabelecido, ficando definido para cada qual seu campo de incidência legal. Após isso, qualquer discussão a respeito da matéria passou a ser estéril ou bizantina, embora a Carta Política de 1937 não tenha trazido em seu bojo o *writ of mandamus*. Entretanto, essa omissão se tomou integralmente despicienda, posto matéria atinente ao *mandamus* passou a ser disciplinada pelo Código de Processo Civil, em seus art. 319 a 331. Assim, não havendo contradição entre norma constitucional e as infraconstitucionais, cada um daqueles institutos continuou a ter seu campo de aplicabilidade. Por outro lado, há de se observar que o art. 647 do vigente Código de Processo Penal ostenta idêntica redação conferida ao art. 122, nº 16, da Magna Carta de 1937. (MOSSIN, 1997, p. 51, grifo do autor).

Mais tarde, isto é, em 1941, o Código de Processo Penal repetiria integralmente a fórmula. Ao ver de muitos — e a matéria não era pacífica — houve aí a grande restrição consistente em abandonar-se a idéia da proteção à liberdade pura para garantir apenas a liberdade de locomoção. (CUNHA; SILVA, 1990, p. 46).

“Forçoso é reconhecer que o instituto do *habeas-corpus*, com as limitações hoje impostas à sua aplicabilidade, não mais conserva a fisionomia dos seus tempos de fulgor. Com o ocaso do liberalismo acentuou-se também o seu declínio.” (MELLO³², 1941 apud CUNHA; SILVA, 1990, p. 46, grifo do autor).

O Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941 instituiu o Código de Processo Penal. Rezava o art. 647 que seria concedida a ordem de *habeas corpus* quando alguém se achasse na iminência de sofrer violência ou quando alguém se achasse na iminência de sofrer violência ou coação ilegal. Assim corrigia a restrição do texto constitucional de 1937. Em consonância com sua índole normativa, elencava hipóteses de ilegalidade da prisão, demarcando para o Estado limites de atuação restritiva da liberdade do cidadão. (CAAMAÑO, 2009, p. 45, grifo do autor).

³² MELLO, Abdon de. *Habeas-corpus*: repertório de jurisprudência. Porto Alegre: Globo, 1941.

Talvez nem tudo sejam lágrimas: é que ao menos essa foi a Constituição qual suprimira a palavra ‘Deus’ de suas palavras, reputando o devido Estado Laico. Criara, outrossim, a técnica do Estado de Emergência, com intervenções naturais em todos os Estados, aliás, cujos Delegados eram da escolha do Ditador (FERREIRA, 1998, p. 57).

Getúlio Vargas tentou sobreviver no poder, com o movimento queremista, ligado ao comunismo, e estranhamente ligado, já que o líder do comunismo brasileiro, Carlos Prestes, havia sido torturado e aprisionado durante nove anos pelo ditador. O povo reagiu nesse intento continuísta, com o apoio das Forças Armadas, entregando-se o poder ao Ministro-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dr. José Linhares, logo em seguida à deposição do ditador, ocorrida em 29-10-1945. O novo presidente constituiu logo outro Ministério, revogou o famigerado art. 167 da Carta Magna e, pela Lei Constitucional n. 14, de 17- 11-1945, acabou com o Tribunal de Segurança Nacional sob aplausos gerais. Outra iniciativa oportuna foi a revogação do estado de emergência. (FERREIRA, 1998, p. 58).

Poucos anos depois, Vargas viria a suicidar-se, deixando uma carta de despedida. Ressurgia, antes disso, a abertura democrática; por onde o mesmo tentaria se recandidatar e inclusive viria a presidir mais uma vez.

4.5 A REDEMOCRATIZAÇÃO DO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Como num movimento pendular, Vargas, O Caudilho, sai em 45 (FERREIRA, 1998, p. 58), e numa assembleia parlamentar, inaugura-se outro breve momento democrático, através da Constituição de 1946 (BRASIL, 1946). Novamente resgata-se o *Writ* em seu Artigo 141, § 23, donde, outrossim, estende o raio de alcance do instituto, tornando-o também preventivo; época sublime, efêmera, que em 1964 cai por terra, numa nova ascendência extremista de direita.

Retomado o período democrático, promulga-se a Carta de 1946. Com relação à garantia constitucional da liberdade individual, optou o Constituinte em resguardar apenas a liberdade de locomoção. Na hipótese de ameaça de dano, prevê a expedição de salvo-conduto ao paciente, restabelecendo a hipótese preventiva consagrada na Carta de 1934. (CAAMAÑO, 2009, p. 45-46).

“Também não se admitia o remédio heroico, no caso das transgressões disciplinares.” (BALEEIRO; SOBRINHO³³, 2001, p. 101 apud CAAMAÑO, 2009, p. 46).

Essa Constituição Federal consagrou novamente o instituto do mandando de segurança, tornando a dar-lhe proteção máxima, sob o seguinte preceito: ‘Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder’ (art. 141, § 24). (MOSSIN, 1997, p. 52, grifo do autor).

³³ BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras: 1946**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 101.

Como lembrado por Tornaghi (1989³⁴, p. 385 apud MOSSIN, 1997, p. 52, grifo do autor):

[...] a Constituição de 1946 voltou ao regime democrático. No art. 141, § 23, previu o *habeas corpus* e já não exigiu que a coação fosse iminente, contentando-se que houvesse ameaça de constrangimento: ‘Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe *habeas corpus*.’.

Novamente inspirada na República de Weimar, o Brasil Constituía um Estado Liberal e Social, agora aderindo com maior força a Teoria Intervencionista Econômica de John Maynard Keynes; a proposta principal, ao mesmo tempo, era o combate ao truste. Curioso é que, mais uma vez, Getúlio volta ao poder, eleito, já na vigência da nova Constituição Democrática; pouco tempo depois viria a suicidar-se (FERREIRA, 1998, p. 59).

Com o decorrer jurídico-político da Constituição de 1946, assinala Pontes de Miranda (1962³⁵, p. 342 apud MOSSIN, 1997, p. 54, grifo do autor) a respeito do dispositivo Constitucional de Crise:

Tal estado de sítio em tempo de guerra externa ou civil, que a Constituição de 1946 herdou de 1934, porém submeteu a certas nonas idênticas. Durante ele, não se suspende o *habeas corpus*. As prisões ou detenções que tenham obedecido à lei de suspensão de garantias (art. 207) se houve, ou à decretação segundo o art. 208, seguindo de convocação do Congresso Nacional (art. 208, parágrafo único), são *legais*. Por isso, e não porque esteja suspenso o *habeas corpus* que, em tais casos, não se concede a ordem.

E complementa, ainda pelos escritos do cânone, que chega a afirmar que o

[...] estado de sítio, na vigência da Constituição de 1946, somente houve, até o que foi decretado pela Lei nº 2.654, de 25 de novembro de 1955, cujo art. 2º, parágrafo único falou de suspensão limitada: A suspensão do *habeas corpus* por autoridades federais e a do mandado de segurança aos emanados do Presidente da República, dos Ministros de Estado, do Congresso Nacional e do executor do estado de sítio. (MIRANDA³⁶, 1962, p.350 apud MOSSIN, 1997, p. 54, grifo do autor).

Outra questão pertinente, bem exposta por Ferreira (1998, p. 60) é a emergência de uma nova perspectiva intelectual que nascia na época, uma forma de nacionalismo, contrária ao chamado imperialismo econômico Norte-Americano, também ao mais longínquo abuso da outrora inspiradora Inglaterra e demais países Europeus. Um período parlamentarista curto se reinstala no país, com o vice, João Goulart, sem poderes plenos; ele intentava a reforma agrária.

³⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 385.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas-corpus**: direito constitucional e processual comparado. 4. ed. corr. e melh. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 342.

³⁶ *Ibidem*, p. 350.

Acontece que, durante as convulsões sociais que vinham desde 1930, pouco se tratava do campesinato. Vem um plebiscito e restaura-se o presidencialismo, em 1963, que nada dura, porque não há que se falar em presidência na Ditadura que logo viria, por conta da tensão dos problemas não dirimidos; era como um período em penumbra, onde a assunção Militar estava em andamento (FERREIRA, 1998, p. 60).

4.6 A DITADURA CIVIL-MILITAR NO CENÁRIO DA GUERRA FRIA, NO MUNDO BIPOLAR

Antes do Golpe de Estado, alguns presidentes sucederam Vargas e logo veio aquele cujo a precederia: Jânio Quadros, que renunciaria, sucedendo ao já mencionado vice, João Goulart. O ‘Golpe Civil-Militar’ vem e com ele, os Atos Institucionais, dentre os quais o AI-5 (BRASIL, 1968), que em seu Artigo 10 suspendia o *Habeas Corpus* em face de crimes eminentemente políticos, pelo menos era essa a menção declarada legalmente; daí, se o preso comum tornava-se inimigo político pela especulação, vontade, arbitrariedade das autoridades, essa é uma discussão valiosa, entretanto que ultrapassa o espaço desse ensaio.

Embora, o *habeas corpus*, sempre por disposição constitucional, tenha sido o instituto democrático tutelador do direito de locomoção, sempre que a mesma fosse tangenciada ou ameaçada de sê-lo por ilegalidade ou abuso, enfim por ausência de justa causa, a verdade inconcussa é que em se cuidando de crime político ou contra a segurança nacional o emprego desse *writ* sempre foi ameaçado; isso se constata pelo AI-5, de 13 de dezembro de 1968, cujo art. 10 rezava: ‘Fica suspensa a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.’ Ademais, a EC nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve em seu art. 182 o AI-5, cuja revogação somente se deu em 31 de dezembro de 1978. (MOSSIN, 1997, p. 52, grifo do autor).

Segundo Caamaño (2009, p. 46), a Constituição de 1967 e sua posterior reforma de 69 não alteraram, significativamente, o instituto que vigia naquela, de 1946; todavia, há de se lembrar que o Congresso havia sido dissolvido, bem como expurgados boa parte dos Ministros daquilo que seria hoje o nosso Supremo Tribunal Federal – pelo que se depreende que o *Writ* não ia de vento em popa. Sobre as observações de Caamaño, pontifica igualmente Mossin (1997, p. 52, grifo do autor):

A Constituição Federal de 1967, em seu art. 150, § 20, conservou a redação dada ao *habeas corpus* pela de 1946, enquanto que a EC nº 1, de 17 de outubro de 1969, repetiu o regramento dado por aquela constituição mais moderna (art. 153, § 20). Já a Constituição em vigor, datada de 5 de outubro de 1988, modificou o texto insculpido na Carta Política revogada, dispondo: ‘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.’.

“Quanto às exceções, originariamente surge a vedação da interposição de recurso direto ao STF, com a Emenda de 1969.” (CAAMAÑO, 2009, p. 46), e na mesma esteira, pontifica Toron (2017, p. 45-46, grifo do autor) que:

[...] foi com o AI-6, de 1º de fevereiro de 1969, que se mudou o cotidiano da garantia constitucional em estudo. O *habeas corpus* foi atingido no seu processamento. Das decisões denegatórias proferidas em *habeas corpus* pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelo Tribunal Federal de Recursos (lembremo-nos que os Regionais Federais só vieram com a Constituição Federal de 1988) era perfeitamente possível impetrar-se *habeas corpus* originário substitutivo do Recurso Ordinário Constitucional (RHC). Com isso, ganhava-se em termos de celeridade. Todavia, com o AI-6 introduziu-se um complemento ao dispositivo no art. 114, II, *a*, da Constituição Federal, vedando o manejo da impetração substitutiva do recurso.

Numa breve recapitulação, sintetizam Cunha e Silva (1990, p. 47-48, grifo nosso), aquilo que sucedeu nessa breve história brasileira do *habeas corpus*:

A norma da Constituição de 46 passou *ipsis litteris* para a de 1967 (art. 150, §20) e para a Emenda de 1969 (art. 153, § 20). A novidade nesta consistia na eliminação da possibilidade, já tradicional em nosso direito, de impetrar-se o *habeas-corpus* diretamente ao Supremo Tribunal, desde que perigo manifesto houvesse de consumar-se a violência. Dizendo melhor: em capítulo anterior fez-se referência ao Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que constituiu um dos documentos precursores da norma constitucional de 91 que consagrou o instituto do *habeas-corpus* a que já aludiam as leis criminais do Império. Pois esse Decreto nº 848 previa o recurso para o Supremo, interposto ante a denegação do pedido. Mais tarde, a Lei nº 221, de 1894, ampliando essa disposição, permitiu que o recurso da denegação pudesse ser interposto na decisão da primeira instância diretamente para o Supremo, dispensando-se a instância intermediária. E a Constituição 1934 (art. 76, nº 1, letra h) facultou a impetração da ordem originariamente ao Supremo Tribunal, se perigo houvesse de ocorrer a consumação da violência ou coação antes que qualquer órgão judiciário (juiz ou tribunal) tivesse conhecimento do pedido. Tal disposição foi mantida nas Constituições de 1937 (art. 101, letra g), de 1946 (art. 101, inciso e 1967 (art. 114, I, letra h). Todavia, como o Ato Institucional nº 6 não conservou, na competência da Suprema Corte, o julgamento do *habeas-corpus* nos termos acima indicados, a Emenda nº 1 acolheu eliminação em seu texto, estabelecendo expressamente no art. 119, II, letra c, que o recurso não ser substituído por pedido originário.

Aproximava-se a reabertura democrática. Em 1987, uma nova Constituinte assume os trabalhos.

4.7 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Com a redemocratização, promulgada a Constituição Cidadã de 1988, insculpido como cláusula pétrea encontra-se o *Habeas*; está lá, no Art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção,

por ilegalidade ou abuso de poder; [...] LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988, p. 1).

Sidou (1989) é quem inaugura os trabalhos da pós-promulgação, já que sua obra data da reabertura ao Estado Democrático de Direito. Interessante ressalva que o mesmo faz é válida até hoje, bem como necessária menção já que perdura na política criminal nacional o Código de Processo Penal enquanto “colcha de retalhos” e cheio de impropriedades sobre a matéria científico-jurídica, segundo crítica de inúmeros doutrinadores, como por exemplo Lopes Junior (2016) e Choukr (2014).

No quadro processual pátrio, o *habeas corpus* está configurado no Livro III, Título I, ‘Dos recursos em geral’ do Código de Processo Penal. A classificação resulta em indesculpável erro técnico, não dissimulado mesmo pela menção genérica. O *habeas corpus*, como as demais garantias constitucionais ativas, não é um recurso em linguagem processual, mas um feito autônomo, um processo constitucional. Genericamente é um procedimento especial, em opositivo ao conhecimento, e é uma ação para tutela dos direitos, como *de lege ferenda* prefigura em futuro código (Projeto de Lei nº 633/73, da Câmara dos Deputados). (SIDOU, 1989, p. 135).

Vale ressaltar, a continuidade da vedação Constitucional à concessão do *Habeas Corpus* aos Militares punidos administrativamente, como já havia se consolidado nas Leis Maiores anteriores. Veja o Art. 142, § 2º, *ipsis litteris*:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. [...] § 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. (BRASIL, 1988).

De forma sucinta e intercalada a história geral brasileira, esse foi o percurso até os dias atuais do *habeas corpus* no Brasil. Veja-se, a seguir, doutrina do instituto hoje.

5 PRINCÍPIOS DA PRERROGATIVA DE ESTADO E DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

The world and life are one. Physiological life is of course not 'Life'. And neither is psychological life. Life is the world. Ethics does not treat of the world. Ethics must be a condition of the world, like logic. Ethics and aesthetics are one. (WITTGENSTEIN, 1961, p. 163).

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, segundo Canotilho *et al.* (2013, p. 121) ainda que “[...] não completamente estranho à cultura política, filosófica e jurídica oriental [...] há muito permeia o pensamento ocidental [...]”. Esse Preceito Fundamental dialoga com a ferramenta imprescindível que é o *habeas corpus*, o remédio Constitucional de proteção à liberdade de locomoção de qualquer cidadão; em breve apanhado histórico capta-se suas origens:

Na tradição política e filosófica do período clássico, a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana estava vinculada com o status social do indivíduo e de seu reconhecimento pelos demais membros da comunidade, de modo que se podia falar na existência de pessoas mais ou menos dignas de acordo com sua posição social. Em sentido diverso, o pensamento estoíco concebia as pessoas como igualmente dotadas de dignidade, que, nesta outra perspectiva, já era tomada por qualidade própria e inerente aos seres humanos e estava vinculada à ideia de liberdade pessoal de cada indivíduo. Com o advento do cristianismo, acabou ocorrendo o fortalecimento da noção de dignidade como característica da própria essência ou substância da pessoa, atestada pela especial relação de Deus - por intermédio de Cristo - com a humanidade, destacando-se, neste período, o pensamento de Boécio, ao introduzir a ideia de que a pessoa é uma substância individual de natureza racional, noção posteriormente por Tomás de Aquino, e, de certo modo, também por Pico della Mirandola, este já no alvorecer da idade moderna. Na fase subsequente, tanto a concepção da dignidade da pessoa humana quanto o próprio jusnaturalismo passaram por um processo de racionalização e secularização, que atingiu seu ponto culminante com o pensamento de Immanuel Kant, que, dialogando com a tradição anterior, construiu uma noção de dignidade fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser tratado como mero objeto, teorização que influenciou profundamente o pensamento subsequente, mas também deitou raízes no constitucionalismo contemporâneo, apesar da inserção de importantes contribuições de outros autores, como é o caso de Hegel, especialmente naquilo em que aponta para a circunstância de que a dignidade também é uma qualidade a ser conquistada. De qualquer sorte, vinculada à noção de liberdade e de direitos inerentes à natureza (racional) humana, a dignidade passou a ser gradativamente reconhecida e tutelada pelo direito positivo, tanto constitucional quanto internacional, assumindo, no que parece existir considerável dose de consenso, a condição parâmetro de legitimidade do Estado e do Direito, espécie de valor-fonte (Miguel Reale) e ‘ponto de Arquimedes’ do Estado Constitucional (Haverkate), muitas vezes mesmo sem que tenha havido previsão expressa quanto ao seu reconhecimento como valor e princípio fundamental, como precisamente bem ilustra a evolução constitucional brasileira, onde apenas em 1988 a dignidade da pessoa humana veio a ser expressamente referida – e com o merecido destaque – no texto constitucional. (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 121-122).

O atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes (2013, p. 61-62)

preleciona a Dignidade da Pessoa Humana como originária no Direito Romano. Diga-se de passagem, a mesma origem do outrora *interdito in homine libero exhibendo*, fonte inspiradora do *habeas corpus*; ainda que não jurídica e tecnicamente iguais.

[...] é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. [...] O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). Por fim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. (MORAES, 2013, p. 61-62, grifo do autor).

Iniciando a apreciação sobre o conceito de sistemologia principiológica (que será *a posteriori* aprofundado) e sua sinergia com as regras jurídicas, normas, Leis, remédios e afins, alicerces do conceito de Estado Democrático de Direito, os Tratados Internacionais e as Cúpulas das Nações levantam-no como estandarte, reitor de todos os demais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; síntese dos Direitos Humanos (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015). Os Princípios, portanto estruturantes e explícitos, desde o *caput* do primeiro dispositivo Constitucional do Estado brasileiro, assim se reportam a esse baluarte: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL, 1988).

Os princípios penais extraídos direta ou indiretamente de nossa Constituição Federal indicam a opção político-criminal (preponderante) pelo minimalismo penal (que vê o direito penal como conjunto de normas que limitam a liberdade assim como, ao mesmo tempo, o poder punitivo do Estado). [...] Mas entre a teoria e a prática há uma grande distância. Na prática se nota nitidamente uma tendência maximalista (uso máximo ou desproporcional do direito penal). (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 11).

É saber que essas virtudes de caráter humano, constantes em documentos

supranacionais, devem pautar o comportamento do intérprete, seja enquanto cidadão, seja enquanto gestor público: princípios estão acima da personalidade; por isso são importantes a *res publica*. E mais: não só no caso brasileiro, mas nas relações internacionais, vários dos demais países democráticos se pautam pelo respeito a esse arcabouço deontológico, que emana, segundo a melhor doutrina, do referido Princípio.

De outro lado, todos os princípios jurídicos e político-criminais encontram-se ancorados no princípio-síntese do Estado de Direito, que é a dignidade humana (CF, art. 1º, III). Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O ser humano não é uma coisa, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado. Não existe liberdade onde o humano deixa de ser tratado como pessoa para ser focado como coisa [...] É imoral conceber o ser humano como meio e não como fim; ele não pode ser instrumentalizado para a obtenção de nenhuma finalidade [...] (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 11).

Assim, há que se falar que o devido processo é respaldado no Preceito em tela; é processo democrático e não arbitrário. Portanto, se não for condicente pode ser atacado pelo *Habeas Corpus*.

E a cada passo que se dá por esse Princípio, é possível perceber, cada vez de maneira mais concreta e visível, sua utilidade e relação direta com o remédio estudado. Depreende-se, dentre tantas, uma das funções desse preceito no contexto Brasileiro:

O Estado Democrático de Direito possui, assim, uma dimensão antropocêntrica (porque fundado na dignidade da pessoa humana). Daí a impossibilidade da existência de um direito penal tirânico, arbitrário ou totalitário [...] As formas, os meios legítimos, a dimensão, a intensidade: tudo (ou praticamente tudo) do poder punitivo está regado (nas leis, na Constituição e nos tratados internacionais). Na prática, no entanto, é chocante a quantidade de afrontas emanadas do estado policalesco (que é o estado que pune fora das regras jurídicas do Estado de Direito) frente ao conjunto normativo limitador (os presídios constituem o emblemático exemplo do que acaba de ser afirmado). Isso ocorre, sobretudo, quando se privilegia o eficientismo em detrimento das regras e princípios limitadores do poder punitivo. [...] Basta uma rápida visita a qualquer presídio brasileiro (em qualquer época) para se constatar a aporia entre sua realidade e as normas jurídicas vigentes. [...] São princípios estruturais (ou estruturantes) do direito penal: o da dignidade da pessoa humana, que também é o princípio-síntese de todo Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), o da legalidade (art. 5º, XXXIX) e o da culpabilidade (art. 5º, LVII). Esses princípios são estruturantes porque sem eles não haveria o Estado de Direito. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 11-12).

Gomes, Bianchini e Daher (2015, p. 56-57) figuram o preceito como basilar; origem dos demais Princípios e Direitos Humanos, que delimitam o uso do aparato repressor Estatal. É dignidade antropológica, inerente a qualquer indivíduo.

Às vezes é preciso dizer: qualquer *Homo sapiens sapiens*, seja qual for a situação, tem esse Direito, porquanto Transindividual. É marco no Direito Internacional que protege a humanidade.

5.1 PRINCIPIOLOGIA SISTEMOLÓGICA CONSTITUCIONAL DO PODER, DEVER E FUNÇÃO

A fim do proposto pelo *Habeas corpus* – a restrição do abuso do Poder, principalmente, por parte dos representantes do Estado sobre aqueles que o sustentam, os cidadãos – é que por meio de regras e Princípios apriorísticos, implícitos e explícitos, superpostos, de importância sincrônica e reflexos uns aos outros, a arquitetura da Lei Maior funciona e prevalece sobre as Leis e atos Infraconstitucionais. Relevante dizer, igualmente, que nossa Constituição comunica-se diretamente com Tratados e documentos similares, dos quais o país seja signatário, quando relacionados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos; o que traz à tona, sempre, a possibilidade de aportes externos como fontes de Direito nos Tribunais de cá – eis a relação ao remédio.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (BRASIL, 1988).

Assim, Sistema Jurídico Normativo aberto, dinâmico, que reflete as diferentes expectativas coletivas, numa estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem para captar mudanças da realidade, é o que destaca Birnfeld (2008, p. 14). E o doutrinador vai adiante, para facilitar a compreensão, quadripartindo numa tipologia, os Princípios e as regras Constitucionais:

[...] princípios, que apresentam diferentes funções, desde a fixação de metas para a criação ou cumprimento das regras, incluindo especialmente funções hermenêuticas, assim como funções regulatórias diretas relacionadas com a necessidade de completude ao sistema; [...] regras sobre poderes, que envolve a atribuição de diferentes funções e prerrogativas, públicas e privadas, para atuação no espaço público, inerentes aos diferentes processos que envolvem a criação ou materialização de direitos e obrigações respaldados pelo aparato coercitivo do Estado; [...] regras sobre direitos, no sentido de reconhecimento e ampliação de prerrogativas de natureza subjetiva da cidadania em face da coletividade e do Estado; [...] regras sobre deveres, abrangendo toda e qualquer obrigação, de conteúdo positivo e negativo, afeita ao Estado e aos cidadãos de forma geral pela ordem constitucional. (BIRNFELD, 2008, p. 15-16).

Contribui Moraes (2013, p. 101) expressando que diversos “[...] doutrinadores

diferenciam direitos de garantias fundamentais [...]”, justamente porque possuem densidades diferentes, já que as Garantias Fundamentais são conferidas por caráter Pétreo em nossa Constituição: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” (BRASIL, 1988).

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no Direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. (MORAES, 2013, p. 101).

As Garantias são inúmeras, ainda que insuficientes e estão, principalmente, listadas dentro do Art. 5º supracitado; porém, vale dizer: as referentes ao Processo e Direito Penal são mais tênues, porquanto vitais a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Assim, de acordo com Moraes (2013, p. 1092), a Constituição Brasileira é super rígida e não meramente rígida, como diz boa parte da doutrina; sob o pretexto da palavra ‘abolir’, alguns prelecionam que a mesma teria como sinônimos, a palavra ‘revogar’, que significaria o poder de alterar a Lei, ou mesmo, em outros glossários, a palavra ‘ab-rogar’ numa hermenêutica literal totalmente infundada. A observação do doutrinador figura nas limitações expressamente materiais às Cláusulas Pétreas, onde se encontram os Direitos e Garantias Fundamentais Individuais; ora, caso não fosse assim, não seriam Pétreas – imutáveis pelo Poder Constituinte Reformador.

É bom que se diga que os Princípios explícitos estão concretizados em regras, normas, artigos expressamente escritos na Lei Maior ou nos Tratados e documentos similares, dos quais o Brasil seja signatário, relacionáveis ao *Habeas Corpus*; sendo a tipologia, como o próprio ilustre Birnfeld (2008, p. 16-17) citara, forma de conformar melhor o entendimento. Lembra, outrossim, que a distinção entre normas organizatórias e materiais também é ficcional, sendo as regras e normas descritas nos artigos, muitas vezes, um misto entre espécies (BIRNFELD, 2008, p. 16-17).

[...] princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os constitucionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) [...] a conveniência das regras é antinômica. [...] em caso de conflito entre princípios estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contém apenas exigências [...] as regras contém fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias [...] os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são corretas devem ser alteradas). (BIRNFELD, 2008, p. 19-20).

Gomes, Bianchini e Daher (2015), por exemplo, observam os Princípios de forma um

pouco diferente, conferindo-os força cogente; independente de sua estatura jurídica. Postura imponente: os Princípios estão acima da personalidade do intérprete, esteja em qual função de poder ou atividade jurisdicional; agora, sempre terá-se que sopesá-los, já que fontes das mais abstratas dentre as forças jurídicas – isso também é verdade.

Os princípios não são apenas um conjunto de valores ou de prescrições éticas ou programáticas. São normas jurídicas de caráter cogente. De outro lado, a eficácia prática dos princípios irradia-se não só ao momento legislativo de elaboração da norma penal (quando o legislador cria a lei penal), senão também ao aplicativo e interpretativo (nem o intérprete nem o juiz podem ignorá-los), bem como no momento executivo (no momento da elaboração de políticas preventivas assim como quando se vai concretizar o comando sancionador contido na sentença condenatória, ou seja, no momento da execução da pena). (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 8).

Havendo conflito [...] há que se aplicar o critério da ponderação [...], o qual determina [...] acaso existentes mais de um no caso concreto, sejam sopesados [...], prevalecendo o mais adequado e justo, caso seja impossível aplicar [...] concomitantemente. Deverá prevalecer o interesse mais relevante [...] (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 11).

Para Birnfeld (2008, p. 20-21), Princípios, por serem deontológicos, carregam determinação de aplicação axiológica: seja no auxílio hermenêutico das regras ou no suprimento dessas, quando ausentes; portanto, teriam em si três funções: hermenêutica e regulativa, podendo ainda, visualizar-se diretrizes ao legislador ordinário.

Princípios revelam, destarte, em diferentes graus de abstração, opções civilizatórias [...] sobre os rumos pretendidos por uma sociedade [...]. Por isto sua crucial importância, [...] considerando que todas as normas que veiculam princípios constituem-se [...] normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata. (BIRNFELD, 2008, p. 21).

Para o Professor, no Art. 4º da CRFB/1988 (BRASIL, 1988), ainda que revelando explicitamente Princípios para relações internacionais, figuram, outrossim, os mesmos como implícitos e também estruturantes, valores prezados no sistema das funções de poder internos (BIRNFELD, 2008, p. 20-21).

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; [...] VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; [...] (BRASIL, 1988).

Como numa escala de superposição e não hierárquica, propriamente, explica o Doutor que os Princípios funcionam, portanto, de forma sistêmica e sinérgica; onde o prejuízo de um afeta outro (BIRNFELD, 2008).

Em que pese pareçam ser repetidos, mesmo em Leis Infraconstitucionais, não apenas na própria Constituição, o que ocorre na verdade é o fenômeno da densificação dos mesmos e não a mera reiteração (BIRNFELD, 2008). Assim,

[...] nenhum princípio pode ser concebido isoladamente, mas [...] integrante de um sistema, onde os [...] estruturantes sinalizam as grandes opções éticas convivenciais e, na medida em que se avança na estrutura de densificação, os demais [...] sinalizam opções específicas [...] de dar maior concretude aos [...] mais abertos. (BIRNFELD, 2008, p. 29-30).

Mais à frente, já em análise sobre as regras de Poder (continuando pela tipologia quadripartida para fins didáticos) que funcionam em coesão aos Princípios, destaca que, “[...] manifesto pelas diferentes entidades representativas do Estado constitui-se, indeclinavelmente, em qualquer circunstância, num *Poder cidadão*, tal como prescreve a própria matriz desse universo: *todo o poder emana do povo* (Parágrafo único do Art. 1º da CF).” (BIRNFELD, 2008, p. 31, grifo do autor). Com eloquência, que refletirá nas observações sobre o uso do aparato de repressão do Estado, destaca que: “Somente os ecos dos clarins absolutistas que vagam no éter cósmico séculos afora – e uma indecifrável capacidade metafísica de captá-los – pode trazer alucinações divergentes desta realidade elementar: o Estado é *instrumento da cidadania* e seu poder é o *Poder do Povo*.” (BIRNFELD, 2008, p. 31, grifo do autor).

Ao tratar das regras sobre Direitos, frisa: “Aos *direitos*, somam-se às *garantias*, com as quais não se confundem, embora, aqui, para fins didáticos se tenha designado todo o conjunto com a acepção do principal: *direitos*.” (BIRNFELD, 2008, p. 45, grifo do autor). Essas garantias limitam esse poder de atuação do agente imbuído de prerrogativa de Estado, conformando suas ações dentro da vereda, do caminho que entre esses Direitos, imprescindíveis a supremacia do interesse público, o legitimam; assim, sem ultrapassá-los, o abuso e a injustiça não ocorrem pelas mãos daqueles a quem confiamos o poder: emanado de todos – O Povo.

Seja como for, a Constituição cidadã, pródiga em estabelecer direitos de diferentes matizes, deu efetivamente destaque aos *direitos fundamentais*, não só porque, de forma inédita para o constitucionalismo brasileiro, estendeu aos *direitos e garantias individuais* (Art. 60, § 4º) a condição de *cláusula pétrea*, no sentido de inadmitir-se qualquer hipótese de abolição desses direitos, mas também porque, pelo *locus* que designou a todos os *direitos fundamentais*, institui-os como verdadeiras *premissas de convivencialidade*, pautas inevitáveis a partir das quais os organismos estatais devem exercer seus poderes e os agentes privados pautarem suas ações. (BIRNFELD, 2008, p. 48, grifo do autor).

Bom que se frise, o Ministério Público, assim como os demais Órgãos que exercem Poder-dever, não pode, sob pretensa proteção da Sociedade, romper os limites impostos pelos Direitos Individuais sem forte fundamento e guarida judicial; sob pena de ter sua ação atacada por *Habeas Corpus*. Portanto, estejam os bens jurídicos de densidades diferentes – a proteção social e o Direito Individual – em uma situação de conflito, o mais espesso e garantido, enquanto primordial, prevalece.

Ainda que o universo onde a liberdade individual não seja afetada de forma alguma seja sinônimo de barbárie, não há dúvida que a criação de *deveres*, por mais consensual que se revele, jamais traduz um efeito psicológico individual que possa ser contabilizado como positivo. Ocorre que está em jogo a *liberdade*, bandeira da civilização contemporânea, do iluminismo e do liberalismo. Motivo para matar e morrer, para odiar e amar. (BIRNFELD, 2008, p. 52, grifo do autor).

E não é à toa a fala: é que o limite imposto como função de dever prevalece mesmo quando se busca justiça, porque não se pode correr o risco, no Estado Democrático de Direito, através das mãos do Homem, pressupondo perfeição, alcance da justiça divina em persecução criminal auspiciosa, metajurídica, paralegal; se não, arbitrária. Do contrário, punir-se-ia inocentes em situações indiciárias, contudo meramente coincidentes, por engano, erro, falha humana, ultrapassando, portanto, os Princípios basilares que dão manutenção desse Estado de paz e consenso dos cidadãos.

Assim, ilustra Birnfeld (2008, p. 53-54) que a baliza, o freio e contrapeso para as liberdades individuais caracteriza-se, em suma, pelo Princípio da Isonomia, que confere Direitos iguais perante a Lei, ao passo que, desiguais mediante situações, condições diversas e específicas de cada realidade retratada no processo.

Não nasceram do acaso os Direitos transcendentais do individualismo. Nasceram da história e seu nascimento sinalizou, como temos enfatizado, a superação da barbárie, especialmente aquela fadada a instalar-se em sociedades cujos ordenamentos nada mais façam do que reproduzir privilégios de poucos ao preço do abandono de muitos. (BIRNFELD, 2008, p. 54).

“Neste campo, há que se identificar que os deveres constitucionais destinam-se tanto ao Estado, pelos seus diversos organismos, como à cidadania, tomada em conjunto ou isoladamente.” (BIRNFELD, 2008, p. 54). “No que tange aos organismos de Estado, tal circunstancialidade denota radical reversão do modelo absolutista: do Estado nutrido por cidadãos servos para o Estado servo, um verdadeiro Leviatã domesticado e impensavelmente atarefado em sua vocação serviçal.” (BIRNFELD, 2008, p. 55).

Esses são alguns dos Fundamentos gerais, Preceitos à análise importantíssimos, pois inerentes a instituição do ente coletivo oficial. Assim, logo no início da Constituição, vê-se proclamado o Brasil como Estado Democrático de Direito, República Federativa pautada pela Dignidade da Pessoa Humana, entre outros termos cruciais, que sintetizam a importância do tema e refletem-se nas arguições de *Habeas Corpus* – mesmo quando implícitas.

5.1.1 Preceitos ao comportamento dos atores do processo penal

O “[...] fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é sua

instrumentalidade constitucional, [...] enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas [...] a partir de uma lógica de redução de danos.” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 50). Assim, o Princípio da Jurisdicionalidade, internacionalmente reconhecido, constitucionalmente amparado e reforçado no Código de Processo Penal, tem seu brocardo como *nulla poena nulla culpa sine iudicio* e significa a assunção de vários outros em conjunto e confluência: os Princípios da Imparcialidade, da Identidade Física do Juiz, do Juiz Natural e assim por diante (LOPES JUNIOR, 2016, p. 50-52).

Juiz Natural – O artigo 5º, LIII, da CF estabelece que ninguém será processado e nem sentenciado senão pela autoridade competente. E nesta esteira, o artigo 5º, XXXVII, determina que não haverá juízo ou tribunal de exceção. Desta forma, o decisório de um juiz incompetente [...] permite *habeas* com fundamento artigo 648, III, do CPP. (CONSTANTINO, 2016, p. 68, grifo do autor).

“A jurisdição é o poder de dizer o direito. Já a competência é o limite dentro do qual o juiz exercerá jurisdição. Assim, a competência se constituiu como um critério no exercício jurisdicional.” (CONSTANTINO, 2016, p. 68). Enquanto que a “*Investidura* – O exercício da função jurisdicional [que] vem revestido de formalidade essencial [...] Sem investidura não haverá jurisdição. Desta forma, os atos de alguém não investido serão inexistentes juridicamente e [...] caberá *habeas* forte no artigo 648, I, do CPP.” (CONSTANTINO, 2016, p. 68, grifo do autor).

O Princípio da Indelegabilidade aduz que o juiz fixado será atrelado aquele processo; enquanto o Princípio da Aderência ao Território traduz que o juiz assim será em qualquer lugar do país, todavia, sua Comarca é tal, bem definida, podendo os juízes comunicarem-se por cartas precatórias e não derrogando uns aos outros suas funções (CONSTANTINO, 2016, p. 68-69).

Improrrogabilidade – Trata-se do critério em que o exercício da jurisdição se dá dentro dos limites estabelecidos pela lei, através do instituto da competência. Como o juiz não pode invadir o exercício de outro, a ofensa à liberdade de locomoção nestas condições, será repelida conforme artigo 648, III, do CPP. (CONSTANTINO, 2016, p. 68-69, grifo do autor).

Indelegabilidade – O juiz não pode transferir sua função jurisdicional a quem quer que seja, pois deve exercê-la pessoalmente. Promovidos por alguém delegado, e sem jurisdição, serão inexistentes juridicamente. Nestas condições, [...] cabe *habeas* forte no artigo 648, I, do CPP. Porém, caso a pessoa delegada tenha jurisdição, então cabível o artigo 648, III, do CPP. (CONSTANTINO, 2016, p. 68, grifo do autor).

O Princípio da Investidura, revisita-se, onde o Estado rotula previamente indivíduo determinado – enfatiza-se: cujo tenha notável saber jurídico para posto e função certa – é verdadeiramente o que inicia a complexidade dessa trama (LOPES JUNIOR, 2016, p. 164); fixado o juízo e agente do Estado responsável por intermediar a lide, antes do delito ocorrido, temos a possibilidade de instaurar a prática processual já com algumas garantias. A

exclusividade dos Tribunais para impor a pena sintetiza, outrossim, o Princípio da Inevitabilidade, isto é: a decisão tomada terá força independente da pretensão das partes; ademais, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição é corolário.

A esse respeito, a luz do Princípio Processual da Instrumentalidade das Formas, numa primeira análise, poder-se-ia considerá-lo parte do processo penal; desde que, para benefício do réu (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 84). A forma não pode ser considerada um fim em si mesmo, é verdade, mas a guarda Constitucional do processo penal exige, segundo a melhor doutrina, meio de segurança razoável, proporcional e racional, ou melhor ainda: garantias para solucionar litígios sem destruir a vida de possíveis inocentes, não sendo controverso arcabouço jurídico meramente burocrático e inflexivo (LOPES JUNIOR, 2016).

Vale dizer, por exemplo, que se um processo foi nulo, pode sim o *Habeas Corpus* dar a liberdade ao paciente; não sendo a rescisória a única maneira de alcançar a liberdade. É nesse sentido o cabimento da instrumentalidade da forma e não, do contrário, para aplicar-se o peso da sanção penal; nessa direção, toda forma é garantia imprescindível a própria manutenção do Estado Democrático de Direito – transcendendo o processo penal das partes.

Segue-se pela visão doutrinária em relação ao fatos; tal instrumento é regido inicialmente pelo Princípio Processual da Verdade Real, que, para muitos Juristas, está vinculado, por exemplo, aos “[...] artigos 156, 201, 209, 234, 242 e 404, permitindo ao juiz *ex officio* a determinação de diligências que reputar necessárias para o esclarecimento dos fatos imputados ao Réu [...]” (AVENA, 2015, p. 18, grifo do autor).

Não obstante, é necessário ter em vista que a procura da verdade real não pode implicar violação de direitos e garantias fundamentais estabelecidos na legislação. Trata-se de uma busca sujeita a limites, mesmo porque não seria razoável que o Estado, para alcançar a Justiça, pudesse sobrepor-se à Constituição e às leis. (AVENA, 2015, p.19).

Problema é que os artigos mencionados atacam de morte o lugar do juiz no processo; restando o dito Princípio, interpretado erroneamente – é que na doutrina mais antiga e ainda sedimentada, fundado em uma ideia mitológica de verdade absoluta e única, inescapável e passível de descobrimento, de resgate, de objetificação, de apoderamento, o dito Princípio é instrumentalizado de maneira perigosa, como se argumentará logo a frente (KHALED JÚNIOR, 2013). Como observado no Preceito anterior, talvez seja o caso de reconsolidá-lo – apenas – quando benéfico ao réu.

O Processo deve sim ser pautado por um Princípio que norteie uma busca, mas não com o sentido epistemológico ultrapassado; já que se tem erigido novos e melhores fundamentos processuais penais e, portanto, não tratando-se de crítica vazia de sugestões adaptativas

(KHALED JÚNIOR, 2013). Nesse sentido, sobre o *locus* da verdade no processo e seu formato, é mais apropriada a concepção de jogo de estratégia das partes e pelas partes, ainda que sob fatos importantes da vida real e de acordo com postulados, inclusive, da Teoria que ganha o mesmo nome (ROSA, 2013, p. 23-30).

A função de verificação dos fatos pelo processo, portanto, tem “[...] o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário [...]” e “[...] no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição [...]”, ou seja: há limites nessa busca pelos fatos (LOPES JUNIOR, 2016, p. 50).

No momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que, frente ao poder de acusar do Estado, sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena. (LOPES JUNIOR, 2016, p. 51).

Já o Princípio Processual da Iniciativa das Partes que versa sobre a regra da inércia da jurisdição (aliás, Princípio Geral do Direito, o da Inércia Jurisdicional), produz consequências práticas importantes em relação ao desencadeamento da ação e do processo; para melhor doutrina - sem dúvidas - esse é o Princípio mais importante que caracteriza o Sistema Acusatório, portanto, o modelo Democrático de Processo Penal.

Ne procedat iudex ex officio – A regra [...] é que o juiz só atue mediante provocação, sendo a iniciativa do sujeito parcial que estimula a tutela jurisdicional. O decisório de um juiz que age sem ser provocado [...] contra o direito de locomoção, estará maculado pela falta de justa causa, razão em que o *habeas* se firmará no artigo 648, I, do CPP. (CONSTANTINO, 2016, p. 68, grifo do autor).

E é aqui que a argumentação de legitimidade e legalidade dos artigos mencionados por Norberto Pâncaro Avena (2015) cai por terra em detrimento da doutrina de Aury Lopes Junior (2016); o acompanham Salah Khaled (2013), Alexandre Morais da Rosa (2013) e, se não em tudo, em boa parte, Fauzi Choukr (2014), que assim como Avena (2015), é promotor de justiça. Acontece que, no fundamento do Estado Democrático de Direito, inclusive vinculado a origem do *Habeas Corpus*, o juiz deve ser o intermediador no processo, portanto imparcial, inerte no que concerne a produção de provas, esperando da promotoria, fundamentos materiais e jurídicos de acusação; não se confundindo mais com a figura do Juiz Pretor do *inquisitio* Romano Monárquico ou Imperial.

Guarda relação com o

Princípio da correlação – [...] que estabelece que a sentença deve guardar relação com o pedido. Ou seja, o juiz não poderá se afastar do perímetro firmado pelo

petitório. Logo, ofensa ao princípio da correlação, com lesão ao direito locomotivo, caberá *habeas forte* artigo 648, I, do CPP. (CONSTANTINO, 2016, p. 69, grifo do autor).

Aliás, o Princípio Acusatório é consagrado na Constituição, já que, em seus postulados principiológicos encontra-se malha sistêmica que aduz à formação do Estado Democrático de Direito; o que pressupõe inserir o juiz em seu devido lugar: “[...] é a gestão da prova o princípio unificador que irá identificar se o sistema é acusatório ou inquisitório.” (COUTINHO³⁷, 2001, p. 26 apud LOPES JUNIOR, 2016, p. 77).

Lopes Junior (2016, p. 77) segue adiante e diz que “[...] se a gestão da prova está na mão do juiz, como ocorre no nosso sistema, à luz do Art. 156 (entre outros), estamos diante de um sistema inquisitório (juiz-ator)”. Ainda sobre o Princípio Acusatório, o mesmo pontua:

[...] para a consagração do sistema processual acusatório na linha da Constituição, mantendo a iniciativa e gestão da prova nas mãos das partes e evitando o ativismo judicial. Postula-se pela máxima eficácia do *ne procedat iudex ex officio* para a garantia da imparcialidade do julgador e do contraditório. (LOPES JUNIOR, 2016, p. 89, grifo do autor).

Assim, nesse modelo, o Democrático, o juiz fica inerte e recebe da parte incumbida, o Ministério Público – nas ações penais públicas – a carga probatória, não deslocando-se de seu local de intermediador, como no caso dos juízes de instrução, Juízes Pretores na Roma antiga; como bem preleciona na análise mais robusta no que concerne a história do Processo Penal, a obra de Khaled Júnior (2013). Assim, a figura do juiz é a expressão de alguém concebido como ignorante – ontologicamente – sobre os fatos do caso concreto; o mesmo deve ter seu conhecimento moldado por aquilo trazido pelas partes somente (LOPES JUNIOR, 2016).

Encontram-se, assim, incoerências discrepantes ao dito Princípio no Código de Processo Penal atual; tanto por má redação quanto por má doutrinação. O papel do juiz é o de garantidor; caso contrário, não haveria motivos para tal figura: já que para perseguir não é necessário um juiz, senão apenas os demais responsáveis pela inquirição, tais como Policiais e Promotores.

Visando garantir a imparcialidade, a CFRB/1988 (BRASIL, 1988) em seu Art. 95 garante ao magistrado inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios, protegendo, assim, os juízes contra ameaças nos demais poderes; proibindo, outrossim, juízos ou tribunais de exceção, como no caso do Art. 5º, XXXVII. Portanto, como forma de proteger o cidadão da autoridade judiciária consolidada, a inércia serve igualmente em relação aquele que tem interesse no processo.

³⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001.

Em determinados casos, a lei presume a parcialidade do magistrado, impondo-lhe que se afaste da causa. Tal ocorre nas situações de impedimento e suspeição. As causas de impedimento, também consideradas como ensejadoras da incapacidade objetiva do juiz, encontram-se arroladas no Art. 252 do Código de Processo Penal. Trata-se de situações específicas e determinadas, que impõe a presunção absoluta (*jure et jure*) de parcialidade. Já as causas de suspeição, rotuladas também como motivos de incapacidade subjetiva do juiz, estão previstas no Art. 254 [...] (AVENA, 2015, p. 35, grifo do autor).

Já outro exórdio à prática processual é o Princípio do Devido Processo Legal, baluarte desse, inserido no rol dos Direitos Humanos, como basilar no Direito em geral, reconhecido Internacionalmente e Constitucionalizado nas Garantias Fundamentais. Originado

[...] da cláusula do *due process of law* do direito anglo-americano, está consagrado na Constituição Federal no art. 5º, LIV e LV, estabelecendo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio, no qual assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (AVENA, 2015, p. 22, grifo do autor).

O problema que afronta de morte esse Princípio é justamente encontrado no processo onde o juiz se desloca e torna-se ator; a garantia de intermediação do Poder Judiciário por meio da imparcialidade da jurisdição com a figura do juiz natural, cai por terra. O Direito a citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação, do julgamento público em tempo hábil e razoável ao contraditório e a ampla defesa, com paridade de armas, isonomia, sempre garantindo afastamento de meios ilícitos de produção de provas, onde haja assistência jurídica e judiciária gratuita – no quê e enquanto couber – com fulcro na presunção de inocência, até que se prove o contrário, sem tratamento culpabilizante antecedente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória e esgotados todos os meios e esferas de recursos cabíveis, no plano real: não existe.

O Juiz, é verdade, nas práticas costumeiras, paralegais, metajurídicas, do judiciário brasileiro, pode-se dizer: desloca-se do seu lugar e corre atrás de provas ao invés de bater o martelo e sentenciar a extinção do processo por presunção de inocência (AVENA, 2015; LOPES JUNIOR, 2016). Dispara, num ‘estado paranoico de convicção’, o juiz, até que prove a si mesmo, por quaisquer indícios, circunstâncias, que o réu é culpado: o chamado ‘processo penal infalível’ (KHALED JÚNIOR, 2013; LOPES JUNIOR, 2016).

É por isso que os Princípios dialogam com a ferramenta do *habeas corpus*. Já no início da trama criminal, na fase pré-processual do inquérito policial brasileiro, não se tem enfatizado culturalmente, como meio de exercício da prática forense, que ninguém é obrigado a auto incriminar-se, a prestar quaisquer esclarecimentos, senão apenas declarar-se, diretamente, ao Magistrado; mesmo assim, a pouco tempo a Suprema Corte teve de julgar novamente contra a condução coercitiva, ordenada por um juiz de primeiro grau (o que será melhor trabalhado a

posteriori).

Isso sem sequer adentrar no mérito do inquérito policial, que através da criminalística, nem sempre serve aos interesses públicos, com o devido manejo na cadeia de custódia probatória (MENEZES; BORRI; SOARES, 2018). Não é raro, nas práticas forenses policiais, a coleta de provas sem a devida higiene ou mesmo desviadas do esclarecimento dos fatos; e nem sempre isso ocorre por má-fé dos agentes – na realidade, os erros acontecem quase sempre por excesso de confiança e crença supersticiosa desses.

É comum, assim, um interesse de acusação pré-fixado, previamente estabelecido pelos auspícios e supostos faros técnicos dos agentes envolvidos na investigação e desconfiados de determinados personagens, consumando uma verdade hipotética e não propriamente produzindo provas em favor, também, da defesa. Na fase policial, portanto, já se tece uma pré-concepção de possíveis responsáveis pelo delito, contudo, nem sempre embasados em evidências sólidas, senão por vezes em indícios circunstanciais; o que consolida erros humanos sem o juiz das garantias (LOPES JUNIOR, 2016).

O Princípio Processual da Prova Legal, que é também Garantia Fundamental Constitucional, defende a obtenção única e exclusiva de provas que respeitem a chamada ‘cadeia de custódia probatória’; seja durante a coleta (com a devida higiene), seja durante a valoração pré e processual penal (MENEZES; BORRI; SOARES, 2018). Para persuadir a convicção do juiz, é vedado o uso ilegal de meios de obtenção ou de produção de prova; isso quer dizer: sem que se infrinja os Direitos Humanos consagrados em Tratados, Pactos Internacionais e similares (sim, é possível arguir nesse sentido) – não apenas encontrados em nossa Lei Maior como Garantias Fundamentais.

O Princípio Processual da Persuasão Racional do Juiz é o que atualmente vigora, mas é possível dizer que no Tribunal do Júri, outrossim, o Princípio Processual do Livre Convencimento prevalece; é que o jurado não precisa se ater ao que lhe é apresentado enquanto prova, tampouco preocupar-se em fundamentos – só precisa fulcrar-se nos quesitos formulados. Assim, não pode o juiz, sem provas, culpabilizar o réu; senão apenas o inverso: mesmo frente a provas, pode o mesmo absolver, já que a apreciação dessas é fica a seu cargo, desde que fundamentando sua decisão.

O sistema acusatório, portanto, é aquele “[...] segundo o qual o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial.” (AVENA, 2015, p. 25). E contraditório judicial significa cotejo entre as partes, com uma cadeia de custódia probatória intacta; vale dizer: sem fissuras – tanto antes do processo, como durante o mesmo.

Outro pilar inerente ao Estado Democrático de Direito é o Princípio Processual da

Presunção de Inocência, inserido no Art. 5º, LVII, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988). A doutrina de Avena (2015, p. 27) destaca três momentos essenciais à dita presunção, quais sejam: na instrução processual, como presunção legal de não culpabilidade, com o devido encargo probatório a quem acusa; durante a avaliação e valoração das provas, impondo-se análise *bonam partem* quando de momento duvidoso ou fraqueza do objeto probatório; e na totalidade do percurso do processo, como referência de tratamento aquele cujo é meramente acusado, principalmente em relação a necessidade de segregação provisória em instituição prisional ou a fim, e sobre, a premência de congelamento de bens patrimoniais.

Mas há quem diga que mesmo durante o Processo Administrativo Policial, ainda que inquisitorial por natureza, esteja o Preceito insculpido. É que não pode o Policial ou Delegado e demais agentes, irromper contra suspeitos de forma ilimitada; portanto, mesmo durante o inquérito o Princípio é válido – cabendo *Habeas Corpus* nesse diapasão quando fortea fumaça do bom Direito frente a injusta causa.

Portanto, incumbe, aos Três Poderes, no exercício de suas funções, aplicar também de modo a preservar o Princípio mestre, seja o Legislativo, “criando normas que visem equilibrar o [...] Estado [...] com o direito à liberdade do acusado” (AVENA, 2015, p. 27). No Executivo, sancionando as normas; e pelo Judiciário “deixando de aplicar no caso concreto (controle difuso de constitucionalidade) ou afastando do mundo jurídico (controle concentrado de constitucionalidade) disposições que não se coadunem com a ordem constitucional vigente.” (AVENA, 2015, p. 27). O Princípio Processual da Motivação das Decisões Judiciais também é constitucionalizado e infere-se não apenas no Título Executivo Judicial, portanto dispositivo legal, relatório do caso e fundamento do ato, mas sim, sobre as decisões interlocutórias ao longo do processo.

Inscrito no Art. 93, IX, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988) e no 381 do Código de Processo Penal de 1941 (BRASIL, 1941), atribui as partes faculdade de impugnar decisão ou mesmo embargá-la a fim de maior declaração, conferindo dessa sorte à sociedade, garantia de deliberação não arbitrária por parte do Judiciário; assegurando a coerência em conformidade legal e legitimidade Constitucional, fundamentado o relatório dispositivo-sentencial. É meio formal de limitar a subjetividade do agente jurisdicional.

Motivações das decisões – A decisão do juiz é resultado de um raciocínio lógico, forte nos acontecimentos expostos no processo. O artigo 93, IX, da CF estabelece que as decisões dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas. Já o artigo 381, III, do CPP refere que a sentença conterà a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão. Como a lei não esclarece a diferença entre fundamentação e motivação, é possível se reconhecer que esta é a causa escolhida sem estar justificada, para determinar o julgamento, enquanto que aquela é o dissecamento

que justifica o decisório. A falta de fundamentação ou motivação estabelecerá atipicidade formal no decisório, sendo a ofensa à liberdade locomotiva repelida com força no artigo 648, I, do CPP. (CONSTANTINO, 2016, p. 69, grifo do autor).

O Princípio da Publicidade, que assiste ao Estado atribuir transparência a seus atos, reforça as garantias da independência, imparcialidade e responsabilidade do juiz; confere, outrossim, maiores garantias ao acusado, que por regra é inocente, até que se prove o contrário a público, evitando arbitrariedade. Com a exceção, por óbvio, das também garantias Constitucionais à intimidade, vida privada, honra e imagem, preconizadas no Art. 5º, X da CF/1988 (BRASIL, 1988), inseridas e ampliadas justamente em favor do réu no corpo do próprio CPP/1941 (BRASIL, 1941), que em seu Art. 201, diz “[...] para evitar sua exposição aos meios de comunicação.”.

Na própria CF/1988 (BRASIL, 1988), inciso LX, aliás, sopesa-se essa publicidade, que diz *in verbis*: “[...] a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem [...]”. No CPP/1941 (BRASIL, 1941), igualmente; Art. 792: “[...] se da publicidade [...] puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz [...] poderá de ofício, ou a requerimento da parte [...] determinar que o ato seja realizado a portas fechadas [...]”.

Dessa maneira, não se pode ter o processo como espetáculo midiático, coberto, omissivo, parcial, direcionado; pois o Princípio Processual da Imparcialidade pode restar comprometido. Já o Princípio da Isonomia, revisitado, apesar de similar, não se confunde com o da Igualdade; tampouco com o da Equidade.

É que a Isonomia impõe desigualdade mediante certa modulação: para os iguais, pondera-se sua igualdade; enquanto aos desiguais, mediante sua desigualdade. Já a igualdade é perante a Lei, já que todos restamos adstritos a essa, no Estado Republicano e Democrático de Direito.

Já a Equidade está mais relacionada aos julgados; vale dizer que, mesmo quando respeitados os demais Princípios da Jurisdição, da Investidura, do Juiz Natural, da Inderrogabilidade, Improrrogabilidade, Inafastabilidade, Imparcialidade, entre outros: é possível, contrariamente ao Direito, juízo de exceção. Sim, porquanto, se num processo penal, onde os fatos são estritamente idênticos a outro julgado e nesse último deu-se uma interpretação que enaltece conteúdo jurídico Constitucional, vale a máxima, igualmente, ao paciente presente; sob pena de arguição em *Habeas Corpus*, pelo menos em tese.

A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que

exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado. (MORAES, 2013, p. 112).

O Princípio Processual do Contraditório é outro dos mais importantes baluartes do Sistema Acusatório, consagrado para além da Constituição, no Direito Internacional, trata do direito de ciência de todos os atos e fatos no curso processual a ambas as partes, bem como garante manifestar-se e produzir provas necessárias antes de proferidas decisões. Esse Preceito guarda estreita relação com o também Princípio Processual da Ampla Defesa e mormente são chamados juntos; tanto é assim que são inclusive transcritos no mesmo dispositivo Constitucional, vide Art. 5º, LV (BRASIL, 1988).

Aprofundado, o Princípio Processual da Ampla Defesa traduz o dever que assiste ao Estado facultar ao acusado toda resistência possível contra à imputação que lhe fora feita; ou, caso o mesmo prefira: o silêncio, a omissão e mesmo a mentira sobre os fatos. Pode-se ir além: esse Direito de mentir – já que a obrigação de acusar é de outrem – visa garantir a perspectiva a todos por Direito de que qualquer punição não transforma os fatos *quo ante*, tampouco, necessariamente, conforma ou produz arrependimento, ou ainda, transcende para a essência individual a moralidade e ética num sistema teratológico, caótico, de disputa e violência sistêmica.

Ou seja: ninguém é obrigado a crer no Estado, já que o contratualismo é uma metáfora ficcional; ninguém é obrigado a crer na justiça, já que ela é uma criação humana inspirada nas ideias teológicas e transcendentais. Todos somos livres, quando réus no processo penal, das consequências da mentira, quando flagrada; todavia, isso não quer dizer que ser pego não vá causar prejuízo a defesa – o que ocorre é que a mentira, no processo penal, não traz punição por si mesmo.

Assim, continua o raciocínio, ninguém resta obrigado a auto incriminar-se, por conseguinte, autocondenar-se; muito menos, a punir-se. Como os sistemas e ordenamentos jurídicos são problemáticos, construídos por seres humanos, conformando privilégios, não se pode impor caráter aos indivíduos, pois a cultura e a liberdade de pensamento são protegidas por Preceitos igualmente; ainda que se possa prender, segundo nosso sistema, aqueles que, comprovadamente, não aceitam os valores sociais materializados em Leis.

O Direito à informação, *nemo inauditus damnari potest*, traduz-se em: “ninguém poderá ser julgado sem antes ser ouvido” (frise-se: caso queira pronunciar-se em juízo) e atrela-se ao

contraditório, a ampla defesa, ao Direito de ficar em silêncio e, por conseguinte, ao Princípio Processual da Audiência Bilateral; ao Direito e Preceito da prova legalmente colhida, produzida e cotejada também, entre outros tantos. Desses Direitos e Princípios florescem, aliás, o dever de prestação assistencial jurídica integral e gratuita aos que declarem hipossuficiência, insculpido no Art. 5º, LXXIV, da CRFB/1988 (BRASIL, 1988); ou ainda, o Direito de manifestação posterior da defesa, Art. 402, 403 e 534 do CPP/1941 (BRASIL, 1941).

Outro baluarte, o Princípio do *Ne Bis in Idem*, consiste na proibição de julgamento do mesmo réu, com análise de mérito, por fato outrora já apreciado pelo Judiciário; mais um dos que são internacionalmente reconhecidos. Enquanto o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, também Constitucional, caracteriza-se pela possibilidade de interposição de recursos: ordinário, especial, extraordinário e outros; permitindo, assim, a revisão de decisões judiciais.

Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; esse é o Princípio do Juiz Natural, do Art. 5º, LIII, CRFB/1988 (BRASIL, 1988). É necessária, assim, a observância de certas regras de competência, tais como a *ratione material, personae, e loci*; sendo portanto, pré-estabelecidos, antes dos delitos, juízos competentes, como Órgãos Judiciários próprios e regularmente investidos, imparciais e sobretudo: previamente conhecidos segundo as regras pré-fixadas – vedada a criação de Tribunais ou Juízos de Exceção (AVENA, 2015, p. 42).

Encontra-se também a figura do Promotor Natural, garantido na Constituição; Princípio insculpido no mesmo artigo citado alhures, já que a palavra ‘processado’, na frase, refere-se a quem processa, e esse alguém é o promotor. Em razão disso, veda-se a designação de promotor específico para caso concreto, sendo a distribuição, assim como no Judiciário, aleatória; o que não se confunde com designações genéricas prévias, quais são permitidas.

Guarda proximidade com os anteriormente aludidos o Princípio da Identidade Física do Juiz, consagrado no Art. 399 do CPP/1941 (BRASIL, 1941), que garante a vinculação obrigatória do magistrado inicial à instrução do processo até o final; onde o mesmo deverá prolar, inclusive, a decisão de sentença – cabendo arguição em *Habeas Corpus*, quando deparar-se com relativização. Já o Princípio da Legalidade, contido em todos os ramos do Direito, seja Internacional, Constitucional, Infraconstitucional, tem seu brocardo bem conhecido como “*nullum crimen nulla poena sine lege praevia scripta et stricta*”; que traduz-se em: “não há crime, não há pena, sem Lei estrita e previamente escrita”.

[...] princípio da legalidade criminal: ‘não há crime sem lei anterior que o defina’ (CP, art. 1º) – *nullum crimen sine lege*; [...] princípio da legalidade penal: ‘não há pena sem prévia cominação legal’ (CP, art. 1º) – *nulla poena sine lege*; Ambos os princípios acima estão constitucionalizados: Constituição Federal (art. 5º, XXXIX): ‘não há

crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'. [...] princípio da legalidade jurisdicional ou processual: não há processo sem lei, ou seja, ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (*nulla coatio sine lege*– CF, art. 5º, inc. LIV) ou *nemo damnetur nisi per legale iudicium*; [...] princípio da legalidade executiva: ‘a jurisdição penal dos juizes ou tribunais de justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal (LEP, art. 2º) – *nulla executio sine lege*.’ (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 23-24, grifo do autor).

Há alguns Princípios conexos ao Processo, como é o caso do Princípio da Oficiosidade, que corresponde ao poder do Magistrado de dar andamento aos atos que não tenham conteúdo decisório, sem depender, rigorosamente, da participação das partes, ou ainda, do fato da Polícia e do Ministério Público perseguirem o criminoso *ex officio*; a não ser quando o delito for vinculado aos casos de Ação Penal Privada, onde o Princípio da Oportunidade é o que norteia. Já nos casos de Ação Penal Pública, o Princípio da Indisponibilidade rege o comportamento do Ministério Público, que não pode desistir da mesma, Art. 42, CPP/1941 (BRASIL, 1941); ou de recurso qual haja interposto, Art. 576, ou ainda a Polícia, que não pode arquivar o inquérito, Art. 17 – nem quando flagrante mesmo o Princípio da Insignificância (ou Bagatela).

E dessa sorte, por fim, nos resta correlacionar os Preceitos do Direito Penal, material, ao *Habeas Corpus*; sem exauri-los. São tantos os Princípios do Direito que todos os até aqui abordados são apenas um convite a paisagem em geral.

5.1.2 Virtudes aos protagonistas na contenção do direito penal, proteção a democracia e a cidadania

Com a transição do Constitucionalismo Inglês e a posterior dispersão de seus apanágios ideológicos pela Europa Continental, a conseqüente queda do *Ancient Regime* e a assunção dos valores Iluministas, os Princípios Limitadores do uso do Aparelho Penalógico passaram a incorporar-se gradativamente nas práticas e Funções de Poder do Estado; a cultura popular de um modo geral, coadunou, sustentou e legitimou os argumentos que perpetuaram tais preceitos. Nas palavras de Bitencourt (2012, p. 47), hoje todos esses “[...] Princípios Fundamentais de Direito Penal [fazem parte] de um Estado Social e Democrático de Direito.”

Portanto, essas regras e Princípios são as bases da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, oriunda da abertura democrática pós Ditadura Civil-Militar de 1964; entretanto, resquícios longínquos, como já preterido, de Leis que perduram da Era Vargas - também Ditatorial - de 1930 a 1945, estão explicitamente em uso apesar da disparidade com o conteúdo da Lei Maior. Assim, como forma de consolidar o novo Estado Democrático de

Direito brasileiro, o

[...] direito penal, ainda que possa parecer paradoxal, não é somente punitivo, posto que também é limitativo e garantista (ou seja: está dotado de uma série de normas que regulam e limitam a cominação, a aplicação e a execução do castigo, procurando evitar o abuso ou o excesso). (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 5).

O direito penal do Estado Democrático de Direito (conjunto de normas que definem os crimes e as penas e fixam os limites do poder punitivo do Estado) não se confunde com o poder punitivo estatal (que é o exercício do *ius puniendi* de acordo com as regras e os princípios estabelecidos nas leis, constituição e tratados internacionais) nem muito menos com o estado policial (que é o exercício do poder punitivo fora ou além dos limites estabelecidos pelas normas do Estado Democrático de Direito). O poder punitivo estatal é um fato da realidade (e do direito). Quando exercido fora dos parâmetros fixados pelo Estado de Direito, ele se converte em atos policiais, passíveis de anulação e, eventualmente, de sanção. [...] Não existe Estado de Direito puro, é verdade. Todos são perturbados pelos estados policiais (em maior ou menor grau). Isso comprova que o poder punitivo é inequívoca ou tendencialmente bruto, atavicamente expansivo, animal, autoritário, arbitrário ou tirânico. O estado policial é fonte de deslegitimação dos órgãos encarregados da aplicação da lei penal. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 5-6, grifo do autor).

Isso dito, faz sentido falar em dois dos Princípios que consubstanciam um cenário Democrático, internacionalmente reconhecidos e gravados ali, em nossa Lei Maior: o Princípio da Legalidade, revisitado, e o agora enunciado, da Reserva Legal.

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos [...] fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõe [...] um princípio que controle o poder punitivo [...] que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder [...] (BITENCOURT, 2012, p. 48, grifo do autor).

Gomes, Bianchini e Daher (2015, p. 25-26, grifo do autor) fazem análise profunda e imprescindível sobre a legalidade no plano do Direito Penal, começando pela Constituição:

[...] a punição dos fatos ou agentes concretos depende de uma lei penal, não da Constituição. O poder punitivo nasce da lei. Não existe um direito fundamental da vítima de obter a condenação penal do agente que violou direitos constitucionais. Não há a legalidade invertida. A Constituição nunca pode ser fonte direta da incriminação. Sem lei aprovada pelo parlamento não existe o *ius puniendi*. [...] não poderia haver uma Emenda para prever crime ou pena. O que existe na CF são os chamados mandados criminalizantes (ou penalizantes), que são matérias em que o legislador infraconstitucional tem a obrigação de criminalizar (ou penalizar), como por exemplo: racismo (art. 5º, XLII), tortura (art. 5º, XLIII), condutas lesivas ao meio ambiente (225).

O Princípio da Anterioridade da Lei Penal também é alvorada, quando o assunto é conter o excesso de poder:

[...] *lex scripta* [...] nosso Direito pertence à [...] *civil law*, não à *common law*, isto é, entre nós, o que vale (para fins incriminadores) é o direito escrito (publicado no diário oficial), não os costumes ou apenas os precedentes jurisprudenciais. Não há crime sem lei anterior que o defina. Isso significa, desde logo, que apenas e exclusivamente a lei é que define crime no nosso país. Os costumes não servem para essa finalidade.

Tampouco a jurisprudência. Podem os costumes ser válidos para a interpretação da lei penal, particularmente em favor do réu, mas não criam crime ou pena. [...] *lex populi* [...] pode definir crime a lei formalmente discutida e aprovada pelo Parlamento [...] Somente os representantes diretos do povo é que podem deliberar sobre o proibido (preceito primário da norma incriminadora) ou sobre a sancionabilidade do fato (preceito secundário da norma incriminadora). (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 24, grifo do autor).

A “[...] *lex praevia* [...] [é] a garantia da lei prévia exprime o princípio da anterioridade que significa que a lei penal deve entrar em vigor antes e só vale para fatos que ocorram a partir dela (CP, art. 1º)”. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 31, grifo do autor). “A lei penal nova incriminadora não retroage, isto é, não alcança fatos passados. A lei dos crimes hediondos que entrou em vigor em 1990 não pôde ser aplicada para fatos anteriores.” (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 31-32).

“A Lei 12.850/13, que definiu o crime organizado, não pode aplicar para fatos anteriores. Lei nova mais favorável retroage em favor do agente (CF, art. 5º, inc. XL).” (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 32). Decrescendo infraconstitucionalmente, Gomes, Bianchini e Daher (2015, p. 26) observam que de forma incomum existe Lei Complementar que penaliza; *in verbis*: “[...] Art. 25 da LC 64/90 (Art. 25. Constitui crime eleitoral a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé [...])”.

Carvalho (2015, p. 62), aliás, é quem faz interessante crítica doutrinária sobre as codificações penais esparsas. Por ausência – ao menos explícita – do Princípio da Reserva de Código, que não se confunde com o da Reserva Legal, os legisladores brasileiros fragmentam os dispositivos cominativos de pena por Códigos de todos os matizes.

[...] *lex clara* [...] lei clara é a lei inteligível, compreensível. O legislador deve utilizar expressões que possam ser entendidas pela população. [...] De outro lado, o melhor seria que todas as leis penais fossem inseridas num só código (reserva de código), pois, desta forma, estariam todas elas organizadas sistêmica e racionalmente, resultando, por consequência, numa melhor apreensão [...] Quanto mais esparsas as leis, menos inteligíveis são. Isso conduz, em alguns casos, ao reconhecimento do erro de proibição. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 29, grifo do autor).

De uma perspectiva, essa acessoriedade do Direito Penal em dispersão por legislações diversas, causa a insegurança jurídica do desconhecimento da totalidade da Lei Penal: fulcrada no Princípio da Legalidade Estrita. Por outro lado, pode-se ver ao menos uma vantagem: se em nossa Constituição não se encontra anunciado o Princípio da Reserva de Código (frisa-se: ao menos não explicitamente), isso vale para a própria Lei Maior em si; assim, há que se falar que nosso Pacto Republicano veda, também e portanto, a punição perpétua para além do âmbito

Penal – art. 5º, XLVII, b, CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Após o breve comentário, retorna-se ao tema dos tipos de legislação, salientando que “[...] normalmente as previsões de crime estão em Leis Ordinárias, excepcionalmente em complementares.” (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 29). Mas há que se falar sobre as Medidas Provisórias, onde deixam claro:

[...] Não é lei em sentido estrito por ser editada pelo Executivo [...] não podem, conseqüentemente, descrever crime ou pena ou mesmo cuidar diretamente de qualquer aspecto punitivo penal (CF, art. 62, § 1.º, I, b). O direito penal, pelas suas implicações na esfera dos direitos fundamentais da pessoa, não pode emanar só do Executivo. A lei primeiro é aprovada pelo Parlamento. Depois é sancionada pelo Executivo [...] se a medida provisória for convertida em lei [...] sua validade se dá a partir da lei, como expressão da vontade do Parlamento, e não da data da medida provisória. Podem tais medidas, entretanto, beneficiar o réu, autorizando, por exemplo, uma determinada conduta descrita formalmente em lei penal. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 26-27).

Em relação às Leis Delegadas o “[...] Art. 68, §1º, II da CF/88 veda que [...] discipline sobre direitos individuais [...]” (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 26). E vale o mesmo ao Decreto Legislativo que “[...] é editado pelo parlamento, no entanto tem um rol de matérias específico na CF e nele não consta a previsão para atuação em seara penal.” (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 26). Tocam, igualmente, na Resolução que “[...] é editada pelo parlamento, no entanto tem um rol de matérias específico na CF e nele não consta a previsão para atuação em seara penal.” (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 26). Por fim, nessa relação de análise dos tipos de Leis, comenta sobre o Decreto-Lei, além dos Tratados e similares:

[...] muitas leis penais no nosso país foram instituídas por Decreto-Lei (o próprio Código Penal, por exemplo). Outro exemplo: Dec.-lei 3.688/41, que instituiu a Lei das Contravenções Penais. São reputadas válidas porque quando editadas o ordenamento constitucional assim permitia (STJ, RHC 5.416, rel. Adhemar Maciel, DJU de 26.08.1996, p. 29.725). [...] Coube ao STF, no HC 96.007/SP, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/06/12, DJe-027, divulgação 07/02/13, publicação 08/02/13, corrigir o grande equívoco do STJ, que admitia a possibilidade de tratado internacional (Tratado de Palermo, concretamente) definir crime no âmbito do direito penal interno. O STF, não admitindo o Tratado de Palermo como fonte normativa válida para o direito interno, respeitou a garantia da *lex populi*. A existência de um tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. A Lei 9.034/95 não definia o que se entende por crime organizado (ou organização criminosa), o que somente aconteceu com a Lei 12.850/13. Diante dessa lacuna (até o advento da Lei 12.850/13), pretendeu-se supri-la com a utilização do Tratado de Palermo, que cuida da criminalidade organizada transnacional. Era uma maneira de tentar burlar a garantia do princípio da legalidade. Afirmava-se que o referido tratado passou a vigorar no Brasil por meio do Decreto 5.015/2004, logo, assim estaria atendido o princípio da legalidade. Por vários motivos a tese não foi aceita (veja HC 96.007): (a) porque só se pode criar crime e pena por meio de uma lei formal (aprovada pelo Parlamento, consoante o procedimento legislativo constitucional); (b) o decreto viola a garantia da *lex populi*, ou seja, lei aprovada pelo parlamento (decreto não é lei); (c) quando o Congresso aprova um Tratado ele o ratifica, porém,

ratificar não é aprovar uma lei; (d) mesmo que o tratado tivesse validade para o efeito de criar no Brasil o crime organizado, mesmo assim, ele não contempla nenhum tipo de pena (argumento do ministro Marco Aurélio) e, sem ameaça de pena não existe crime; (e) o tratado foi feito para o crime organizado transnacional, logo, só poderia ser aplicado para crimes internos por meio de analogia, contra o réu, que é proibida. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 28, grifo do autor).

Como bem lembrado, a analogia não é permitida para aplicação do Código Penal; ao menos não em desfavor do réu. Mas é verdade que encontra-se doutrinas que dizem, ainda, possível a perigosa ‘interpretação extensiva’, que fere de morte o brocardo da legalidade, em sua palavra ‘*stricta*’; adágio esse, velho conhecido do Direito Penal, para a melhor dogmática jurídica:

[...] *lex stricta* [...] a lei penal restritiva de direitos fundamentais deve ser interpretada estritamente (restritivamente). O juiz não pode criar crimes, nem sequer por meio da analogia. Sendo assim, está proibida a analogia contra o réu (leia-se: *in malam partem*). Admite-se, contudo, a analogia em benefício do acusado (*in bonam partem*). Analogia significa aplicar a um caso não regulado pelo direito uma lei que foi prevista para outra situação. Onde se pune o furto ‘para si ou para outrem’ (CP, art. 155) não se pode criminalizar, por analogia contra o réu, a ‘subtração de uso’ (uso momentâneo e restituição imediata da coisa). O art. 128, II, do CP, contempla uma norma permissiva do aborto, realizado por médico, quando a gravidez resulta de estupro. Se um terceiro fizer esse aborto, preenchidos todos os requisitos legais, pode-se aplicar a norma permissiva em favor desse terceiro (aqui teríamos uma analogia *in bonam partem*). (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 31, grifo do autor).

Assim, nenhum fato pode ser considerado crime, tampouco qualquer pena possa ser imposta a qualquer pessoa sem que, anteriormente, haja Lei tipificando-a determinadamente e cominando-lhe sanção: Art. 5º, XXXIX, CFRB/1988 (BRASIL, 1988); esse é o Princípio da Estrita Legalidade, voltado ao Direito Penal. Quanto ao segundo, o Princípio da Reserva Legal, além de corolário ao anterior, é também encontrado na CFRB/1988 (BRASIL, 1988), em seu Art. 22, I, que delimita à União legislar em matéria Penal; o que depreende que aquilo que não foi tipificado pelo Estado, na figura do legislativo da União, não pode ser feito por qualquer outro, inclusive e portanto, à execução, o julgamento e a culminação da pena.

Todavia, encontra-se na gestão penitenciária uma mitigação desse Princípio, pois cada membro Federado tem uma legislação de execução penal; a Lei, assim, destoa do mandamento e garantia Constitucional, já que sua ordem é constranger a arbitrariedade através da competência privativa da União. Nessa esteira, além da própria omissão comissiva do Legislador Ordinário em relação ao Código de Processo Penal anteriormente analisado, encontramos aqui no Código Penal e em Legislações Penais Extravagantes, também, grande barreira à consubstanciação do Estado Democrático de Direito, no que tange terminologias imprecisas, vagas, amplas, abertas a interpretações diversas.

Assim, o Princípio da Taxatividade, que exprime “[...] a necessária segurança jurídica

para o sistema penal [...]” (BITENCOURT, 2012, p. 49). Salienta e elucida, os anteriormente versados e é chamado, especificamente, de Princípio da Máxima Taxatividade Legal e Interpretativa por Zaffaroni (2006, p. 206). Esse Preceito “[...] deriva da correspondente exigência, dirigida ao legislador, de determinação das condutas puníveis [...]” (BITENCOURT, 2012, p. 49).

[...] *lex certa* [...] a lei penal deve ser indiscutível em seus termos, isto é, taxativa [...] Não pode descrever o crime de forma vaga, aberta ou lacunosa. A segurança jurídica do cidadão exige precisão no texto legal, a fim de que possa ser compreendido. São contrárias à garantia da legalidade material as leis que descrevem os delitos ou restrições de direitos fundamentais de forma vaga e imprecisa, deixando nas mãos dos juízes a definição do delito (ou a definição do campo das restrições de direitos). [...] A lei penal em branco [...] não é inconstitucional se o legislador cuidou do conteúdo proibido, deixando para outra fonte normativa apenas o complemento. Ela é inconstitucional quando o legislador deixa o conteúdo proibido por conta da norma complementar. [...] *lex determinata* [...] a lei penal deve descrever fatos empiricamente comprováveis, isto é, passíveis de demonstração em juízo.[...] A legalidade estrita deve descrever condutas que sejam verificáveis, ou seja, empiricamente demonstráveis [...] (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 28-29, grifo do autor).

Como vereda do caminho, Zaffaroni (2006, p. 237-238, grifo do autor) traz dois Princípios relacionados à Tratados Internacionais e documentos similares; o da Boa-Fé e o *Pro Homine*:

A boa-fé se impõe como critério interpretativo de qualquer tratado em função do artigo 31 da Convenção de Viena: Todo tratado deve ser interpretado de boa-fé, conforme o sentido corrente que tenha de ser atribuído aos termos do tratado no contexto destes e levando em conta seu objetivo e fim. [...] O princípio *pro homine* é próprio do Direito Internacional dos Direitos Humanos e estabelece que, em caso de dúvida, se decida sempre pelo sentido mais garantidor do direito de que se trate.

Não bastariam, por si só, apenas esses; eis que, por evidente, não é só o arbítrio judicial o perigo do Direito Penal: sem o Princípio da Intervenção Mínima o Estado poderia culminar tipos penais iníquos com sanções cruéis e degradantes. Assim, a depender do caso concreto, é possível manejar em argumento *habeas corpus* com fundamento na legitimidade legal; sendo, a partir dessa delimitação, o conteúdo das normas penais incriminadoras: selada a *ultima ratio legis* (BITENCOURT, 2012; p. 51- 52).

[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques a bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. (BITENCOURT, 2012, p. 52).

Gomes, Bianchini e Daher (2015, p. 14) qualificam, a partir desse, um sub- Princípio, o da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos:

O direito penal não serve para a tutela da moralidade, de funções governamentais, de uma ideologia, de uma religião etc. É sua missão tutelar os bens jurídicos [...] como a vida, a integridade física, a liberdade sexual, o meio ambiente etc. Ademais, por conta do princípio da intervenção mínima [...] somente os bens jurídicos mais relevantes devem ser objeto de proteção do direito penal (não sendo relevante o bem jurídico, não se justifica uma intervenção tão drástica do Estado, como é a que acontece por meio do direito penal). Os bens jurídicos de menor monta podem ser objeto de proteção de outras esferas do direito, como o comercial ou o civil. O adultério, por exemplo, foi retirado do campo penal (Lei 11.106/05), por se entender que a exigência de uma relação monogâmica entre o casal não era matéria de relevância penal.

Eis que surge, também, outra benesse da acessoriedade do Direito Penal, agora sim, principiológica: o Preceito da Fragmentariedade; subjacente aos demais, garante a *ultima ratio judice*:

[...] portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio [...] O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. (BITENCOURT, 2012, p. 52).

Rege-se consorte ao tempo, onde a entrada em vigor e a cessação da sua vigência são as arraias de sua eficácia: esse é o âmago do Princípio da Irretroatividade da Lei Penal, que nada impede à eficácia do Princípio da Retroatividade da Lei Benigna, em conformidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Humanidade; isto é: a Lei que figurar em *bonam partem* poderá retroagir. É a chamada ultratividade da Lei Penal, insculpida Constitucionalmente no Art. 5º, XL (BRASIL, 1988); também reconhecida internacionalmente pela Jusfilosofia.

Todavia, há que se dizer que Leis Temporárias, Excepcionais, ou Especiais, mesmo *malam partem*, têm ultratividade caso contrário, não teriam eficácia (BITENCOURT, 2012, p. 55). Fato é que hoje, há certa banalização no uso das atribuições de Poder que configuram verdadeiro obstáculo à consecução dos Princípios e Garantias Fundamentais Constitucionais e Internacionais; o Estado de Exceção passou a ser corriqueiro, permitindo dizer que é quase a própria regra normal, a todo momento na realidade brasileira – *a posteriori* trabalhada no subtítulo do Estado de Sítio.

Já o Princípio da Adequação Social, legitima a tipificação somente de condutas que tenham uma certa relevância, caso contrário não poderiam ser delitos. Deduz-se, portanto, que há condutas que por sua normalidade, adequação, naturalidade e baixa lesividade no meio social, não podem ser criminalizadas (BITENCOURT, 2012, p. 55).

A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e

pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica. (BITENCOURT, 2012, p. 55-56).

Já em consonância ao capítulo anterior, mencionando o Princípio da Insignificância, também chamado de Bagatela, seu adágio é a *minima non curat non praetor* e guarda extrema importância – *Habeas Corpus* contra a irrelevância do delito. Os Crimes de Perigo Abstrato podem ser obstados ou ao menos mitigados pelo Princípio da Ofensividade, que versa sobre o “[...] perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido [...]” (BITENCOURT, 2012, p. 59).

[...] o Princípio da Ofensividade não se confunde com o Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, segundo o qual não compete ao Direito Penal tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos; como *ultima ratio*, ao Direito Penal se reserva somente a proteção de bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento da coletividade. A diferença entre ambos pode ser resumida no seguinte: no Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, há uma séria limitação aos interesses que podem receber a tutela do Direito Penal; no Princípio da Ofensividade, somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano. (BITENCOURT, 2012, p. 61, grifo do autor).

Ainda quanto ao Princípio da Ofensividade, esse apresenta duas funções em dois planos diferentes: a primeira é Político-Criminal, de caráter preventivo-informativo, na medida em que antecede e garante a prática legiferante; já a segunda, tem o jaez interpretativo-dogmático, especialmente ao intérprete legal, ao hermenêuta (BITENCOURT, 2012, p. 60).

A norma penal existe para tutelar um bem jurídico relevante e sem ofensa a esse [...] não há delito ([...] tipicidade material) [...] o crime exige [...] desvalor da ação: a realização de uma conduta valorada negativamente e geradora de um risco proibido; [...] desvalor do resultado: afetação do bem jurídico que a norma pretende tutelar. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 35).

[...] *nulla lex sine iniuria* [...] a lei penal deve utilizar sempre verbos que retratem uma ofensa ao bem jurídico: ‘matar’, ‘subtrair’, ‘constranger’ etc. Deve descrever com clareza a forma de ataque a esse bem. Essa garantia emana do princípio da ofensividade (não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado). O princípio da ofensividade (que alguns autores chamam de lesividade), por sua vez, faz parte da tipicidade material, que tem pertinência dentro da concepção tridimensional da tipicidade que seguimos [...] Todas essas dimensões de garantia emanadas da legalidade criminal valem inclusive para as medidas de segurança [...] Valem ainda (*ipsis litteris*) para as contravenções penais (Decreto Lei 3.688/41), que são espécies de infração penal. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 32, grifo do autor).

Mas é pelo Princípio da Culpabilidade que imputamos o crime a alguém, entretanto:

[...] o Direito Penal primitivo caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, isto é, pela simples produção do resultado. Porém, essa forma de responsabilidade objetiva está praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo, vigendo o princípio

nullum crimen sine culpa. (BITENCOURT, 2012, p. 61, grifo do autor).

O Princípio da Responsabilidade Subjetiva se atrela nesse sentido.

Não existe responsabilidade penal objetiva no direito penal, isto é, o agente que se envolveu num fato ofensivo a bens jurídicos só pode por ele ser responsabilizado penalmente se agiu com dolo ou culpa. Ninguém pode ser punido pela mera causalidade, tampouco por fatos fortuitos. É indispensável o envolvimento pessoal do agente (um ato de vontade) para que haja responsabilidade penal. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 41).

Por conseguinte, envereda o Princípio da Responsabilidade Pessoal, que alinha-se à culpabilidade e à subjetividade:

Não existe no direito penal responsabilidade coletiva (todos os membros de uma torcida organizada, por exemplo), societária (no âmbito das empresas) ou familiar, ou seja, não há a responsabilidade penal por fato de outrem (nas Ordenações Filipinas existia a pena de infâmia até a quarta geração do condenado e foi isso precisamente que ocorreu com Tiradentes e sua família). Não é possível responsabilizar todo um grupo de pessoas, se somente um deles foi o responsável pelo fato. Era abominável a chamada responsabilidade solidária ou sucessiva na antiga Lei de Imprensa (que foi julgada não recepcionada pelo STF). Quando o autor de um artigo estava fora do país, responsabilizava-se o editor do jornal. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 39).

A culpabilidade, portanto, é fenômeno valorativo social; uma qualidade atribuída a ação do indivíduo vinculada causalmente – e não casualmente – ao resultado maleficioso sobre o bem jurídico no caso concreto, depois, é claro, de perpassar todo o *iter* da Teoria do Delito na prática processual penal. Dessa forma, “[...] não há uma culpabilidade em si, individualmente concebida, mas uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade, propugnando-se, atualmente, por um fundamento social, em vez de psicológico, para o conceito de culpabilidade.” (BITENCOURT, 2012, p.62).

Então, enquanto ao maior de idade, dotado de plena capacidade, a culpabilidade é o fundamento à pena, ao menor de idade, portanto inimputável, o fundamento do afastamento social (a velada prisão) é a Medida Socioeducativa; ao inimputável (por vezes ao semi também), por conseguinte, o fundamento é o afastamento a Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (o velho, mas mascarado, Manicômio Judicial), ou o Hospital Psiquiátrico particular, ou ainda, a quaisquer Instituições similares, tais como as Comunidades Terapêuticas. Nesse diapasão, o Princípio da Individualização da Pena cabe para espairecer a questão da culpabilidade:

A idoneidade ou adequação da pena exprime-se por meio de dois subprincípios: da individualização e da personalidade da pena. Em relação ao princípio da individualização da pena (CF, art. 5.º, XLVI) importa pôr em destaque os seus três níveis: momento da cominação, da aplicação e da execução. Todos fazem parte do princípio da proporcionalidade (aliás, são expressões dele). Da cominação da pena (ou seja: previsão *in abstracto* da pena no tipo legal) quem se encarrega é o legislador, que

deve cominar penas proporcionais em cada caso. Um homicídio não pode nunca ter pena idêntica a um furto. Um crime doloso não pode ter pena paritária à modalidade culposa e assim por diante. Quem individualiza a pena no momento da aplicação é o juiz, observando os critérios (judiciais) do art. 59 do CP (culpabilidade do agente, antecedentes, motivação, circunstâncias do delito etc.). Quem individualiza a execução é tanto o juiz como o próprio pessoal que integra o sistema penitenciário. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 50, grifo do autor).

A primeira função, portanto, do Princípio da Culpabilidade é a análise do caso concreto pelo cotejo dos fatos trazidos a juízo; a vinculação do nexa causal entre a ação do indivíduo e o resultado ao bem jurídico lesado e penalmente tutelado, de acordo – estrito – às elementares típicas gravadas, previamente, em Lei legítima, consonante ao Direito Constitucional e Internacional Público. Analisa-se, também, a capacidade do agente: seja em relação a sua psique ou idade, sua potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa; faltando quaisquer desses ao longo do processo, não há pena a se aplicar – cabendo *Habeas Corpus*.

Pode-se dizer também, que para aferir-se quantitativamente a pena o Princípio serve, já que num crime, por exemplo, pode haver mais de um autor, cada qual com responsabilidade diversa; assim, nessa “[...] acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, de acordo com a gravidade do injusto.” (BITENCOURT, 2012, p. 62). Entende-se a culpabilidade, igualmente, como conceito contrário à responsabilidade objetiva, vedada no Direito Penal; ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível sem que tenha havido dolo ou culpa.

Nessa direção, Zaffaroni (2006, p. 232) traz o Princípio da Intranscendência da Pena, onde diz:

O estado de polícia estende a responsabilidade a todos que cercam o infrator, pelo menos por não terem denunciado sua atividade, e considera sua família perigosa, porque seus membros podem vingá-lo. Tais características se acentuam nos delitos que afetam a existência do estado, que no estado de polícia se confunde com o governo. Por isso, por meio do terror incentiva a delação e consagra a corrupção do sangue. [...] Daí o fato de nossa Constituição prescrever que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado’ (art. 5º inc. XLV CR). Entretanto, essa transcendência do poder punitivo na direção de terceiros é, de fato, inevitável: a comunicação, o conhecimento, a estigmatização, a queda dos rendimentos etc., são todos efeitos que inevitavelmente alcançam a família do simples acusado e mesmo outras pessoas. Nossa legislação contém poucos dispositivos no sentido de atenuá-los, como, por exemplo, o auxílio reclusão [...] Um efeito transcendente da prisionização [...] é a privação de relações sexuais, que deixa ao cônjuge ou companheiro não-institucionalizado a opção entre abstinência ou dissolução do vínculo afetivo. Outra transcendência está no vexame da revista imposta às visitas dos presos, a pretexto de segurança. [...] É particularmente intolerável a transcendência do poder punitivo quanto à própria vítima, sempre atingida pelo confisco do conflito sem ver-se contemplada sequer com um modelo verdadeiro de solução. A trajetória da criminalização secundária pode incrementar a lesão provocada pelo delito, naqueles casos em que a vítima se vê obrigada a alegar seu alheamento ao fato, diante do risco de serem revelados publicamente dados de sua intimidade etc.

Além desse, o Princípio da Necessidade Concreta da Pena pode influir mesmo depois do iter processual culminado pela culpabilidade:

Depois de constatada a culpabilidade do agente, que é o primeiro fundamento da pena, impõe-se ao juiz verificar a sua necessidade concreta, nos termos do que dispõe o art. 59 do CP (o juiz deve aplicar a pena suficiente e necessária para a prevenção e reprovação do crime). O perdão judicial é um exemplo de desnecessidade da pena (CP, art. 121, §5º; 129, §8º; 140, §1º, I e II, entre outros). A bagatela imprópria (baixíssima culpabilidade, constatação de uma ‘pena natural’ – sofrimento desproporcional em razão do fato praticado – etc.) constitui outro exemplo. O Princípio da Inderrogabilidade da pena (ao mal do crime o mal da pena) não é absoluto. Em alguns casos o legislador possibilita o perdão judicial. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 50).

Por outra perspectiva, a desnecessidade da Pena é “[...] mais uma manifestação da fragmentariedade do direito penal [...] (também chamado de irrelevância penal do fato). Quando o fato não é necessitado de pena, como é o caso do perdão judicial ao pai que mata o filho em acidente de carro, não pode incidir o castigo penal.” (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 19). E além desses, como argumento para *Habeas Corpus*, o Princípio da Suficiência da Pena Alternativa é também importante barreira ao uso desmedido do aparato de repressão Estatal:

[...] se a pena alternativa é suficiente, não se deve impor a pena de prisão. A locução pena alternativa, aqui, está sendo utilizada em sentido amplo. Significa, portanto, uma pena efetivamente alternativa (como o é a aplicada na transação penal) ou uma pena substitutiva (CP, art. 43 e ss.). De qualquer maneira, havendo alguma medida menos onerosa, ela deve contar com a preferência do juiz, se suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Isso é o que está dito com clareza no art. 59 do CP: o juiz aplicará a pena conforme seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Mesmo em crime hediondo ou equiparado (como é o caso do tráfico de drogas), se a pena alternativa é suficiente, é ela que terá incidência [...] (BRASIL³⁸, 1990, p. 1 apud GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 52-53).

O Princípio da Proporcionalidade está também insculpido em nossa Constituição (BRASIL, 1988); o encontramos no Art. 5º, XLVI, onde versa sobre a individualização da pena. No seguinte, veda a assunção de determinados meios de sanção, enquanto que nos incisos XLII à XLIV, que determinam penas maiores a crimes tidos hoje como hediondos e de lesa humanidade, também é perceptível (BITENCOURT, 2012, p. 64).

O Princípio da Proibição do Excesso, corolário a esse, resta quase que descartado junto ao da Humanidade da Pena, já que a atual Lei do Abate, também chamada de Lei do tiro de Destrução, nº 9.614/1998 (BRASIL, 1998), pautada na Guerra às Drogas, os escamoteia; traz à tona, contra a Garantia Fundamental da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pena de morte e pior: sem o qualquer processo prévio. Segundo Carvalho (2016, p. 100-101), pasmem, essa

³⁸ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Planalto**, Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

Lei tem ‘selo de qualidade’ da Casa Branca; tamanha a configuração daquilo que a tempos a melhor doutrina percebe e denomina de Política Criminal Transnacional.

Apesar de atrelados, o Princípio da Proporcionalidade não se confunde com o da Razoabilidade; segundo Bitencourt (2012, p. 66), o aludido preceito emana da *common law* Norte Americana, enquanto o anterior, da tradição Germano Românica. Assim, a razoabilidade “[...] é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum.” (BITENCOURT, 2012, p. 66). Portanto, ‘excesso’ pode configurar abuso de poder, mesmo em consonância à legalidade – passível *Habeas Corpus*.

[...] *lex rationabilis*: nos dias atuais, se a justiça é o valor-meta do Estado Democrático de Direito é absolutamente inatendível o velho brocardo que diz: *Lex quanvis irrationabilis, dummodo sit clara* (a lei, ainda que irracional, sendo clara, tem de ser aplicada). O que deve imperar (no vigente Estado de Direito) é exatamente o contrário: a lei irracional não deve ser aplicada, porque inconstitucional. Nesse caso, aplica-se a Lei Maior, para negar validade à inválida lei ordinária. O STJ (no HC 239.363) declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, parágrafo 1º-B, inciso V, do Código Penal (por se tratar de pena sem razoabilidade). A pena do delito de venda de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. Trata-se de pena totalmente irracional (quase o dobro do homicídio, no patamar mínimo). No caso, após o esvaziamento do preceito secundário do delito, o STJ determinou que a reprimenda cabível seria a do art. 33 da lei 11.343/06 (5 a 15 anos). No voto proferido no RE 635.659-SP (20/8/15) o min. Gilmar Mendes, admitindo a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (que pune com sanções penais quem porta drogas para uso pessoal), com base na doutrina e na jurisprudência da Alemanha, bem sintetizou as atuais exigências emanadas do princípio da proporcionalidade. Seu voto faz contraponto com o RE 430.105 (rel. min. Sepúlveda Pertence, 24/4/07), que admitiu apenas a despenalização (infração com caráter penal, sem pena de prisão) do porte de drogas para uso pessoal, sem chegar na descriminalização. (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 29-30, grifo do autor).

Gomes, Bianchini e Daher (2015, p. 21) trazem além, o Princípio da Materialização ou Exteriorização do Fato, *nullum crimen sine actio*, pelo qual

Ninguém pode ser punido pelo que pensa (mera cogitação) ou pelo modo de viver. Só responde penalmente quem realiza um fato descrito como crime ou contravenção penal (direito penal do fato). Está proibido punir alguém pelo seu estilo de vida, ou seja, está vedado o chamado direito penal de autor, que pune o sujeito não pelo que ele fez, mas sim, pelo que ele é. A lei penal não pode punir o agente pelo que ele é, sim, pelo que ele faz (o direito penal do fato não se coaduna com o direito penal de autor). As pessoas não podem ser punidas pelo que são (judeus, [...] ociosas, bruxas, hereges, inimigos do povo etc.). O direito penal de autor conduz ao estado policial, que favorece as concepções autoritárias ou totalitárias do poder punitivo [...] A exacerbação do valor da reincidência [...] constitui outra fonte de ilegitimidade do direito penal, assim como a ideia de periculosidade (que é usada para a decretação de prisões preventivas).

Detalhe importante em relação ao Princípio em tela é que o mesmo serve para Crimes Omissivos:

[...] porque a exteriorização da conduta acontece ou por meio de uma ação (crime

comissivo) ou por intermédio da omissão (crime omissivo). A forma omissiva (não fazer o que a lei determina) é maneira de exteriorização de uma conduta penalmente relevante. O princípio da materialização do fato não pode ser entendido só em sentido naturalístico; ele conta com sentido jurídico e abrange tanto a ação como a omissão. O médico que deixa de prestar socorro a um paciente ferido que está dentro do hospital exterioriza uma conduta omissiva punível [...] Ainda em virtude do princípio da materialização do fato, quando não há conduta humana penalmente relevante (não é penalmente relevante, p. ex., condutas praticadas sem consciência [...]), não há que se falar em crime. A conduta humana voluntária é o primeiro requisito (formal) do fato típico; sem ela, não há que se falar em crime [...] (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 21).

Outro baluarte é o Princípio da Proibição do Regresso, ou Vedação do Retrocesso, do chamado de Efeito *Cliquet*:

Nos países que aboliram a pena de morte, ela não pode ser restabelecida (Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 4.º, 3). A Constituição brasileira atual (de 1988), em virtude do princípio da proibição de regresso [...] salvo o caso de guerra declarada, não permite a pena de morte ou qualquer pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, a e b). Lei ordinária nesse sentido não só violaria o art. 4º, 3, da Convenção Americana, como também a própria Constituição (seria inconstitucional e inconveniente, portanto). Propor ou estimular qualquer debate sobre a pena de morte no nosso país, portanto, significa só incrementar o sensacionalismo e a manipulação do estado emocional do povo, iludindo-o com um ‘produto’ vedado e reconhecidamente discriminatório (basta lembrar que em toda história da pena de morte, decretada judicialmente fora dos momentos revolucionários, raríssimos foram os casos de execução de alguém com alto status social). (GOMES; BIANCHINI; DAHER, 2015, p. 5).

Nesse sentido, o Catedrático Zaffaroni (2006, p. 243-244) apresenta o Princípio do Saneamento Genealógico:

No direito penal histórico acham-se múltiplas racionalizações contrárias ao princípio republicano, à ética, ao estado de direito e aos Direitos Humanos, quando não apresenta argumentos aberrantes (sexismo, racismo, discriminação e preconceito em geral). [...] Essa carga ideológica representa a genealogia do tipo penal, que se pesquisa por meio da comparação (direito penal comparado) e da história (contexto de poder originário). [...] O objetivo da investigação genealógica dos tipos penais é descobrir os perigosos componentes daquele degredo para o estado de direito, bem como facilitar um depurado trabalho interpretativo dos mesmos. Em uma dogmática penal que persiga um objetivo político preciso, não basta, como primeiro passo, uma análise exegética do texto, se não for ela acompanhada do necessário rastreamento de sua genealogia, que ponha a descoberto os componentes originais de estado de polícia, que devem ser cuidadosamente neutralizados na construção.

Assim, segundo o Princípio do Respeito Histórico ao Âmbito Legal do Proibido,

[...] lei é um texto [...] pressupõe um contexto, tanto discursivo quanto social. Embora o texto permaneça o mesmo, o âmbito do legalmente proibido se transforma, tendo em vista a contínua transformação do contexto, porque qualquer produto da atividade do discurso humano deriva sua forma e seu significado da situação social em que aparece a fala[...] (ZAFFARONI, 2006, p. 211).

O que permite ampliar argumentações contra o velho, mas ainda presente, Código de Processo Penal; principalmente em relação a recepção de certos dispositivos ou de trechos desses

– o remédio pode se encaixar.

Um tipo penal não pode arvorar-se em instrumento de indiscriminada criminalização; o legislador não profetiza, esgotando-se seu poder na disciplina legal daquilo que conhece. [...] O respeito ao âmbito real do proibido se impõe na legalidade porque, ao contrário, a simples omissão das agências políticas ampliaria fantásticamente as proibições: o punitivo é um âmbito que as agências políticas só podem planificar e aumentar mediante lei, e a omissão daquelas diante de mudanças significativas no contexto cultural ou tecnológico não pode ser interpretada como renúncia à sua função, como uma espécie de delegação aos juízes para fins de ‘atualização’ legal constitucionalmente inadmissível. A criminalização primária se estabelece por ação – jamais por omissão – das agências políticas. (ZAFFARONI, 2006, p. 212).

E chegando ao penúltimo pertinente, nessa seleção não exaustiva, o Princípio da Humanidade é reconhecido Constitucional e internacionalmente. Primeiro, indiretamente em nossa Lei Maior (BRASIL, 1988), no Art. 1º, III, que enaltece o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, portanto, vinculado a esse; diretamente, no Art. 5º, incisos XLIX e XLVII, que estipulam os tipos de pena e vedam a aplicação de medidas cruéis e degradantes.

O princípio da humanidade do Direito Penal é o maior entrave para adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade. (BITENCOURT, 2012, p. 67).

Por fim, em consonância ao antecedente, o Princípio da Superioridade Ética do Estado:

O estado não é titular de um direito penal subjetivo, porque toda pena é uma renúncia à solução de um conflito mediante sua suspensão, levada a cabo com um alto grau de arbitrariedade. O cerne de irracionalidade do exercício desse poder verticalizador não tem outra explicação a não ser a descrição fática de um acontecimento político. Sua irracionalidade é inversamente proporcional à dificuldade de solucionar o conflito: quanto mais disponível for a solução, mais irracional será o confisco da vítima. O estado polícia, contido pelo estado de direito, tende a enfraquecê-lo, multiplicando as intervenções punitivas desnecessárias, com desprezo pelas vítimas, esgrimindo uma suposta eficácia que nunca se verifica. [...] À medida que o estado de direito cede às pressões do estado de polícia, encapsulado em seu seio, ele perde racionalidade e enfraquece sua função de pacificador social, mas ao mesmo tempo perde nível ético, porque acentua a arbitrariedade da coação. Porém, à margem desse declínio moral relativamente frequente, o certo é que o estado perde por completo sua eticidade quando legitima formas de coação que ferem a ética de modo direto e inquestionável. O estado de direito, embora nem sempre seja ético, implica uma aspiração de eticidade, ao passo que o de polícia refuta por inteiro todo limite dessa natureza, de vez que sua única fronteira é a medida de seu poder. Por isso, o estado de polícia não tem nível ético distinto do estado explicitamente criminal, mantendo com este apenas uma diferença quantitativa, jamais qualitativa. A renúncia estatal aos limites éticos dá lugar à sua ilegitimidade e conseqüente carência de títulos para exigir comportamentos adequados ao direito por parte dos cidadãos. Isso acontece quando se pretende racionalizar um poder exercido aberrantemente. A perspectiva de todo estado de polícia é sempre a guerra civil. (ZAFFARONI, 2006, p. 243).

Assim, com as raízes teóricas fixadas, é possível pautar-se *habeas corpus* com

argumentos profundos e de sentido sistêmico. Ainda que esses não sejam os únicos Preceitos que se possa elencar, já são o bastante para o ingresso na doutrina do *writ*, propriamente.

6 NOÇÕES DOGMÁTICAS DO WRIT

O que não deixa dúvidas ao estudioso do direito inglês é que a carta de 1215 foi a pedra inicial do novo estado de coisas, para a Inglaterra, para as nações-filhas e para o Homem. Por onde se vê – advertiu-nos Thomas Carlyle – que essa Inglaterra do século do rei João não era país de sonhos, povoado de fantasmas vaporoso, *dream-land peopled with mere vaporous fantasies*, e de doutrinas abstratas; mas terra cheia de homens que tinham alma – verdade, que eles sabiam e conforme a qual conduziam as próprias ações [...] Sendo o direito processo de adaptação social, há de conservar a adaptação adquirida. (CARLYLE³⁹, 1910, p. 65 apud MIRANDA, 1972, t. 1, p.13, grifo do autor).

Quando busca-se entender melhor o instituto do *Habeas Corpus*, chega-se a um momento em que conceituá-lo tecnicamente, por vários ângulos e segundo as melhores doutrinas, é o mesmo que elevá-lo a um patamar de máxima eficácia. Por isso, em que pese posições diversas, a seleção presente tem respaldo e oferece aportes a prática forense. Machado (2009⁴⁰, p. 658 apud CONSTANTINO, 2016, p. 21, grifo do autor) define o *habeas corpus* como sendo “um instrumento ou garantia do direito de liberdade de locomoção no espaço físico, o que compreende o direito de ir, vir e ficar (*jus manendi, ambulandi, eundi, ultra citroque*).”. “Nesta esteira, é possível se concluir que o *habeas corpus* é uma ação constitucional, que instrumentaliza a proteção da liberdade de locomoção da pessoa humana.” (CONSTANTINO, 2016, p. 21, grifo do autor).

Outro fragmento interessante é o que traz Ramos (1998⁴¹, p. 19 apud CONSTANTINO, 2016, p. 21); segundo ele, o *habeas corpus* é “[...] uma ação penal pela qual se exerce o controle de constitucionalidade, do direito de locomoção quando há abuso do poder e há ilegalidade, ferindo o princípio constitucional [...]”. Assim, “[...] facilmente se observa, o *habeas corpus* é um remédio de Direito Processual Constitucional, destinado a tutelar a liberdade de locomoção, o direito de ir, vir e ficar, o *ius manendi, eundi e veniendi, o ius manendi, ambulandi, eundi ultra citroque*.” (MOSSIN, 1997, p. 58, grifo do autor).

Portanto, desde que a restrição ou perigo de restrição ao direito subjetivo de ir, vir e ficar resulte de ilegalidade ou abuso de poder, o *writ of habeas corpus* é o instrumento constitucional apto a remover a coação ou sua ameaça. Logo, a Magna Carta, tendo em consideração sempre o insopitável desejo de liberdade individual, principalmente quando ilegalmente coarctado ou ameaçado de sê-lo por ilegalidade ou abuso de poder a ela deu proteção maior e o fez, há de se deixar assente, com plena razão e lógica de direito. (MOSSIN, 1997, p. 58, grifo do autor).

Importante, igualmente, o artífice observar, no teor semântico filológico das palavras

³⁹ CARLYLE, Thomas. **Past and present**. [London]: [Chapman and Hall], [1843?], p. 65.

⁴⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 658.

⁴¹ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **Remédios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: WVC Ed., 1998, p. 19.

que compõe a Lei Maior, o enunciado que impinge certa técnica jurídica. Em sua exposição – hermenêutica literal – diz Azevedo (1958⁴², p. 369-370 apud MOSSIN, 1997, p. 59, grifo do autor) que:

[...] violência ou coação são palavras equivalentes palavra sinônimas: assim as consideram os autores, assim as registram os léxicos. Na lei, entretanto, não há palavras inúteis. Não bastasse essa regra de hermenêutica, no texto constitucional se encontra entre *violência ou coação*, a conjugação alternativa – *ou* –. Cumpre, pois, aprofundar a pesquisa, mesmo porque inadmissível seria que o legislador se tivesse utilizado da sinonímia, apenas para dar mais ênfase à frase. Indagando a origem etimológica das duas palavras, verifica-se que *violência* vem do latim, de *violentia*, substantivo, de *violentus*, adjetivo, cuja raiz é *vis*, força, força física. *Vim vi repellere*, Cícero, – repelir a força pela força. *Coação* nasceu de *coactio, onis*, do verbo *coactare, coacto, as, vis, actum, are*, com a significação de obrigar, constringer, violentar. *Coacto* (português) originou-se de *coactus, a, um* – particípio passado do verbo *cogo*. Traduz-se por impelido, atirado, arrojado, empurrado. *Vi coactus portu*, Cícero, – pela força, arrastado para o porto. Feita essa comparação e constatado o emprego da conjunção alternativa – *violência OU coação* – parece que não será celebrina a interpretação: por violência se entenderá o emprego de força física, *vis*, para dominar o paciente, para privá-lo, pela força, de sua liberdade de locomoção, para conduzi-lo, vencendo sua resistência, violência física, A coação seria a mesma, ou qualquer restrição, ou limitação a liberdade de ir e vir, à qual o paciente se sujeitaria sem necessidade do emprego de força física, material. Imposição de autoridade, coação moral. Em síntese: não importa o nome, prisão, detenção, condução compulsória. Importa o lugar onde; não-é preciso que o coacto se encontre retido sob chaves do carcereiro, em cadeia pública, atrás das grades de uma cela. A autoridade pode procurar burlar a lei sujeitando o paciente à permanência no próprio domicílio, ou numa sala de delegacia, ou num quartel, ou até mesmo nos salões dourados do Palácio do Governo. O que traduz a coação é o ato de impedir que o paciente use livremente de sua liberdade de se transportar para onde lhe aprouver. É a restrição efetiva, real, material, física da liberdade de ir e vir. A imposição de uma vontade alheia à vontade do paciente, tolhendo-se, privando-o do uso *ius libertatis*, do exercício do direito de locomoção.

Precisa Miranda (1972, t. 1, p. 28, grifo do autor) que “Liberdade pessoal, aí, é (e será sempre) a liberdade de locomoção, *the power of locomotion*, a liberdade física: *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*.”. Vai além: “A liberdade física perde em que se confunda com outros direitos. A aplicação do direito, para ser boa, se não perfeita, exige prévia precisão de conceitos.” (MIRANDA, 1972, t. 1, p. 29, grifo do autor).

O texto constitucional é de indubitável clareza, não dando margem, absolutamente, à divergência de interpretações. A palavra violência exprime a *vis corporalis*, a violência física ou material, implicando na agressão física, no atentado material ou no emprego da força indispensável para que a pessoa não tenha liberdade corpórea, seja constringida fisicamente. Por seu turno, a coação implica na violência moral, na *vis compulsiva*, que pode ser decorrente da ameaça, do medo ou da intimidação. Em se cuidando da tutela constitucional da liberdade corpórea tem-se que atribuir à violência ou coação um sentido e inteligência bastante abrangentes, colocando-se em sua esfera de incidência qualquer tipo ou modalidade de conduta positiva ou negativa que seja capaz e suficiente de imprimir um freio antijurídico ao *ius manendi, eundi e veniendi*. Assim, embora no cerne a violência tenha sentido abrangente compreendendo a física (material) ou moral (psicológica), o legislador constitucional para dar melhor ênfase

⁴² AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. **Curso de direito judiciário penal**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 369-370.

ao Texto Magno, usou expressamente os termos violência ou coação, procurando não permitir que se lhe dê inteligência restritiva. Logo, para o Diploma Magno, o amparo à liberdade física é devido, quer a ação ou ato decorra de violência física, quer provenha de violência moral. O que basta para o direito constitucional é que sem causa legal, independentemente da forma com que o ato de violência seja praticado, a liberdade física não seja obstaculizada ou ameaçada de sê-lo. Ao lado da violência ou da coação relativamente à liberdade física do indivíduo, o legislador constitucional pressupõe a existência da ilegalidade ou abuso de poder. (MOSSIN, 1997, p. 60, grifo do autor).

Outro apontamento pertinente faz, novamente, o insigne Miranda (1972, t. 1, p. 73-74, grifo do autor), ainda que tratando de cumprimento de sentenças, pois aqui não resta deslocado, quando interpretado num sentido que concerne ao respeito às Leis e ao Controle de Constitucionalidade do Judiciário; onde diz:

[...] a afirmativa se impõe. [...] Nomeia juízes o rei [no brasileiro caso, o Executivo]; mas a jurisdição dêles é obra da lei. *The appointments of the judges is by the king; their jurisdiction, by the law.* Tal foi e é a máxima Inglesa [retratando o espírito histórico e teórico das funções de poder, costumeiras por lá; legalistas por aqui].

E continuando nesse sentido, agora por Mossin (1997, p. 60-61, grifo do autor), cujo retrata o papel do judiciário e do legislativo, na *civil law*, ao avaliar as autoridades a seu julgo e comando subordinadas:

A ilegalidade a que se refere o legislador constitucional deve ser estendida a todo o ato ou ação que se promova contrariamente ao que está instituído em lei, ou que seja excedente ao seu teor. Assim sendo, a ilegalidade pode traduzir a arbitrariedade, quando se revela um excesso de autoridade ou a prática de ato abusivo ou não autorizado legalmente. Enfim, a ilegalidade é a demonstração do que está em oposição à lei. Portanto, desde que o ato coativo ou ameaçado de sê-lo, em sentido amplo, não encontra parâmetro ou suporte [...] é ele ilegal, passível de ser corrigido pelo remédio heroico do *habeas corpus*, o qual se eleva, também à condição de *mandamus* de índole constitucional. Há de se deixar assente que o uso da palavra ilegalidade no texto constitucional sob consideração se revela bastante prudente, além de jurídico, porquanto se a supressão da liberdade física ou corpórea do indivíduo tem suporte ou lastro legal, como raia pelo óbvio e cala pela evidência, não há de se falar em constrangimento ilegal. É o que se dá com as várias formas de prisões autorizadas pela Constituição Federal (art. 5º, inciso LXI).

“O agente público, nele se incluindo qualquer autoridade, independentemente do campo de sua atuação, deve pautar-se pela legalidade, nos amplos termos preconizados pelo art. 37 da Constituição Federal.” (MOSSIN, 1997, p. 61). Avança pelas palavras de Tucci (1978⁴³, p. 44 apud MOSSIN, 1997, p. 61, grifo do autor) que anuncia o abuso de poder como “[...] atividade descognitiva da lei; enquanto ilegalidade revela ação ou inação ao arrepio desta, com o abuso de poder o ato é praticado como se a lei não houvesse, vale dizer como se a autoridade legislasse e criasse uma situação não prevista nem autorizada anteriormente [...]”.

⁴³ TUCCI, Rogério Lauria. **Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 44.

O conceito de abuso de poder atribuído por Coqueijo Costa no âmbito do mandado de segurança pode também ser empregado no campo do *writ of habeas corpus*, eis que o mesmo há de ser uniforme em ambas as áreas, não podendo conter direcionamento jurídico diverso, assim se entendendo que ‘haveria abuso de poder dada a incompetência do agente para a prática do ato, ou a atuação deste, em nome da lei, mas por ela não autorizado ou dela extralimitando ou distorcendo seu intuito’ (COSTA⁴⁴, 1982, p. 41 apud MOSSIN, 1997, p. 61-62, grifo do autor).

Em linhas gerais, esse é o conceito abstrato do *writ*. Agora vale adentrar nas suas minúcias.

6.1 SUA NATUREZA, EFICÁCIA, LEGITIMIDADE, POSSIBILIDADE, INTERESSE, CABIMENTO, IMPETRAÇÃO, REQUISITO; A PROVA DO DIREITO E SEU RITO

A natureza jurídica – importante perspectiva a se conhecer do *habeas corpus* – segundo Constantino (2016, p. 22, grifo do autor) é entendida “[...] não como direito público subjetivo, mas com índole de garantia constitucional, já que protege a liberdade ambulatorial do indivíduo e vem prescrito na Carta Política. Como toda pessoa humana faz *jus* [...] é necessário que exista instrumento capaz de garantir a satisfação deste direito.”. Continua Pontes de Miranda⁴⁵ (1972, p. 56 apud CONSTANTINO, 2016, p. 23, grifo do autor), que diz:

O pedido de *habeas corpus* é [...] prestação jurisdicional em ação [...] A ação é preponderantemente mandamental. Nasceu assim o instituto. Os dados históricos no-lo provarão. Não se diga (a errônea seria imperdoável) que se trata de recurso. A pretensão não é recursal. Nem no foi e nem no é. É ação contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir. Talvez contra a autoridade judiciária. Talvez contra o tribunal.

“Já Sidou reconhece o *habeas corpus* como um feito autônomo, sendo um ‘indesculpável erro técnico’ sua classificação como recurso.” (SIDOU⁴⁶, 1998, p. 103 apud CONSTANTINO, 2016, p. 23, grifo do autor). Enquanto Azevedo⁴⁷ (1958, v. 2, p. 365-367 apud MOSSIN, 1997, p. 69-70, grifo do autor) preleciona que

Colocado entre as garantias individuais, ao lado do mandado de segurança, criado pela lei ordinária para proteção de direitos privados, o *habeas corpus* é um remédio de direito destinado a tornar efetiva a garantia de liberdade. Sua conceituação permite denominá-lo, em linguagem vulgar, recurso. Mas não admite, em texto de lei o emprego de uma expressão com sentido consagrado, senão em harmonia com a

⁴⁴ COSTA, Coqueijo. **Mandado de segurança contra ato jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: LTR, 1982, p. 41.

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas-corpus**: direito constitucional e processual comparado. 7. ed. corr. e melh. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

⁴⁶ SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 103.

⁴⁷ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. **Curso de direito judiciário penal**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 365-367.

técnica. E, no sentido técnico, o *habeas corpus* não é recurso. No lugar certo e oportuna ocasião, mostrou-se que o sentido jurídico da expressão recurso é o da provocação a novo exame da espécie já apreciada pela primeira sentença [...]. O recurso, empregado o termo no sentido técnico pressupõe uma sentença. É o meio de uma espécie *sub-ius* a uma nova apreciação. Uma de suas características é a preclusão, isto é, trata-se de um direito outorgado à parte interessada, a qual deve usar dentro de prazo predeterminado. Se a parte dele não utilizar dentro desse prazo, decai, e sua inércia tem a significação de conformidade: a sentença passa em julgado, seguindo-se a execução. Outra característica do recurso: somente a parte vencida, no todo, ou parcialmente, e interessada na reforma da decisão, pode recorrer. Para intervir no processo crime são necessárias certas qualidades. Não se admite a intromissão de qualquer pessoa. O recurso é sempre endereçado à autoridade judiciária superior àquela de quem partiu a decisão recorrida. Uma vez interposto, não se admite repetição, nem com o mesmo, nem com diverso fundamento. Bastam estes característicos do recurso para demonstrar o quanto difere do *habeas corpus*. Para sua interposição, não há prazo; pode ser impetrado a qualquer tempo. Embora a sua finalidade seja beneficiar o paciente, pode ser requerido por ele mesmo ou por qualquer do povo. Não se exige seja o impetrante parte no processo, nem mesmo se impõe a necessidade da existência de uma ação penal. Não importa a forma da prisão: ainda que decorra de autoridade competente, o seu fundamento único e geral é o da ilegalidade da prisão. Não deixará o pedido de ser tomado em consideração por já ter sido denegado: poderá ser repetido, sem limite, pelo mesmo, ou por diverso impetrante, com o mesmo ou diverso fundamento. Conclusão: embora incluído entre os recursos, no Código de Processo Penal, pela sua índole jurídica é antes uma ação penal especial. Deve-se considerar vencedora a tese da pluralidade da ação penal: impetra-se à justiça penal a prestação jurisdicional do Estado, com outros objetivos além da acusação que pleiteia a condenação do infrator da lei penal.

Greco Filho, ensina que o *habeas corpus* é uma verdadeira ação, ainda que tenha por objeto impedir coação ilegal da própria autoridade judiciária. Refere, ainda, que recurso é um pedido de reexame de uma decisão, dentro de um processo; no caso do *habeas corpus*, o pedido é autônomo e se desenvolve em procedimento independente. (GRECO FILHO⁴⁸, 1989 apud CONSTANTINO, 2016, p. 24, grifo do autor).

Já Gusmão (1942⁴⁹, p. 578 apud CONSTANTINO, 2016, p. 24, grifo do autor) afirma

ser

[...] ação *sui generis*, ou em forma mutilada, valendo em relação a ele os princípios relativos ao direito de petição, quanto aos pressupostos, e os de ação, quanto aos demais. Daí, a natureza mista deste remédio, incompatível com a simples caracterização de recurso, embora muitas vezes assumida esta feição, como meio de impugnação a despacho, provimento ou sistema ilegal.

Para nós, o *habeas corpus* é ação, pois possui as mesmas condições de existência de uma. Ademais, sua provocação, ao exercício da atividade jurisdicional, não concorre com a finalidade de reexaminar, mas, de examinar ofensa à liberdade de ir, vir e ficar do indivíduo, razão que não fica adstrito à prazo ou à preexistência de processo. (CONSTANTINO, 2016, p. 24, grifo do autor).

Traz à baila Greco Filho (1991⁵⁰, p.391-392 apud MOSSIN, 1997, p. 69, grifo do autor) a discussão a esse mesmo respeito,

⁴⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁴⁹ GUSMÃO, Sady Cardoso. **Código de processo penal**: breves anotações. Rio de Janeiro: Jacinto, 1942, p. 578.

⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 391-392.

[...] da natureza jurídica do *habeas corpus*, se recurso ou ação autônoma. Hoje, todavia, dominante é o entendimento de que a impetração é verdadeira ação, ainda que tenha por objeto impedir coação ilegal da própria autoridade judiciária. Recurso é um pedido de reexame de uma decisão, dentro um processo; no caso do *habeas corpus*, o pedido é autônomo, e se desenvolve em procedimento independente. A pretensão do paciente é a correção da violência à liberdade, que pode ou não decorrer de um processo, mas não se submete aos seus trâmites procedimentais.

Considerando que o *habeas corpus* é uma ação para examinar ilegalidade alegada sobre o direito de locomoção, temos que se trata de uma ação de conhecimento com rito sumariíssimo. E, como tal, poderá carregar carga de eficácia cautelar (amplo sentido), constitutiva, declaratória, mandamental e, até, condenatória. (CONSTANTINO, 2016, p. 24, grifo do autor).

Para Marques (1965⁵¹, v. 4, p. 379-380 apud MOSSIN, 1997, p. 68-69, grifo do autor) o *writ of liberty*

[...] seria o pedido de reivindicação de liberdade quando lesado o *ius libertatis*, ou de proteção à liberdade, quando esta se encontre ameaçada de lesão. No entanto, como esse pedido deve ser feito em juízo, há uma ação de *habeas corpus*, a qual se instaura um processo de igual home, caracterizado especificamente, pelo procedimento sumariíssimo, através do qual movimenta a instância e seus atos se sucedem coordenadamente. Sob o ângulo estritamente processual, o *habeas corpus* não pode qualificar-se como recurso, embora assim o conceitue o Código de Processo Penal. No entanto a pretensão do *habeas corpus* como pedido de proteção à liberdade de ir e vir, violada ou ameaçada por órgão do poder público, qualquer que ele seja poderia ser denominada desse modo, pois que se dirige contra ato de autoridade: no *habeas corpus* a pretensão de liberdade consiste em exigir-se que o *ius libertatis* prevaleça sob o *imperium* estatal para subordinar-se, dessa maneira, ao interesse de liberdade do indivíduo, o poder de supremacia do Estado. A pretensão de liberdade ao consubstanciar-se no pedido de *habeas corpus*, é um recurso, no sentido jurídico-material da expressão, pois se dirige contra ato do Estado. Mas como esse pedido é levado a juízo para que o Poder Judiciário, aplicando a lei penal ou processual penal, resolva o litígio decorrente da resistência do Estado à pretensão de liberdade, o pedido mencionado é conteúdo de uma verdadeira ação, visando obter sentença sobre os interesses em conflito, como instrumento (isto é modo) destinado à aplicação do Direito, através do Judiciário, no exercício de sua função específica, que é a tutela jurisdicional.

Avançando, agora pela análise da eficácia, propriamente, adentra Constantino (2016, p. 25, grifo do autor) nas questões pertinentes e correlatas a suposta cautelaridade da ação; já que pode-se falar em ‘fumaça do bom Direito’ e no ‘perigo da demora’:

[...] a ação cautelar [...] é aquela que possui ligação [...] com outra ação [...] e poderá ser promovida para inaugurar a lide [...] restando [...] subordinada ao processo de conhecimento, ou [...] promovida na dependência [...] de cognição, sempre que seu objetivo for o de proteção, mas sem satisfazer a pretensão exposta.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1999⁵², p. 346 apud CONSTANTINO, 2016, p. 25, grifo do autor) defendem a tipologia bipartida, distinguindo as tutelas; aduzindo que o *writ*

⁵¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 379-380.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 346.

enquadra-se melhor como preventiva e não cautelar, porque

[...] não se deve confundir tutela preventiva com tutela cautelar ou antecipatória: esta tem caráter instrumental e visa a assegurar o próprio processo, razão pela qual o provimento que a concede tem caráter provisório; na tutela preventiva, ao contrário, ocorre uma verificação prévia do direito, em face da urgência do remédio postulado, mas a providência judicial adotada assume o caráter de definitividade. Nessa última situação enquadram-se o *habeas corpus* e o Mandado de Segurança preventivos, pois para a concessão desses remédios o órgão jurisdicional resolve completa e definitivamente sobre direito aplicável à hipótese noticiada [...]

Contudo, não nos parece preciso dizer que [...] tenha carga de eficácia cautelar ou esta característica. É que a ação de *habeas*, que se reflete em processo para conhecer a ilegalidade apontada, é autônoma e possui efeito satisfativo e não meramente provisório, pois sua pretensão é a definitiva cessação da ofensa à liberdade de locomoção. (CONSTANTINO, 2016, p. 25, grifo do autor).

Um exemplo [...] com carga constitutiva é aquele que resulta no desfazimento da sentença transitada em julgado, face à nulidade absoluta [...] com carga declaratória é aquele que resulta no reconhecimento da existência de uma causa de extinção da punibilidade [...] mandamental é aquele que resulta na expedição de alvará de soltura. (CONSTANTINO, 2016, p. 25-26).

[...] o artigo 653 do Código de Processo Penal prevê: ‘Ordenada a soltura do paciente em virtude de *habeas corpus*, será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação.’ Ora, forçosamente é de se reconhecer, então, a existência de um único caso de ação de *habeas corpus* com carga condenatória. Ou seja, frente à responsabilidade da autoridade coatora junto ao pagamento de custas, por ter a mesma agido com astúcia ou excesso. (BRASIL⁵³, 1941, p. 1 apud CONSTANTINO, 2016, p. 26, grifo do autor).

Em todos os casos, qualquer indivíduo, em tese, tem a capacidade e poder para usar-se do *remedium juris*. A forma é multifacetária, pois, é possível ser promovida através de qualquer meio que permita descrever os fatos e o direito-fim: a liberdade de locomoção injustamente extirpada.

Assim, o requerimento de *habeas* segue tanto no molde tradicional (em papel), como no meio virtual (internet), alcançando até admitidas formas extravagantes (em lençol de cama, em metro de papel higiênico, etc.). [...] Por esta razão, se antes já se admitia a impetração da ordem por fax, telegrama, radiograma ou telex, é possível hoje se conhecer a ordem requerida por telefone, e-mail, entre outros. E veja-se que os Tribunais já possuem meios virtuais à disposição, sendo que em alguns, inclusive, já não há mais possibilidade de se promover distribuição física do requerimento (impetração através do sistema/internet). (CONSTANTINO, 2016, p. 90, grifo do autor).

A impetração do remédio heroico não se trata de atividade privativa de advogado, pois o artigo 1º, § 1º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), dispõe que ‘Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal’. (CONSTANTINO, 2016, p. 32, grifo do autor).

Não é necessário que ao lado da referência da *causa petendi* o impetrante exponha

⁵³ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Planalto**, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

dispositivos da lei, já que não se exige conhecimento técnico [...]. Porém, facilitará a compreensão do julgador a narrativa clara sobre o ocorrido e o que se pretende com a ordem, já que se constituem em elementos formais próprios de um petítório. (CONSTANTINO, 2016, p. 92, grifo do autor).

Contudo, não se pode confundir a pessoa capaz de impetrar a ordem, com seu exercício da função pública. Veja-se que o Ministério Público, defensor da ordem jurídica (artigo 127, CF) e com capacidade postulatória, vem legitimado para impetrar a ordem, inclusive pelo próprio artigo 654, *in fine*, do CPP, além do artigo 32, I, da Lei nº 8.625/93 (Orgânica Nacional do Ministério Público). Já o Juiz, não. É que o Magistrado não possui capacidade postulatória e a concessão de *habeas* de ofício se revela como próprio dever funcional do Estado-Juiz (artigo 654, § 2º, do CPP). Outrossim, o Delegado de Polícia não poderá ser impetrante, pois não desfruta da atividade postulatória. Porém, destaca-se que indivíduo que é Juiz ou Delegado de Polícia poderá impetrar a ordem de *habeas* em sua condição de cidadão. (CONSTANTINO, 2016, p. 33, grifo do autor).

Mas há que ter-se em vista o interesse do paciente, que deve vir em primeiro lugar; por isso entende Constantino (2016, p. 33, grifo do autor) “[...] que o impetrante deve comungar sua ação aos interesses do paciente, pois existem situações em que a impetração do *habeas corpus* pode ter reflexos negativos ao paciente, inclusive no âmbito de sua linha de defesa.”. E ainda adverte “[...] que não se pode confundir impetração de *habeas* com interposição de recurso [...]” (CONSTANTINO, 2016, p. 36, grifo do autor), já que o remédio é ação, inclusive utilizável em ataque colateral ainda no inquérito policial, antes mesmo da constituição de relação processual judicial, propriamente dita; por isso não é meramente recurso – apesar da péssima redação do Código de Processo Penal brasileiro, que assim o define.

De nosso lado, entendemos que, se alguém tem direito à ação de *habeas corpus*, outrossim faz *jus* aos direitos existentes nesta ação, entre os quais o de recorrer contra decisão que lhe é desfavorável. E se a ação de *habeas* não reclama procuração, não é de se exigir este instrumento ao recurso interposto, até porque quem pode mais pode o menos. (CONSTANTINO⁵⁴, 2010 apud CONSTANTINO, 2016, p. 37, grifo do autor).

“Veja-se que esta importância não se traduz em obrigatoriedade, pois a não juntada de procuração não prejudicará o *habeas corpus*, até porque não há como impedir que alguém, na condição de cidadão, impetre a ordem.” (CONSTANTINO, 2016, p. 36, grifo do autor). E “[...] se o impetrante for advogado, ou mesmo outra pessoa com capacidade postulacional, não haverá necessidade de [...] lhe outorgar procuração.”. (TOURINHO FILHO⁵⁵, 1995, p. 446 apud CONSTANTINO, 2016, p. 36, grifo do autor).

O pedido de *habeas corpus* deve ser formulado por escrito, em língua portuguesa, e conter o que prescreve o artigo 654, § 1º, do CPP: a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação (o paciente) e o de quem exercer a

⁵⁴ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Recursos criminais, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 446.

violência, coação ou ameaça (o coator); [...] b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor; [...] c) assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências. (BRASIL⁵⁶, 1941, p. 1 apud CONSTANTINO, 2016, p. 92-93, grifo do autor).

Mas há uma crítica que se pode fazer: alguns tribunais pedem procuração como requisito de admissibilidade, quando o impetrante é advogado; e há jurisprudências conflitantes – tanto aquelas que julgam como aquelas que não conhecem da ação. Pode-se fazer uma segunda crítica também: pessoas analfabetas ou incapazes precisam que alguém assine o *habeascorpus* a elas, o que, outrossim, inibe a potência do remédio em situações de vulnerabilidade social; nos casos de menores indevidamente submetidos a medida socioeducativa ou a pessoas tratadas como incapazes (ou semi), delegadas a medidas de segurança, igualmente (entre outros).

Trata-se da identificação mais perfeita possível do paciente e do coator, de forma a dar eficácia à ordem. Por certo, a ausência do nome completo do paciente não impedirá o *habeas*, desde que exista indicação segura de quem ele é, tal como prenome, alcunha, descrição física, endereço, profissão, etc. Já com relação ao coator, a referência ao seu exercício público, seja até de natureza militar, ou sua atividade nos casos dos particulares, será necessária (até para assegurar a competência), não sendo essencial a identificação pelo nome de batismo. [...] Não se admite o pedido apócrifo ou anônimo, até porque não se pode crer em quem age às escondidas. No caso do analfabeto, alguém deve assinar a seu rogo, pois é impossível a impetração apenas com a impressão digital. Outrossim, deve-se indicar as respectivas residências ou lugares em que possam ser encontrados o impetrante ou o assinante. Se o meio de impetração não permitir a coleta da assinatura, é fundamental que a impetração venha autenticada pelas formas digitais e legais. (CONSTANTINO, 2016, p. 92-93, grifo do autor).

O juiz, em nome da proteção ao direito fundamental de locomoção, esforçar-se ao máximo para a compreensão do petítório, podendo até agir de ofício ou ordenar a intimação do impetrante para que supra alguma deficiência, antes de julgar prejudicado o pedido de *habeas*. (CONSTANTINO, 2016, p. 93, grifo do autor).

“E nesta esteira, segue a possibilidade do julgador, frente à petição que não contenha os requisitos legais, provocar diligências e até requisitar informações à autoridade apontada como coatora.” (CONSTANTINO, 2016, p. 94, grifo do autor).

Sobre a possibilidade ou não de se converter o julgamento em diligências, a fim de se colher maiores informações, é de se destacar que muito embora a lei se silencie sobre esta situação e, evidentemente, a conversão não seja indicada para procedimento simples e sumário, é de se lembrar que a tutela à liberdade de locomoção obriga a promoção de esforços excepcionais, razão que é possível se admitir a conversão do julgamento em diligências quando necessário. (CONSTANTINO, 2016, p. 98).

Há ainda, quem procure o remédio para indagar sobre Direito dos Animais; matéria

⁵⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Planalto**, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

importante e atual, todavia: “Os animais irracionais não podem integrar a relação jurídica na qualidade de sujeito de direito, mas, apenas, de objeto de direito, razão que não se tem admitido a equiparação com o ser humano.” (CONSTANTINO, 2016, p. 35). Já dizia Miranda (1972, t. 1, p. 5), aproximando o homem de sua natureza primeva que “Tão relevante, tão fundamental, para o homem, para o animal que, com o fazer-se livre, se criou como “homem”, é a liberdade de ir, ficar e vir, que na alvorada do direito sobre [sic] habeas-corpus, já se punha em cima, já se alçava, melhor diremos, ao plano do direito constitucional, com o caráter de pretensão pré-processual e [...] processual [...]”.

E quanto a pessoas jurídicas, explana Constantino (2016, p. 35) que “[...] se o indivíduo buscar remover, transferir, mudar, deslocar, transladar o ente ideal e for impedido ilegalmente, por certo o remédio cabível, em se tratando de ofensa ao direito líquido e certo, será o mandado de segurança.”. É que não vigora mais, há muito, a já abordada ‘Doutrina brasileira do Habeas Corpus’, pois a várias Constituições o remédio residual do *mandamus* assumiu o páreo no lugar do *writ of liberty*; assim, não há mais que se falar, tampouco confundir-se pessoa jurídica com a pessoa humana e mais: o Direito de liberdade de locomoção, com liberdade *latu sensu*, a qual o *writ* enfoque dessa pesquisa não mais protege.

Quem “[...] administra empresa, a gestiona, enfim, o indivíduo que se relaciona com a empresa (sócio, diretor, gerente, etc.) e tem liberdade de locomoção [...]” é protegido pelo *habeas corpus*, mas não a pessoa jurídica. (CONSTANTINO, 2016, p. 35, grifo do autor). Já adentrando no próximo tópico importante, o

[...] legitimado passivo no *habeas corpus* chama-se coator, pois é ele o responsável pelo constrangimento, ou risco [...] ao direito de ir, vir ou ficar do paciente. Não se deve confundir o coator, ou seja, aquele que firma a coação, com o detentor, quem possui o indivíduo, ou com o executor, quem cumpre a ordem ilegal. (CONSTANTINO, 2016, p. 37-38, grifo do autor).

O *habeas corpus* só é cabível quando o coator exerce função (*latu sensu*) pública. A coação exercida por um particular configurará o de cárcere privado (CP, artigo 148) ou de constrangimento ilegal (CP, artigo 146), ou de ameaça (CP, artigo 147), e as providências contra o coator devem ser pedidas a polícia. (TORNAGHI⁵⁷, 1989, p. 388 apud CONSTANTINO, 2016, p. 39, grifo do autor).

Frisa-se: doutrina essa não majoritária; tanto é que usa-se o remédio na área trabalhista, sem que haja o caráter criminal – apesar do remédio ter o âmago voltado a área em tela. Assim, há que se falar, apesar da perspectiva contrária de Tornaghi, que se “[...] admite o particular como coator. É que o Código de Processo Penal, ao reger o *habeas corpus*, não afasta,

⁵⁷ TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 388.

expressamente, a de o coator ser particular. E mais, o artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal tanto utiliza as expressões *abuso de poder* como *ilegalidade* [...]” (CONSTANTINO, 2016, p. 39, grifo do autor). “Em termos de autoridade coatora, a diversidade é ampla. O Escrivão de Polícia, o Delegado de Polícia, o Oficial de Justiça, o Juiz de Direito, o Tribunal e até o próprio Ministério Público podem ser apontados como coator.” (CONSTANTINO, 2016, p. 38).

Como regra, será possível juridicamente o pedido de *habeas corpus* sempre que estiver vinculado à tutela do direito de locomoção. Quando ausente ofensa ao *jus manendi, eundi e veniendi*, outros remédios deverão ser promovidos [...] Com relação ao pedido, a condição jurídica à sua interposição obriga a existência de uma pretensão para objurgar a ofensa direta ou indireta à liberdade locomotora, sem qualquer exceção legal impeditiva. Já no que tange à causa de pedir, a mesma deve vir [...] à cristalina ausência de justa causa, relacionada com a ilegalidade. (CONSTANTINO, 2016, p. 43, grifo do autor).

Basta que seja evidente o Direito do paciente, por isso a expressão ‘líquido e certo’, que apesar de consolidado, merece a crítica interessante de Sidou⁵⁸ (1998, p. 142 apud CONSTANTINO, 2016, p. 50) que diz: “É sem dúvida uma locução ao mesmo tempo pobre, redundante e vaga.”. Nesse sentido, completa as palavras de Barbi⁵⁹ (1997, p. 49 apud CONSTANTINO, 2016, p. 50, grifo do autor), cujo remonta a origem da expressão, qual, segundo ele, “[...] não foi criada pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário. Limitaram-se eles a buscá-la na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde a introduzira Pedro Lessa, ao tempo da formulação da doutrina brasileira do *habeas corpus*, e para aplicação a este.”.

É que quando se diz sobre direito líquido e certo o que realmente se busca explicitar é aquele direito que se apresenta de forma manifesta na existência, delimitado na extensão e comprovado de plano. Significa dizer, o direito visualizado imediatamente e incontroverso. (CONSTANTINO, 2016, p. 50, grifo do autor).

“Por esta razão é que, em ocorrendo controvérsia ou *quaestiones facti* de alta indagação, resta impedido o *habeas* e será cabível recurso ordinário ou outras medidas que admitem exame profundo.” (CONSTANTINO, 2016, p. 50, grifo do autor).

E não poderia ser diferente, pois sendo o *habeas corpus* uma ação impugnativa autônoma com processamento simples e sumário, jamais poderia absorver matéria de difícil complexidade. E neste sentido se tem entendido que resta inadmissível o *habeas* face aos seus estreitos limites. (CONSTANTINO, 2016, p. 50, grifo do autor).

Avança, Constantino (2016, p. 48, grifo do autor), pelo interesse de agir, que se exprime

[...] com a existência de uma ofensa contra a liberdade de locomoção do indivíduo. E

⁵⁸ SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 142.

⁵⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 49.

resta vinculado à necessária obtenção de providência jurisdicional do Estado para afastar a ilegalidade. Nesta esteira, é possível se depreender a existência de dois interesses: um primário e outro secundário. O interesse primário reflete-se no aspecto substancial, ou seja, a pretensão em afastar a lesão ao direito. Trata-se do interesse que quer proteger o direito existente. Já o interesse secundário está jungido à efetiva providência jurisdicional, cabível para tutelar o interesse primário. Revela-se como o instrumento jurídico, ou seja, o próprio *habeas corpus*. Desta forma, resta o interesse de agir, seja primário ou secundário jungido ao afastamento, e sua efetividade, da liberdade de locomoção. [...] Logo, não havendo constrangimento, na sua forma concreta ou iminente de violência ou coação, ou risco de constrangimento à liberdade locomotora no molde da possibilidade, inexistirá o interesse de agir. E, outrossim, se a ofensa à liberdade não existe mais, ou seja, se já restou cessada a ilegalidade à liberdade de deambular, evidentemente faltará interesse de agir e o julgamento do *habeas corpus* restará prejudicado.

Já o “[...] procedimento do *habeas*, [em si,] cujo processamento terá prioridade no julgamento sobre os demais feitos, é célere. E não poderia ser diferente, quando se trata de instrumento para afastar a violação à liberdade locomotora.” (CONSTANTINO, 2016, p. 104, grifo do autor). “Nesta esteira, é possível se admitir a sumariedade e simplicidade, como características principais do procedimento de *habeas corpus*.” (CONSTANTINO, 2016, p. 104, grifo do autor).

Com relação ao procedimento e seu desenvolvimento, é necessário exame no regimento interno de cada tribunal para evitar equívocos. No Supremo, o *habeas* vem redigido a partir do artigo 188 do regimento interno. Já no Tribunal Superior, o *habeas corpus* vem estatuído a partir do artigo 201 do seu regimento. No Tribunal de Justiça gaúcho, o *habeas* vem descrito nos artigos 273 e seguintes do regimento interno. No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o *habeas* vem a partir do artigo 211. (CONSTANTINO, 2016, p. 105, grifo do autor).

Alguns autores

[...] acrescentam, ainda, ao procedimento do *habeas* a característica da generalidade, ou seja, que incluiu a totalidade já que tem sua extensão ampliada. Vale dizer que a abrangência *habeas* atinge um universo amplo de alcance, a ponto de tanto a autoridade como o particular serem objeto de controle judicial no que tange a legalidade. (CONSTANTINO, 2016, p. 104, grifo do autor).

Conforme Constantino (2016, p. 105, grifo do autor), é “[...] possível se traçar, de forma pedagógica, mas não definitiva, o procedimento do *habeas* frente ao juízo singular [...]” da seguinte forma:

- 1 – Distribuição do pedido para o julgador, o qual, recebendo, decidirá imediatamente sobre a liminar, se houver. (Forte no artigo 656 do CPP, poderá, se o paciente estiver preso, ser determinada a sua apresentação ao juízo, em data e local [...])
- 2 – O juiz requisitará informações ao apontado como coator. (Destaca-se que a lei refere a faculdade da requisição aos *habeas* impetrados nos tribunais. Artigos 662 e 664 do CPP.)
- 3 – O juiz dará vista ao Ministério Público para parecer. (O Decreto-Lei nº 552/69, artigo 1º e lei orgânica do Ministério Público nº 8.625/93, em seu artigo 41, III, estabelece vista dos autos a ser julgado pelas turmas ou câmaras.)
- 4 – Por fim, o juiz sentenciará, observando os ditames do artigo 381 do CPP.

(CONSTANTINO, 2016, p. 106).

No item 3, novamente defronta-se com a chamada ‘intimação do Ministério Público’ para ‘parecer sobre a ilegalidade a que ataca o *habeas corpus*’; legalidade essa, de outro lado, que o próprio *custus legis* tenta sustentar, já que acusador. Assim, ultrapassando o espaço próprio de fala dessa instituição no processo penal, o Ministério Público, na Lei ultrapassada brasileira, teria o poder de metamorfose entre *fiscalia* e acusador, como se pudesse assumir papéis diferentes num mesmo procedimento.

Um mito que perdura no processo penal inquisitorial, velado como misto, sob os auspícios da fiscalização da Lei, que afinal e a cabo: adere a vertente autoritária. É de deixar-se claro, todavia, que na nova Constituição, onde o devido processo penal é aquele que instaura culpabilidade pelo modo acusatório, a defesa fala por último.

Com relação ao parecer do Ministério Público, inexistente previsão legal para determinar a intervenção [...] em *habeas corpus* dirigido ao juiz singular. Contudo, admite-se ser do direito consuetudinário a abertura de vista ao Promotor de Justiça para parecer junto ao *habeas corpus* impetrado. Já nos tribunais estaduais e federais existe previsão legal que determina vista do *habeas corpus* ao Ministério Público (Decreto-Lei nº 552/69, artigo 1º e lei orgânica do Ministério Público nº 8.625/93, em seu artigo 41). (CONSTANTINO, 2016, p. 97, grifo do autor).

Data venia, no Processo Penal, forma é segurança contra incriminação por conveniência: seja do poder abusivo; seja dos ‘auspícios de faro técnico’. Portanto, resta mais assertiva as doutrinas de alta Constitucionalidade que cobrem o Processo Penal sob o manto do Direito Fundamental: a ampla defesa e o contraditório – e no *accusatio*, do modelo Democrático, a defesa fala por último.

E para além disso, é de se atentar, o defensor, ao pedido de intimação para a sessão de julgamento do *habeas*, para o juízo de primeiro grau e para o tribunal, já que, apesar do ideal, o anúncio de que o remédio deve ser julgado na sessão seguinte, na realidade, é letra morta. A Súmula nº 431 do STF (BRASIL, 1964, p. 1), inclusive, prescreve que “É nulo o julgamento de recurso criminal, na segunda instância, sem prévia intimação, ou publicação da pauta, salvo em *habeas corpus*.”.

Ocorre que tal preceito deve ser mitigado nos casos delonga no processamento do *mandamus*, pois é razoável a promoção de cientificação para não se compelir que o impetrante passe a frequentar todas as sessões do colegiado à espera do julgamento de seu interesse. E nesta esteira, já se entendeu que em longo transcurso entre a conclusão dos autos e o julgamento, é necessária a intimação do impetrante. Outrossim, nos casos de requerimentos expressos, já se nulificou julgamento por ausência de intimação, para permitir a sustentação oral. (CONSTANTINO, 2016, p. 105, grifo do autor).

Adentrando no tema da prova na ação de *habeas corpus*, diz-se que essa deve estar pré-

constituída; todavia “[...] nada impede uma análise axiológica mais rigorosa. Quando o tema assim compelir (exemplos: padrões de valores, legislações antigas...)” (CONSTANTINO, 2016, p. 62, grifo do autor). Dizem Cunha e Silva (1990⁶⁰, p. 77-78 apud CONSTANTINO, 2016, p. 62) que: “[...] por vezes haverá um juízo de valor por parte do magistrado para estabelecer que, malgrado a aparência de legalidade, inexistente justa causa para o constrangimento.”.

Porém, não basta o exame solitário da motivação, sem, outrossim, o exame da prova da justa causa. Conforme Foppel e Santana: ‘[...] a afirmação da existência ou não de justa causa para a persecução penal não é possível sem o exame de prova. E se o *habeas corpus* se presta a trancar a investigação ou a ação penal carente de lastro probatório mínimo (justa causa) é insofismável a necessidade de apreciação da prova existente.’. (FOPPEL; SANTANA⁶¹, 2012, p. 60 apud CONSTANTINO, 2016, p. 62, grifo do autor).

“O processo de *habeas corpus* não possui fase própria para instrução probatória. Por esta razão que a prova do *mandamus* deve vir pronta, acostada ao petitório e com capacidade de evidenciar os aspectos fáticos e jurídicos alegados.” (CONSTANTINO, 2016, p. 95, grifo do autor).

Considerando que a cognição do *habeas* é sumária, pois inexistente etapa de produção de provas, é importante destacar que o exame judicial no ambiente do *mandamus* ocorrerá de imediato, em face da prova pré-constituída, e não através [...] da dilação probatória e comum ao tema controverso. (CONSTANTINO, 2016, p. 96, grifo do autor).

Logo, como o processamento do *habeas* não possui contraditório e se caracteriza pela simplicidade e sumariedade, é essencial a presença de uma prova acabada. Diferente disto, em havendo cursivo instrutório, por certo haveria também retardamento procedimental, algo incompatível com o dinamismo necessário para solver a pretensão de tutela à liberdade de locomoção. (CONSTANTINO, 2016, p. 95, grifo do autor).

“Como o *habeas corpus* direciona-se para garantir a liberdade da pessoa humana, seu cabimento é amplo. Conforme Feinman, serve para todos os propósitos que desafiem um encarceramento.” (FEINMAN⁶², 2014, p. 342 apud CONSTANTINO, 2016, p. 51, grifo do autor). Para Foppel e Santana⁶³ (2012, p. 60 apud CONSTANTINO, 2016, p. 53):

[...] a afirmação da existência ou não de justa causa para a persecução penal não é possível sem o exame de prova. E se o *habeas corpus* se presta a trancar a investigação ou a ação penal carente de lastro probatório mínimo (justa causa) é insofismável a necessidade de apreciação da prova existente.

⁶⁰ CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas corpus no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1990, p. 77-78.

⁶¹ FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. *Habeas corpus in ações constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podium, 2012, p. 60.

⁶² FEINMAN, Jay M. *Law 101*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2014, p. 342.

⁶³ FOPPEL; SANTANA, op. cit., p. 60.

Com isso,

[...] é possível que existam situações em que a prova testemunhal seja a única forma de demonstrar a ilegalidade contra o direito de locomoção. E como este meio probatório é legal e a Constituição Federal não estabelece qualquer hierarquia entre as provas, nestas situações excepcionais é de se admitir a inquirição de testemunha. (CONSTANTINO, 2016, p. 97).

Há também o tema das divisões doutrinárias, perspectivas sobre espécies de *habeas corpus*.

6.1.1 Espécies doutrinárias

Parece que a doutrina mais antiga é a que divide o *habeas corpus* numa tripartição interessante a ser analisada; estão, segundo Mossin (1997), divididos em cautelares, constitutivos e declaratórios. A ação cautelar

[...] sempre se subordina à ação de conhecimento ou é dela dependente. Assim, presta-se a garantir a eficácia ou efeitos da decisão jurisdicional a ser proferida no processo de conhecimento instaurado pela ação de mesmo nome. Enfim, para evitar o risco de ser diminuída ou anulada pela demora (*periculum in mora*) as consequências da decisão a ser proferida no processo de conhecimento, instaura-se o processo cautelar. Nesse caso, como se percebe pacificamente, a medida apresenta-se como de natureza acessória. Além do perigo da demora, exige ainda a medida cautelar a presença do *fumus boni iuris*, que caracteriza a probabilidade de dano. Em sede de *habeas corpus* não se pode afirmar quanto àquela subordinação mencionada, já que a ação penal que dele emerge não tem por objeto a garantia ou eficácia de qualquer decisão em qualquer que seja o processo. A ação penal de *habeas corpus*, em suas múltiplas finalidades, se vê envolvida num único processo e mesma jurisdição, não se espraiando para outro processo, posto que o mesmo inexistente em sede desse *writ* para efeito de eventual garantia. É que o processo que surge de sua impetração é único e se exaure dentro de seu próprio bojo, não dependendo de outra forma de jurisdição para conseguir a eficácia ou garantia de seu escopo. Excepcionalmente, [...] o *writ* poderá apresentar um caráter subordinativo quando houver a probabilidade de resultado favorável do processo principal, para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar, ou seja, quando vislumbrado ficar o pronunciamento de uma sentença absolutória. Por outro lado, há de se considerar, também, que instrumentalmente o *habeas corpus* pode assumir um caráter de contra-cautela. De modo geral, pode-se afirmar que o caráter cautelar do *writ* reside exatamente em afastar uma situação de perigo à liberdade física do indivíduo. (MOSSIN, 1997, p. 76, grifo do autor).

Para Tucci⁶⁴ (1978, p. 11-12 apud MOSSIN, 1997, p. 77) a ação cautelar em *habeas corpus* se adequará aos casos do Art. 648 (BRASIL, 1941), quando:

[...] II [...] estiver preso por tempo superior ao determinado pela lei [...]; III, por ter sido gerada a coação ou ameaça [...] por ato de autoridade incompetente; IV [...] não mais subsistam os motivos em que assentada a coação [...]; V [...] na hipótese de denegação do pedido de [...] fiança ou de liberdade provisória, nos casos em lei [...]

⁶⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 11-12.

Argui, por fim, que nas situações dos incisos I e VI, que ensejem falta de justa causa para preventiva, flagrante, provisória ou ainda, nulidade processual (MOSSIN, 1997).

Convém observar, por oportuno, que a hipótese de coação ilegal por falta de justa causa (art. 648, nº I, CPP) é norma genérica, em que o *habeas corpus* nela embasado pode assumir as formas de cautelar, constitutivo ou declaratório. Por outro lado, quando o processo for manifestamente nulo (art. 648, inciso VI, CPP) e estando a decisão dele emergente transitada formalmente em julgado, o *habeas corpus* será constitutivo. Ainda no campo cautelar se ajusta a hipótese de prisão temporária que promana das Leis nº 8.072/90 e 7.960/89, quer quando a decisão que a determina não corresponda aos seus pressupostos objetivos, quer quando concorrentes esses requisitos e malgrado o vencimento de sua duração, o indiciado não seja colocado em liberdade, cujos detalhes analíticos serão feitos ulteriormente. (MOSSIN, 1997, p. 78, grifo do autor).

Já a constitutiva, segundo Mossin (1997, p. 78, grifo do autor), ocorre “[...] quando o *writ of habeas corpus* tiver por finalidade postulatória extinguir uma situação jurídica ilegal, fazendo cessar a coação ou liberdade de locomoção do indivíduo, dela decorrente, terá ele natureza de ação penal constitutiva.”. Marques⁶⁵ (1965, v. 4, p. 391 apud MOSSIN, 1997, p. 78, grifo do autor) explica que

[...] se uma sentença é proferida, em processo [...] nulo, [...] é executada, daí advindo a prisão do réu, ou a expedição de mandado para prendê-lo, a concessão [...] implica em anulação da sentença e de todo o processo. Antes de anulada pelo *habeas corpus*, a sentença tinha inteira eficácia. Concedido o *writ* [...] fica sem efeito [...], rescindida [...]

[...] o mesmo se verifica quando o pedido de *habeas corpus* se acha fundado no art. 648, nº VII, do Código de Processo Penal. Nessa hipótese o *writ* identifica-se com a ação rescisória, se, apesar de extinto o *ius puniendi*, sentença já existir, como título executório, para ser exercido o *ius punitiois*. É o que sucede, se a sentença condenatória foi proferida, malgrado extinto o *ius puniendi*, ou houver título executório já prescrito ou que venha a perder a eficácia por efeito de outra causa extintiva (além da prescrição) prevista no art. 107 do Código Penal, como *v. gratia*, na hipótese de ter sido concedida *indulgentia principis* (CP, art. 107, nº II), ou de haver a *novatio legis* (art. 107, nº III, CP). (MARQUES⁶⁶, 1965, v. 4, p. 391 apud MOSSIN, 1997, p. 78-79, grifo do autor).

Por fim, mas não menos importante nessa classificação, sintetiza Mossin (1997, p. 79, grifo do autor) que a declaração de inexistência de uma relação disciplinada pelo Direito Penal, como o próprio conceito diz, terá o nome específico; “É o que verificar-se-ia, se não obstantemente a lei penal nova não mais considerasse como crime fato imputado ao agente (*abolitio criminis*) e malgrado isso fosse objeto de *persecutio criminis*, na fase da *informatio delicti* ou na da ação penal.”. Na mesma hipótese, estaria prescrita ou qualquer outra que impossibilitasse a punição, não obstante incidisse a *persecutio criminis* sobre o paciente

⁶⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 391.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 391.

(MOSSIN, 1997, p. 79).

É de ter-se em vista, ainda, e afinal, com o pedido de *habeas corpus*, *mera declaração* de que se encontre extinto o aludido *ius puniendi*, ou seja, de certeza sobre que esteja finda a relação jurídico-penal consubstanciada no direito punir (cf. art. 648, VII, do mesmo estatuto processual penal pátrio), antes da prolação da sentença pelo órgão jurisdicional competente; ou, noutro aspecto, implicativa do reconhecimento do Direito Penal de liberdade. Cuida-se, então, à evidência, neste último passo, do denominado *habeas corpus preventivo*, ou melhor, de *ação declaratória de habeas corpus positiva*; e, no primeiro, de *ação declaratória de habeas corpus negativa*. De qualquer forma, em ambos os casos, mediante simples declaração, a tutela jurisdicional pleiteada, com o afirmar a inexistência do direito de punir ou o reconhecer o *ius libertatis* do interessado, implicará a cessação da coação ilegal enfrentada pela impetração da ordem de *habeas corpus* – indubitavelmente, uma das mais importantes instituições de Direito Processual Penal. (TUCCI⁶⁷, 1978, p. 13 apud MOSSIN, 1997, p. 79-80, grifo do autor).

É importante, outrossim, visitar a classificação mais recente. Há quem as divida em duas categorias; mas há correntes que as visualizem de forma tripartida, contudo, de maneira diversa das anteriores.

Preliminarmente, depreende-se que as expressões *ameaçado de sofrer violência ou coação*, estampadas na Carta Política, e *iminência de sofrer violência ou coação ilegal*, empregadas no diploma processual, buscam referir o mesmo instituto. [...] E aqui surge a espécie de *habeas corpus preventivo*. Preventivo porque busca, desde já, fazer cessar o constrangimento ilegal na forma da iminente violência ou iminente coação. Neste caso, depreende-se que a violência ou a coação não existem efetivamente, pois o que há é o constrangimento firmado na clara ameaça, ou seja, no estágio anterior à concretude da força material. Desta forma, serve o *habeas corpus* para afastar o ilegal mal físico prometido e que bem se resume na expressão ‘vai ser preso’. A concessão de *habeas corpus preventivo* determina a expedição de salvo-conduto. (CONSTANTINO, 2016, p. 27-28, grifo do autor).

Já o Profilático ou preservativo:

Trata-se do *habeas corpus* que não se vincula à proteção contra o constrangimento ilegal na forma da violência ou iminente violência (ameaça). Mas, sim, contra o risco destas espécies ocorrerem. Significa dizer que serve para preservar o direito contra a simples possibilidade de ilegalidade contra a liberdade de locomoção. (CONSTANTINO, 2016, p. 28-29, grifo do autor).

Muito próximo, portanto, do tipo preventivo, anteriormente abordado; todavia sendo possível distingui-los ainda segundo Constantino (2016, p. 29, grifo do autor), que pondera sobre o ato abusivo, conquanto

[...] não se consubstancia apenas no evidente constrangimento ilegal, mas [...] também, na certeza do risco deste [...] Por esta razão, quando a ilegalidade está jungida a possibilidade [...] restam prejudicados os *habeas corpus* liberatório ([...] alvará de soltura) e preventivo ([...] salvo-conduto), e surge o [...] profilático ou preservativo [...]

⁶⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 13.

“Por não estar jungido à violência ou à ameaça, a concessão desta espécie de *habeas corpus* não se vincula à expedição de alvará de soltura ou salvo conduto, mas à ordem necessária para o afastamento da ilegalidade constatada.” (CONSTANTINO, 2016, p. 28-29, grifo do autor). E no que concerne a espécie principal, a liberatória, finaliza com os dizeres:

Já os vocábulos *sofrer ... violência ou coação* e *sofrer ... violência ou coação ilegal* das legislações aludidas dão a entender a existência de uma força física concreta. Neste caso, o constrangimento à liberdade de locomoção já ultrapassou o estágio da promessa, para efetivamente se firmar em ação que atingiu a integridade física: violência ou coação. Logo, serve o *habeas corpus* liberatório para afastar o mal existente e que se traduz no ‘estar preso’ ilegalmente. Nestes casos, a concessão da ordem resultará na expedição de alvará de soltura. (CONSTANTINO, 2016, p. 28, grifo do autor).

O cientista criminal, portanto, precisa perceber as minúcias no caso concreto para lançar mão da ferramenta correta. E como em todo o momento abordou-se o aspecto da legalidade e legitimidade da prisão, a justa causa e os tipos de cerceamento de liberdade precisam ser comentados.

6.1.2 *Justa causa e tipos de prisão*

O inquérito policial normalmente é o procedimento persecutório de caráter administrativo que antecede a prisão, a ação penal, o processo; ele requer, portanto, justa causa, assim como tudo que envolva a asta criminal, quando a questão é aplicar a pena. “Revela-se como pesquisa criminal. Sua finalidade é, conforme prevê a segunda parte do artigo 4º do CPP, ‘a apuração das infrações penais e da sua autoria’.” (CONSTANTINO, 2016, p. 57).

Assim, à primeira vista, sendo o inquérito uma peça meramente informativa, poderia não parecer viável que pudesse ser objurgado via *habeas corpus*. Contudo, existem cristalinas situações para se impetrar *habeas* contra o inquérito, principalmente por falta de justa causa. Veja-se que faltará motivo legal ao expediente policial quando o mesmo não observar sua finalidade, deixando de apurar infração penal ou autoria, ou quando passar a investigar situação já resolvida pela extinção de punibilidade. Outrossim, não haverá justa causa para instauração do inquérito policial, quando carecer de requerimento por quem tenha legitimidade para ingressar com a ação (ação privada ou pública condicionada). (CONSTANTINO, 2016, p. 58, grifo do autor).

“O inquérito deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão [...]”, art. 10, CPP/41 (BRASIL, 1941). “Nesta esteira, já se entendeu que, se a prisão temporária do paciente for decretada para apuração de eventual envolvimento na prática de furto qualificado, a segregação tornar-se-á desnecessária, uma vez havendo confissão perante a autoridade policial, na presença de bacharéis.” (CONSTANTINO,

2016, p. 76).

“É de se gizar que este prazo refere-se à Justiça Estadual Comum, eis que com relação a Justiça Federal vige o artigo 66 da Lei nº 5.010/66, que dispõe: ‘O prazo para conclusão do inquérito policial será de 15 (quinze) dias, quando o indiciado estiver preso [...]’.” (CONSTANTINO, 2016, p. 65). E pontifica Constantino (2016, p. 76) que se a

[...] situação em que a coação iniciou como justa, mas face ao desaparecimento da causa que a determinou, tornou-se injusta [...] não mais persistindo o motivo [...] esta deverá, também, desaparecer. Veja-se que sendo a prisão uma exceção, os motivos de sua decretação devem ser atuais, sob pena de emergir constrangimento ilegal.

Entretantes, não se pode descuidar da Lei nº 7.960/89, que criou a prisão temporária, e em seu artigo 2º estabeleceu o prazo de 5 (cinco) prorrogáveis por mais 5 (cinco), em caso de extrema e comprovada necessidade. Com o advento do artigo 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90, os crimes hediondos e assemelhados, o prazo da prisão provisória temporária foi estendido para ‘[...] 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade’. Desse modo, estando o indivíduo custodiado por mais tempo do que determina a lei, emergirá o constrangimento ilegal. (BRASIL⁶⁸, 1990, p. 1 apud CONSTANTINO, 2016, p. 65).

A justa causa (*justus*, do latim, significa legal e *causa*, motivo) são os aspectos fáticos e jurídicos que se encontram de acordo com o que é adequado. [...] Assim, a atipicidade material (desregramento penal) e a atipicidade formal (inobservância da norma processual), [...] revelam ausência de justa causa. (CONSTANTINO, 2016, p. 52, grifo do autor).

“E nestes casos, frente ao constrangimento ilegal, ou ao risco de constrangimento ilegal, é cabível o *habeas corpus*. Imagine-se, como exemplo, alguém sofrendo ação penal por fato não criminoso ou sendo preso por decisão não fundamentada.” (CONSTANTINO, 2016, p. 52, grifo do autor).

[...] tratando-se de prisão provisória (antes do trânsito em julgado), devem ser examinados os prazos ditados pela lei, inclusive atinentes ao desenvolvimento dos atos formais. Destaca-se que esta espécie de prisão pode ser dividida em: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. [...] Contudo se tem reconhecido vício na prisão formal, pela irrazoabilidade do prazo, quando não existir complexidade, a demora não for atribuída ao preso e ocorra desregramento por parte autoridades judiciárias. A prisão temporária vem prevista na Lei nº 7.960/89. O artigo 2º desta lei preconiza que a prisão temporária terá o prazo de cinco dias, prorrogável, ainda, por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Com a Lei nº 8.072/90 ampliou-se o prazo da temporária para os crimes hediondos e assemelhados, para trinta dias, prorrogável por mais trinta, em caso de extrema e comprovada necessidade. O desrespeito a estes prazos, por evidente, maculará a custódia. Por certo, que outros aspectos deverão ser considerados para a concessão de liberdade ao preso, na promoção do exame de razoabilidade do prazo da prisão provisória. E nada impede que a liberdade seja concedida no âmbito do processo ou da própria da investigação criminal. (CONSTANTINO, 2016, p. 64).

Justa causa haverá para a prisão do indivíduo no caso de flagrante delito ou por ordem do juízo, de forma escrita e fundamentada. E nesta esteira prescreve o artigo 5º, LXI,

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Planalto**, Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

da Constituição Federal: ‘Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]’. (BRASIL⁶⁹, 1988, p. 1 apud CONSTANTINO, 2016, p. 53).

“Por isso que as famosas prisões para *averiguações* ou *investigações policiais*, promovidas por autoridades sem jurisdição, deixaram de ter legalidade em face da Constituição, carecendo de justa causa.” (CONSTANTINO, 2016, p. 54, grifo do autor).

Com relação à prisão preventiva, a mesma vem prevista nos artigos 311 e seguintes do CPP, e será cabível quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, e servir para garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Desta forma, uma vez carente estas situações, faltará justa causa à prisão. (CONSTANTINO, 2016, p. 54).

Apontamento esse qual complementa, Lopes Junior (2016, p. 503), cujo traz à tona a ideia da necessidade de demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum in libertatis*, para além do rigorismo legal. A prisão administrativa, empregada costumeiramente antes da preventiva, provisória e temporária, pontifica Constantino (2016, p. 54), restou prejudicada pela nova arquitetura Constitucional, que no artigo 5º, LXI (BRASIL, 1988) a veda, bem como afastada no artigo 650, § 2º Código de Processo Penal (BRASIL, 1941); “significa dizer que este tipo de prisão não possui justa causa.”.

Entretanto, outras situações revelam a falta de justa causa para a preventiva, pois não poderão ser presos os inimputáveis (menores, loucos, etc.), os agentes diplomáticos (artigo 29, Decreto nº 56.435/65), o Presidente da República (artigo 86, § 3º, da CF), o indivíduo cuja prova demonstrar ter agido sob o pálio da exclusão de ilicitude (artigo 314 do CPP), entre outros. Também, não caberá a prisão preventiva no Juizado Especial Criminal. Em havendo prisão nestas condições, o *habeas* deverá ser impetrado.

Já a prisão temporária vem prevista na Lei nº 7.960/89 e caberá quando existirem demonstrações do crime e de sua autoria e quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes arrolados pela aludida lei. Porém, não caberá temporária aos crimes culposos e às contravenções penais e, diferentemente da preventiva, a prisão temporária não poderá ser decretada pelo juiz *ex officio*. Logo, uma temporária que não observe o rosto da lei, autoriza *habeas*.

Com relação à prisão em flagrante (artigos 301 e seguintes CPP), existem situações que a mesma é incabível. Veja-se que não poderão ser presos em flagrante: os inimputáveis (menores, loucos, etc.); o autor de crime de menor potencialidade ofensiva e que assuma o compromisso (artigo 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95); o condutor do veículo nos casos de acidentes de trânsito, que resulte vítima, se aquele prestar pronto e integral socorro (artigo 301 da Lei 9.503/97); o Presidente da República (artigo 86, § 3º, da CF); os magistrados nos crimes afiançáveis (artigo 33, II, da Lei Complementar nº 35/79); os membros do Ministério Público nos crimes afiançáveis (artigo 40, III, da Lei nº 8.625/93); os membros do Congresso Nacional

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

nos crimes afiançáveis (artigo 53, § 2º, da CF) e Deputados Estaduais, nos crimes afiançáveis (artigo 27, § 1º, e artigo 53, § 2º, da CF); os agentes diplomáticos (artigo 29, Decreto nº 56.435/65). Outrossim, aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, ou para seu consumo pessoal semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (artigo 28, § 1º, da Lei nº 11.343/06) não será preso em flagrante (artigo 48, § 2º, da Lei nº 11.343/06). Com o advento da Lei nº 11.689/08 a prisão por sentença de pronúncia deixou de existir. E que o atual artigo 413, § 3º, do CPP estabelece que o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado e decidirá, motivadamente, sobre a necessidade da decretação da prisão. (CONSTANTINO, 2016, p. 54-55, grifo do autor).

“Também, com a Lei nº 11.719/08 a prisão por sentença condenatória não transitada em julgado restou afastada.” (CONSTANTINO, 2016, p. 55). Infelizmente, comentário já não mais compatível com a realidade jurídica brasileira, apesar da correta análise do autor; ocorre que o STF não se pronunciou sobre a Constitucionalidade de um dos dispositivos trazidos e, em um *habeas corpus*, pasmem: negou o Direito Fundamental de um paciente e, reposicionando sua jurisprudência em repercussão geral, permitiu sua prisão pendente recursos – que será a frente analisado.

Logo, se o juiz, frente ao artigo 387, parágrafo único, do CPP, condenar o réu e, somente por isso, impor prisão preventiva, faltarà justa causa para a mesma. Salienta-se que neste caso é de se impetrar *habeas corpus* contra a prisão e se interpor recurso de apelação contra a condenação, já que se compreende matérias distintas e independentes. E nesta esteira, tem se admitido *habeas* contra prisão determinada em sentença passível de apelação. (CONSTANTINO, 2016, p. 55, grifo do autor).

Tempos de instabilidade e leitura Constitucional pobre, distorcida, já que a LetraMaior é clara e por incrível que pareça, interpretação *contra legem* vinda do próprio STF, sentinela do Pacto Sociológico. E mesmo com a reforma penal dos últimos tempos, dentre elas a mencionada na citação, a segurança da despenalização não ocorreu; a Lei continuou no papel:

[...] o artigo 318 do CPP preceitua que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for maior de 80 anos, [...] debilitado por doença grave; imprescindível aos cuidados [...] de [...] menor de 6 [...] ou com deficiência; gestante a partir do sétimo mês [...] ou [...] de alto risco [...] (CONSTANTINO, 2016, p. 56).

Ainda que o artigo anterior e o 319 (BRASIL, 1941) tenham ampliado as formas diversas de custódia, como se sabe, as metarregras e a paralegalidade continuam no cotidiano das agências punitivas, já que é possível dizer, com segurança, que o encarceramento não diminui; tampouco que a idealização da despenalização, com as reformas envoltas do JECRIM, alteraram a natureza totalizante do Direito Penal (CARVALHO, 2015; CONSTANTINO, 2016). Prende-se mais ainda, mesmo com as medidas alternativas; além disso, a humanidade das penas e a análise criminológica dos indivíduos capturados pelas agências, continua afastada do

público vulnerável: só a nata consegue ir para casa prestar pena domiciliar (CARVALHO, 2015).

A lei nº 12.403/14 firmou as medidas cautelares restritivas de liberdade, como alternativas à prisão. Muito embora, como bem refere Nucci, estas medidas já estivessem presentes em outros institutos, seja como condição para o cumprimento da pena no regime aberto, gozo de suspensão condicional do processo ou livramento condicional, é fato que as mesmas foram amplificadas para substituírem o cárcere provisório. E, segundo Bottini, trata-se de uma gama de medidas cautelares pessoais diferentes da prisão para assegurar a ordem processual. (NUCCI⁷⁰, 2013; BOTTINI⁷¹, 2013, p. 265 apud CONSTANTINO, 2016, p. 56, grifo do autor).

Portanto,

[...] ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso [...] medidas cautelares [...] observados os critérios [...] do artigo 282 do CPP, cujo § 6º refere [...] preventiva será determinada quando não for cabível [...] substituição por outra medida [...] (CONSTANTINO, 2016, p. 57, grifo do autor).

Refere Constantino (2016, p. 57, grifo do autor), mencionando o art. 282, I e II do CPP/41:

As medidas alternativas não seguem [...] graduação [...], a opção dependerá do exame da necessidade para aplicação [...], para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos previstos, para evitar a prática de infrações [...] observando sua adequação junto à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado [...]

Outrossim, poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente e serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério público, (artigo 282, § 6º, do CPP). Logo, só poderão ser determinadas de ofício pelo Juiz durante a fase processual. Nesta esteira, uma vez cabíveis as medidas alternativas, há falta de justa causa para a custódia do indivíduo. (CONSTANTINO, 2016, p. 57).

O excesso de prazo traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: [...] à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com [...] garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional. (CONSTANTINO, 2016, p. 63).

Tratando-se de prisão definitiva (após o trânsito em julgado), uma vez cumprido o prazo [...], o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade. Assim, [...] se o último dia da prisão for o sábado, no dia seguinte, domingo deverá restar livre, não podendo ser custodiado até o primeiro dia útil, pois não se trata de prazo formal, e, sim, material. (CONSTANTINO, 2016, p. 63).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXVI, refere que ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 10. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁷¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (lei nº 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 263-273, jun. 2012.

fiança', e o artigo 321 do CPP inicia sobre o tema da fiança. A fiança trata-se de caução para assegurar que o réu cumpra as obrigações processuais. Por ser um direito, deve sempre ser admitida, desde que presentes as condições legais. Nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples, a autoridade policial poderá conceder. Nos demais casos, caberá ao juiz decidir sobre a fiança. Logo, se não houver proibição para a fiança, a mesma deverá ser concedida a qualquer tempo no processo, enquanto não transitar em julgado a condenação. A fiança será arbitrada considerando a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo (artigo 326 do CPP). A caução pode ser em dinheiro, pedras, objetos, metais preciosos, títulos da dívida ou hipoteca inscrita em primeiro grau (artigo 330 do CPP). Giza-se que a delonga no arbitramento da fiança ou sua fixação em valores impossíveis de serem satisfeitos pelo indivíduo caracterizam a ilegalidade e se assemelham à não admissão de prestação de fiança. Como haverá casos em que a própria autoridade policial poderá conceder a fiança, ou seja, nas infrações punidas com detenção ou prisão simples, conforme prevê o artigo 322 do CPP, é possível que seja promovido *habeas corpus* contra ato desta autoridade. Com relação ao preso estrangeiro, só o fato de não ser nacional não impede o arbitramento da fiança, que pode ser deferido sempre que as condições pessoais do beneficiário autorizarem. (CONSTANTINO, 2016, p. 77-78, grifo do autor).

“É inviável a utilização do *habeas* para apressar inquérito policial, ação penal, recurso criminal ou ação revisional, pois o ato formal deve ser promovido na forma da lei [...]” (CONSTANTINO, 2016, p. 67, grifo do autor). “Ocorre que o artigo 5º, LXXVII, da Carta Política preconiza que a todos são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação [...], prevê o artigo [...] a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição.” (CONSTANTINO, 2016, p. 67).

Desta forma, principalmente quando encontra-se preso o indivíduo, tem-se admitido [...] o súbito processamento, inclusive para recomendar o julgamento imediato ou efetivamente determinar o julgamento imediato, quando flagrante a excessiva delonga processual. Vale dizer que nestes casos não se está a antecipar a formalidade, apenas, a provocar sua realização. (CONSTANTINO, 2016, p. 67).

Depois do inquérito – se ele existir – chega-se o momento em que o Ministério Público ingressa com a ação, provocando o Estado a instaurar o processo, não mais administrativo policial: agora judicial penal. De acordo com Boschi (1997⁷², p. 26 apud CONSTANTINO, 2016, p. 59):

[...] a ação [...] busca exigir, através do processo, a manifestação da jurisdição [...] Esse direito é assegurado aos indivíduos e também ao Estado-Administração, para poder cumprir sua função de fazer valer a supremacia da ordem jurídica sobre o crime e, assim, viabilizar condições para a segurança e o bem-estar geral de todos.

Os pressupostos processuais para o exercício da ação penal vinculam-se à existência e validade da relação processual e podem ser subjetivos (relativos ao juiz e às partes) e objetivos (condições e formalidade). Quando objetivos, se dividem em extrínsecos, em razão da ausência de fatos impeditivos, e em intrínsecos, em face da regularidade formal. Assim, é essencial o exame da possibilidade jurídica do pedido (admissão pelo direito), do interesse em agir (necessidade, adequação e utilidade) e da legitimidade.

⁷² BOSCHI, José Antônio Paganella. **Ação penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 26.

(CONSTANTINO, 2016, p. 59).

Se a [...] ação penal não for capaz de garantir as condições da ação, a mesma restará prejudicada. Neste sentido, o artigo 395 do CPP preceitua que a denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal ou faltar justa causa para o exercício [...] (CONSTANTINO, 2016, p. 59).

“Se a inicial é inepta ou faltar pressuposto processual ou condição ou justa causa para o exercício da ação penal, temos carência e impossibilidade de se prosseguir na ação. Cabível *habeas* para trancamento.” (CONSTANTINO, 2016, p. 60, grifo do autor).

Já no que tange especificamente ao procedimento, o mesmo, como aparência extrínseca da funcionalidade de atos formais, caracterizado pela movimentação dos atos processuais, terá papel essencial na *persecutio criminis* para permitir o legal decisório. [...] Nesta esteira, a observância das normas formais criminais, próprias do procedimento penal, é imperiosa para dar validade ao processamento. (CONSTANTINO, 2016, p. 61, grifo do autor).

Constantino quando refere-se ao *fumus boni iuris* menciona que para que a ação seja admitida,

[...] é essencial a presença de uma probabilidade [...] firmada em um mínimo elemento probatório. É que uma vez que a arguição acusativa não venha acompanhada [...] de demonstração suficiente da existência do crime e de sua autoria [...] não há como se justificar a existência da gravosa pretensão penal [...] (CONSTANTINO, 2016, p. 61).

Talvez termo esse de certa forma inadequado ao espaço processual penal, como citado alhures, por exemplo, pela doutrina de Lopes Junior (2016, p. 503), que percebe consequências subliminares no âmbito criminal; arguindo, enfatiza-se, que o mais apraz parece, por certo, o *fumus commissi delicti* nesse trato.

[...] a condição de um ínfimo probatório para a acusação dar início à ação não se compara com a exigência de prova definitiva e acabada sobre os elementos fáticos, próprios de uma sentença condenatória. Trata-se de, apenas, franciscano amparo probatório [...], capaz de justificar a acusação penal contra alguém. E neste sentido não se tem admitido imputação penal destituída de base empírica idónea e que revele, de modo satisfatório e consistente, a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria do crime, a respaldar a acusação. (CONSTANTINO, 2016, p. 61-62, grifo do autor).

“O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de cinco dias, contado da data que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial [...]”, art. 46, CPP/41 (BRASIL, 1941). “Logo, haverá constrangimento quando o acusado estiver preso e for ultrapassado este prazo sem oferecimento da denúncia.” (CONSTANTINO, 2016, p. 65).

Detalhe interessante seriam as ações públicas condicionadas e as privadas. É que nestes casos o direito de representação ou queixa decairá, em regra, no prazo de seis meses da data em que o ofendido vier a saber quem é o autor do crime. Então surge a

pergunta: e se o acusado fosse preso em flagrante, aguardaria custodiado a fluência deste prazo decadencial? Evidentemente que não, pois é impossível se admitir que ele reste custodiado, à disposição do alvedrio do ofendido, o qual sequer se pronunciou sobre o interesse no processamento. Nestes casos, é de se aplicar o mesmo prazo para o oferecimento da denúncia, ou seja, cinco dias, reconhecendo-se o excesso quando ultrapassado. (CONSTANTINO, 2016, p. 65, grifo do autor).

Instalada a ação, inicia-se o rito, que no procedimento ordinário, terá a audiência de instrução e julgamento aprazada no máximo em 60 dias, segundo o art. 400 do CPP/41 (BRASIL, 1941). Todavia, há que se ter em vista a existência de uma série de procedimentos diversos, a depender das legislações penais extravagantes, já que nossa Constituição (BRASIL, 1988) não traz o Princípio da Reserva de Código em seu arcabouço; válido tanto para legislações materiais, quanto processuais penais.

Já no sumário, por exemplo, a audiência de instrução e julgamento deve acontecer no máximo em trinta, conforme o art. 531 do diploma outrora mencionado (BRASIL, 1941); enquanto que, no procedimento do júri, curiosamente, o rito deverá ter-se findado em noventa, art. 412 (BRASIL, 1941). “Desta forma, ultrapassados os prazos legais, em se tratando de réu preso, é possível se admitir exame do excesso de prazo.” (CONSTANTINO, 2016, p. 66).

Porém, segundo entendimento consolidado nos tribunais, os prazos indicados na legislação processual penal para a conclusão dos atos processuais não são peremptórios, de maneira que eventual demora no término da instrução criminal deve ser aferida dentro dos critérios da razoabilidade, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto. Vale dizer que a Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça segue no sentido de que, encerrada a instrução processual, resta superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. Já no procedimento do júri, a Súmula nº 21 do Superior Tribunal de Justiça preceitua que, uma vez pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. Giza-se que a súmula nº 64 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que ‘Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado pela defesa’. Por certo, esta concepção vincula-se a lógica de que, se a defesa provocou a delonga, é incabível que venha a ser beneficiada. Contudo, deve-se ter muita prudência no exame desta razão. É que o acusado preso não poderá ser castigado pelo excesso temporal quando pleitear, na forma da lei e com força no direito, benefício a sua defesa, e a delonga restar atribuída à carência de agilidade do Estado. Por isto, é essencial que o juízo dê agilidade ao processamento, pois se for incapaz de ultrapassar as dificuldades processuais impostas e delongar o feito é de ser concedida a liberdade ao acusado. (CONSTANTINO, 2016, p. 66).

De outra sorte, a agilidade mencionada, contudo, não se confunde com a quebra das regras, a paralegalidade, a nulidade processual remediada pelo *habeas corpus*; justamente porque esse vem para aparar as arestas e equilibrar o tempo-espço processual: cabível quando há excesso, delonga – bem como quando há processamento sem a devida dilação probatória à ampla defesa. Nas palavras de Junoy⁷³ (1997, p. 49 apud CONSTANTINO, 2016, p. 79): “*El ordenamiento procesal tiene una serie de reglas formales que se encuentran establecidas en*

⁷³ JUNOY, Joan picó I. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997, p. 49.

atención a lograr la seguridad jurídica a través de la legalidad.”.

[...] nulidade absoluta é a desconformidade existente entre o ato e a lei, que apresenta tão grave defeito cujo prejuízo resta evidente e não necessita ser demonstrado. O caráter incondicional desta nulidade se vincula a expressão absoluta, ou seja, ao manifesto dano. [...] Em razão da nulidade absoluta, cabe *habeas corpus* para afastar o desregramento com suporte no artigo 648, VI, do CPP. (CONSTANTINO, 2016, p. 81, grifo do autor).

Em contrapartida, expressa Constantino (2016, p. 79) a possibilidade de nulidade relativa e absoluta no processo penal; e mais: a viabilidade de casos em que a última pode convalidar-se, inclusive, em malefício do réu, como quando diz “[...] ou tenha sido suprida em tempo a omissão insanável, não vinculada a atos subsequentes.” (CONSTANTINO⁷⁴, 2011, p. 26 apud CONSTANTINO, 2016, p. 82, grifo do autor).

Acontece que essa perspectiva não é pacífica entre os criminalistas e permite dizer, inclusive, que guarda em si um caráter perigoso, já que todo cidadão é interessado nos diques de contenção do arbítrio de poder que consolida o Estado Democrático de Direito: processo nulo é processo inválido, que não se convalida no tempo (ainda que a jurisprudência aponte para visão diversa).

Trazer a possibilidade da Teoria Geral do Processo para o âmbito específico do Processo Penal não é a melhor perspectiva, apesar da origem nascente do último em relação ao primeiro; importante crítica a esse respeito, novamente, quem faz é Aury Lopes Junior (2016, p. 32) que destaca a necessária cisão e cientificidade jurídica (ou principiológica, ou ainda, racional, filosófica, entre outras) própria no âmbito criminal. Aliás, a própria origem do *habeas corpus*, tema desse estudo, remonta a importância da restrição do poder de punir; o que não desmerece, todavia, as importantes e proveitosas lições do Professor Constantino (2016) até aqui.

Vale salientar a Escada Ponteano, onde o ato nulo é inválido, portanto desguarnecido de eficácia (ou ao menos deveria, ainda que na realidade das agências a exceção seja regra); a presente teoria do ilustre Pontes de Miranda (1972, t. 2), se encontra de forma resumida no livro sobre *habeas corpus*, mencionado por todos os demais autores, aqui abordados, que trabalham o assunto, inclusive Constantino (2016). Mas há outro apontamento pertinente em relação a nulidade; conforme Constantino (2016, p. 82):

[...] a referência ao processo manifestamente nulo (artigo 648, VI, do CPP) não é sinônimo de violação a integralidade do processo penal, mas, sim, a integridade do processo. Veja-se que a nulidade pode atingir desde um ato processual até a própria relação processual. E como o processo é uma sequência de atos vinculados entre si, conforme o princípio da causalidade, uma vez declarado nulo ato, aqueles que se

⁷⁴ CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Nulidades no processo penal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 26.

seguirem firmados neste vício restarão prejudicados (artigo 573, § 1º, CPP). Logo, poderemos nos deparar com as chamadas nulidades amplas que violam o processo e com as nulidades restritas que atingem somente o ato processual. Assim, por exemplo, é cabível habeas para trancar ação penal em face da ilegitimidade passiva (mácula que viola toda a relação processual) ou apenas para nulificar audiência de oitiva por carta precatória (vício que atinge apenas um ato, se o feito não contar com sentença).

Assim, a fisionomia processual, no âmbito penal, não é mera formalidade; para sua existência, validade e eficácia exige perfeição *ex lege*, observando os requisitos ditados. Dalia e Ferraioli⁷⁵ (2003 apud CONSTANTINO, 2016, p. 79) asseveram que: “*L’atto formale, per la cui giuridica esistenza siano richiesti determinati requisiti di forma, deve, poi, essere perfetto, corrispondere, cioè, al modello di conformità predisposto, in via generale ed astratta, dalla legge (perfezione dell’atto).*”.

Enquanto que, aprofundando na questão da inexistência, Mirabete⁷⁶ (1989, p. 592 apud CONSTANTINO, 2016, p. 80) preleciona que o “[...] ato inexistente juridicamente é aquele que possui tão destacada desconformidade com a lei que resta degenerado juridicamente, razão da incapacidade de produzir eficácia. É o não ato.”. A diferença, portanto, do ato nulo, que também é eivado de eficácia e validade, é que nesse, para além, deve ser feito e não refeito.

Logo, o ato atípico formal é aquele que se revela como mácula processual vinculada à relação processual ou ao próprio ato processual. Significa dizer que está em desconformidade com a lei adjetiva. Para Fenech: *‘por vicio de los actos procesales, entendemos la falta em um acto de algunos de los presupuestos, requisitos y condiciones de que depende su admisibilidad o eficacia, o la desviación legal en cuanto al fin o contenido del próprio acto; el vicio comprendene no solo el defecto de los actos, sino también su ilicitude.’* (FENECH⁷⁷, 1956, p. 210 apud CONSTANTINO, 2016, p. 79, grifo do autor).

Assim, em tese, é possível estender – se por demais absurdo que se consagrar um feito, sequer nulo absolutamente passível de classificá-lo – a sua inexistência; como por exemplo: quando um falso advogado figurar na defesa, seria justo considerar os atos praticados apenas nulos? Para Greco Filho (1998⁷⁸, p. 303 apud CONSTANTINO, 2016, p. 80): “O ato inexistente deve ser simplesmente desconsiderado, devendo ser praticado o ato que não foi. Daí não depender de instrumento específico para o seu desfazimento; basta que se pratique o que não foi feito.”.

Vale destacar também a questão da extinção da punibilidade, que retira o poder do Estado de aplicar a sanção penal. Segundo o art. 107 do Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940),

⁷⁵ DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. 5. ed. Padova: CEDAM, 2003.

⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989, p. 592.

⁷⁷ FENECH, Miguel. **El proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1956, p. 210.

⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 303.

a punibilidade extingue-se pela morte do agente; por anistia, graça ou indulto; pela retroatividade da lei, que desconsidera o fato como criminoso; pelo perdão, nos crimes de ação privada; pela retratação ou pelo perdão judicial, nos casos admitidos em lei.

Porém, em razão do referido diploma não ser exaustivo, existem outras causas de extinção da punibilidade: o ressarcimento do dano no peculato culposo (artigo 312, § 3º); a morte do cônjuge induzido em erro no casamento (artigo 236). Desta forma, presente uma das causas de extinção de punibilidade e estando o indivíduo preso, ou prestes a ser preso, ou se for o caso de o processamento criminal ainda estar em andamento é cabível o *habeas corpus*. E se já houver sentença com trânsito em julgado e ocorrer extinção de punibilidade, o *habeas* outrossim será admitido (artigo 66, II, da Lei nº 7.210/84). (CONSTANTINO, 2016, p. 83, grifo do autor).

E antes de fechar esse capítulo preponderantemente doutrinário, é preciso adentrar numa das espécies do Sistema Constitucional de Crises; o Estado de Sítio.

6.1.3 Estado de sítio

A esse respeito, se fará um breve, mas imprescindível excursão na história geral e nacional. As instituições jurídicas voltadas aos momentos de crise, como os que hoje denominamos de Estado de Sítio, de Defesa, Calamidade Pública, Guerra, e similares, já tiveram outras nomenclaturas, teorias, contextos culturais e Constitucionais.

[...] Nos povos antigos — Hebreus, Cartagineses e Gauleses — havia magistrados extraordinários, eleitos em certas circunstâncias que se investiam de poderes quase absolutos. Só em Roma, porém, a espécie se sistematizou, se incorporou e se completou, tomando o caráter de instituição.

(a) A suspensão de garantias, sob o ponto de vista constitucional moderno, se assim podemos dizer, tem no *extremum atque ultimum senatus consultum* o seu correspondente mais violento. Usado ora *ut consul rempublicam defendat*, ora *operam dente comsubes imperium populi Romani maiestaque conservetur* (Cícero, *Phil.*, VIII, 4; Théodore Reinach, *De l'État de Siège*, 46), êsse [sic] instituto, embrionário ainda, variou com as necessidades e com os próprios homens. E era natural que assim fosse, havendo cônsules como Múcio Cévola e outros como Opímio. (CÍCERO⁷⁹, 43 a.C., v. 8, p. 4; REINACH⁸⁰, 1885, p. 46 apud MIRANDA, 1972, t. 1, p. 78, grifo do autor).

Tece, ainda, um paralelo entre esse legado Romano na Inglaterra:

Não se precisam hoje os efeitos do *senatusconsulto ultimum*. Em todo o caso, existiu. Mais enérgico, ou menos violento, pouco importa. Declarado *hostis* um cidadão, deixava *ipso facto* de ser *civis* e perdia assim a proteção das leis peculiares aos cidadãos Romanos. Todavia esse *hostis* não adquiria a qualidade de cidadão de outro Estado. Ficava alheado, inclassificadamente: *sine civitate*. E essa *capitis deminutio* média não precisava ser pronunciada expressamente: resultava mesmo da rebelião (Cícero, *Cat.*, IV, 11, 28). [...] Como os Romanos, os Ingleses meditaram e por experiência própria remediaram aos males que à ação do executivo causam, durante as crises políticas, a normalidade das garantias, o zelo dos direitos e a

⁷⁹ CÍCERO, Marco Túlio. **Philippicae**. [S.l.: s.n.], 43 a.C., p. 4.

⁸⁰ REINACH, Théodore. **De l'état de siège: étude historique et juridique**. Paris: [F. Pichon], 1885, p. 46.

observância respeitosa da liberdade individual. Não foi, porém, de medida igual ao *senatusconsulto ultimum* que cogitaram os Ingleses, e exaramos justamente as notas anteriores para que se releve, pelo contraste, as diferenças substanciais entre o estado sítio francês e a exceção restrita, ponderada, motivada pelos *Corpus Suspension Acts*. Ao contrário do que em geral se pensa, tais leis, extremas, nem sequer *suspendem* as violações da liberdade. Assim é que não são legais, durante esse tempo de crise política ou social, as encarcerações sem razões suficientes, nem o *Act* pode tirar às pessoas detidas, por outros motivos diversos da acusação criminal, o direito ou privilégio de impetrar a ordem de *habeas-corpus*. O principal efeito da suspensão é facultar ao ministério o retardar processos e julgamentos de pessoas detidas por suspeitas de traição. (CÍCERO⁸¹, 63 a.C., v. 4, p. 11-28 apud MIRANDA, 1972, t. 1, p. 78-79, grifo do autor).

Esses atos de suspensão, em cada época de revolta e guerra civil inglesa, ganhavam seus nomes peculiares; aqui, o *Suspension Acts* mencionados por Miranda (1972), servem para ilustrar o contexto de luta para um equilíbrio entre Parlamento e Monarca, no nascedouro do Constitucionalismo e do *Habeas Corpus*. A realidade por trás do que hoje e aqui é denominado de Sistema Constitucional de Crises, tem suas raízes por lá, já que toda essa Teoria de Estado Constitucional de Direito, pode-se dizer, surge principalmente na pequena, mas influente Ilha da Rainha.

Já no Novo Continente, em 1776, foi celebrada a Declaração de Virgínia, uma das Treze Colônias da América, que traduziu em seu texto uma série de direitos fundamentais, tendo como destinatários os cidadãos. Todavia, sob inspiração do jusnaturalismo, nos postulados do Barão de Montesquieu, John Lock e Jean Jacques Rousseau, alguns de seus princípios acabaram se espraiando por outras declarações posteriormente, por cartas constitucionais, uma vez que havia uma universalizante insculpida naquela Declaração. [...] Nesta Declaração foram consignados alguns princípios, tais como: 1) a igualdade de todos os homens em sua natureza; 2) todo o poder emana do povo, sendo as autoridades constituídas mandatários dele para a realização do bem comum; 3) a divisão de Poderes, permite o controle de um Poder sobre o outro (segundo a influência do pensamento de Montesquieu, embora preferível seja a divisão de funções, uma vez que o Poder é uno); e 4) a garantia de que ninguém seria privado da liberdade sem o direito a um julgamento, segundo as leis da terra (expressa recepção do princípio esculpido na Magna Carta 1215- 1225). Em 1787 foi aprovada na Convenção de Filadélfia a Constituição dos Estados Unidos da América. Dependendo de ratificação Estados americanos, foi imposto o aditamento de uma declaração de direitos fundamentais, uma vez que inexistiam no documento [...] Destaca-se neste aditivo (Emenda), os seguintes direitos: 1) direito de petição; 2) inviolabilidade da pessoa, seus objetos pessoais e domicílio; 3) direito de defesa perante juiz natural, segundo o processo legal; 4) vedação de penas cruéis ou multas excessivas; 5) igualdade de todos perante a lei; e 6) proibição da suspensão do *habeas corpus*, exceto no caso de convulsão social ou invasão externa. (CAAMAÑO, 2009, p. 19-20, grifo do autor).

Assim, na Inglaterra, nos Estados Unidos e nos demais países abordados que possuem o *Habeas Corpus*, o Sistema Constitucional de Crises, em cada época ao remédio se relacionava; tensionando um Constitucionalismo Popular de disputa e readequação do Poder. No Brasil, Pontes de Miranda (1972) apresenta a evolução histórica desse dispositivo que

⁸¹ CÍCERO, Marco Túlio. *In Catilinam*. [S.l.: s.n.], 63 a.C., p. 11-28.

mesmo na Primeira República, defendia ele, podia ser utilizado contra o arbítrio extra ou paralegal durante o vigor do Sistema de Crise; o que mudava no que concerne o *Habeas Corpus*, portanto, era o afastamento da potência que uma garantia consagrava no caso legal previsto e circunstancial a conduta do agente, na área onde o Sistema era acionado.

[...] a impossibilidade jurídica vinculada ao *habeas corpus* no estado de sítio deve ser vista com reservas, para evitar assunção de arbitrariedades. Ou seja, a ilegal ofensa à liberdade de locomoção e que não esteja obstaculizada no decreto sitiante deve admitir o *mandamus*. Ora, se a prescrição sobre o estado de sítio não reclama condutas específicas, ou seja, se não exige determinados comportamentos, não há razão para o afastamento do remédio heroico em favor da proteção das condutas permitidas. E a referência sobre a indicação das – *garantias constitucionais que ficarão suspensas* – não determina, por si só, o abandono absoluto do *habeas*. (CONSTANTINO, 2016, p. 47, grifo do autor).

Isto é: fora dos casos enquadráveis no Estado de Sítio, como nos crimes comuns, a garantia permanecia e dentro daqueles enquadráveis, a garantia não restava; mas também, é preciso que se perceba que o instrumento, todavia, não era suspenso – não se tratava disso. É que o *habeas corpus* continuava disponível, mas mitigado, pois sem a potencia de garantia; o que permitia a demora de seu julgamento ou mesmo, se deslocarmos os olhares ao plano extrajudicial, à sua vagueza: ora, se não seria possível dizer que em momentos de conturbação política as prisões sempre foram arbitrárias, com ou sem remédios, com ou sem garantias enunciadas?

7 LEGALIDADE E LEGITIMIDADE PARA AVALIAR O *HABEAS CORPUS*

“[...] *Di faciles, peccasse semel concedite tuto;
et satis est;
poenam culpa secunda ferat.*” (OVÍDIO, 2018, p. 53,
grifo nosso).

Jungida aos Princípios da Jurisdição, outrora abordados, a competência legal é assunto dos mais importantes para a prática forense, tendo em vista a superposição hierárquica vertical do Poder Judiciário brasileiro. Assim, desde e o momento em que uma autoridade policial aciona um magistrado, requisitando-lhe permissão para quebra de algum sigilo, para uma busca e apreensão ou, noutro exemplo, para a prisão temporária, provisória, ou ainda, preventiva de um suspeito, está-se em face de formação de competência; tanto policial, quanto judicial.

Competência por prevenção: a prevenção firma competência ao juízo que antecedeu outro na prática de algum ato ou medida (artigo 83 do CPP). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a regra da prevenção deve ser entendida em conjugação com o parágrafo único do artigo 75, de modo que a decretação de medidas urgentes, em procedimentos que não obedeceram à regra de distribuição, não previne a competência do juiz. (CONSTANTINO, 2016, p. 75).

Como dito, todavia, essa competência é de convalescer-se no tempo caso a defesa não embargue, preliminarmente, durante o primeiro ato em juízo a que seja permitida manifestar-se; seja por chamamento, seja por iniciativa própria. Ainda, próxima a competência por prevenção, o fenômeno da conexão e continência por vezes antecede aquilo que formaria a aptidão de julgar no caso concreto de maneira diversa; se não fosse alguns elementos que assim consolidam uma nova prerrogativa de função a juiz também natural.

Competência face de conexão e continência: a competência, face conexão e continência, estará jungida a questões resultantes de vínculos com infrações penais ou agentes (artigos 76, 77, 78 e 79 do CPP). Destaca-se que, em se tratando de foro por prerrogativa, preceitua a Súmula nº 704 do STF que não viola as garantias do juiz natural, da defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados. (CONSTANTINO, 2016, p. 75).

Portanto, de maneira diferente da prevenção, que convalida, a conexão e continência, quando presentes os elementos temáticos que as viabilizam, se tornam aptidões naturais ao juízo pré-determinado no tempo-espço e matéria; atraindo, inclusive, réus outrora estranhos a sua matéria. Em se tratando do tempo, isoladamente, é possível dizer que há possibilidade de tornar-se fator diferencial na fixação da competência.

Competência temporal: É quando se desloca competência em razão do tempo. O artigo 428 do CPP possibilita desaforamento, atinte aos processos do Júri, quando, em razão de comprovado excesso de serviço, o julgamento não possa ser realizado no prazo de

6 meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia. Por certo, é criticável a lei por estabelecer transferência de competência por delonga processual em face de deficiente prestação do serviço público. E o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não haverá desaforamento quando o excesso de prazo para o julgamento perante o Tribunal do Júri for justificado pela complexa instrução criminal. (CONSTANTINO, 2016, p. 76).

Assim, é possível perceber o fenômeno da competência por vários ângulos perspectivos; tornando, a partir daí, visível, intelectiva a matéria. Passa-se, por estrita competência legal, a pormenorizá-los desde o tipo de crime cometido, como por exemplo:

O artigo 74 do CPP prevê que competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri. O artigo 5º, XXXVIII, da CF assegura à instituição do júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Destaca-se que o artigo 4º do Decreto[-lei] nº 253/67 prevê que, nos crimes de competência da justiça federal, os quais devem ser julgados pelo tribunal do júri, observar-se-á o disposto na legislação processual, cabendo a sua presidência ao juiz a e competir o processamento da respectiva ação penal. (CONSTANTINO, 2016, p. 72).

Quando se refere sobre a competência para julgamento do *habeas corpus*, diversos regramentos dão conta dos limites jurisdicionais. A Constituição Federal, o Código de Processo Penal, a Constituição Estadual, as leis de Organizações Judiciárias e os Regimentos Internos dos Tribunais tratam sobre a matéria competencial. (CONSTANTINO, 2016, p. 85, grifo do autor).

Como o artigo 5º, LIII, da CF estabelece que ninguém será processado e nem sentenciado senão pela autoridade competente, é importante se compreender sobre a competência e sua divisão em *funcional* e *material*. A competência funcional é aquela que firma qual o órgão do poder judiciário será competente para realizar determinado ato vinculado a ação penal. Por sua vez, essa competência se divide em razão da fase processual, do objeto do juízo e do grau de jurisdição. (CONSTANTINO, 2016, p. 69, grifo do autor).

“Competência por distribuição: a competência por distribuição quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de juiz igualmente competente (artigo 75 do CPP).” (CONSTANTINO, 2016, p. 75).

Nova competência e os processos já sentenciados: trata-se de questão vinculada à existência de nova legislação sobre competência e seus reflexos em processos já sentenciados. Com a reforma trazida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o tema ficou efervescente, com entendimentos variados. Para resolver a questão, veio a Súmula nº 367 do STJ, publicada em 26.11.08, que preceitua que a competência estabelecida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 não alcança os processos já sentenciados. Dessa forma, segue orientação no sentido que a nova lei sobre competência não traz efeitos aos processos já decididos. (CONSTANTINO, 2016, p. 75-76).

“*Em razão da fase do processo*: trata-se da competência que se vincula ao momento processual. Exemplo: o juízo que julgar o feito criminal será o mesmo que executará a pena. *Em razão do objeto do juízo*: trata-se da competência que se vincula à questão que deve ser julgada. Exemplo: o juiz de direito decide sobre a juntada de documento, enquanto que os jurados decidem se o documento serve para absolver ou condenar. *Em razão do grau de jurisdição*: trata-se da competência que se vincula segundo a categoria inferior ou superior de jurisdição. Exemplo: a sentença condenatória do juiz de primeiro grau só poderá ser reformada por decisão do juízo de segundo grau. Já a

competência material é aquela que firma qual o órgão do poder judiciário será competente para realizar o processo e julgamento da ação penal. Por sua vez, se divide em razão do território, da matéria e da pessoa. *Em razão do território (ratione loci)*: o artigo 69, I do CPP dispõe que a competência jurisdicional será determinada pelo local em ocorreu a infração. Nesta esteira, o artigo 70 do CPP firma que a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. Contudo, tratando-se de crime de mera conduta, uma vez realizado o comportamento delituoso, o crime se consuma. Assim, o local da conduta é que ditará a competência. O mesmo servirá ao crime formal, face ficção jurídica da consumação antecipada. Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu (artigo 72 do CPP). Destaca-se que quando se tratar de ação penal privada, a competência poderá estar vinculada ao foro de domicílio ou residência do mesmo que conhecido o lugar da infração (artigo 73 do CPP). *Em razão da matéria (ratione materiae)*: o artigo 69, III, do CPP refere que a competência se determinará pela natureza da infração. Ou seja, conhecendo-se o crime, se conhecerá quem será competente para julgá-lo. Conforme o artigo 102, CF, competirá ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro; a revisão criminal de seus julgados; a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; os conflitos de competência entre o Superior Tribunal Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entres estes e qualquer outro tribunal. Outrossim, julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus* e o Mandado de Segurança, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, julgar (em recurso ordinário) o crime político e o recurso extraordinário.” (CONSTANTINO, 2016, p. 69-71, grifo do autor).

Essa competência, do Supremo Tribunal, será pormenorizada adiante, em tópico próprio. Vale introduzir, igualmente, o Superior Tribunal de Justiça, para que, em linhas gerais, se tenha ideia dos limites jurisdicionais:

Conforme o artigo 105, CF, competirá ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no artigo 102, I, *o*, como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos, as revisões criminais de seus julgados; a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. Outrossim, julgar em recurso ordinário, *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão e julgar recurso especial. (CONSTANTINO, 2016, p. 71, grifo do autor).

Abaixo do Superior Tribunal de Justiça, há os Superiores Tribunais próprios para questões Trabalhistas (que por fugirem da discussão penal aqui proposta, serão deixados de lado), os Militares e os Eleitorais.

Tratando-se de competência da Justiça Militar, temos o artigo 122 CF, que firma os órgãos da Justiça Militar como sendo Superior Militar, Tribunais e Juízes Militares. Outrossim, o artigo estabelece que à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Estes crimes vêm previstos no Código Penal Militar, instituído pelo Decreto nº 1001/69. (CONSTANTINO, 2016, p. 72).

Destaca-se que a Justiça Militar Estadual não tem competência para julgar crime doloso contra a vida, quando a vítima for civil, tampouco o crime praticado por civil, ainda que este atente contra instituição militar. A própria Súmula nº 53 do STJ refere

que compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais. Porém, os civis podem ser julgados pela Justiça Militar Federal desde que na forma expressa lei. Veja-se, ainda, que a lei diz sobre crime militar e não atos disciplinares militares, nos quais a justiça Militar não tem competência para julgá-los. (CONSTANTINO, 2016, p. 72-73).

No caso da competência da justiça eleitoral, o artigo 118 do CF e incisos prescrevem os órgãos da Justiça Eleitoral como sendo o Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais. Por sua vez, o Código Eleitoral, consubstanciado na Lei nº 4.737/65, estabelece crimes eleitorais. (CONSTANTINO, 2016, p. 72).

Assim, também de maneira sintética nesse momento, apenas para linhas gerais, há outrossim, a competência própria da Justiça Federal, mas que ficará jungida ao Superior Tribunal de Justiça, não tendo sua específica hierarquia superior assim como os Tribunais Estaduais.

O artigo 108 da CF estabelece a competência dos Tribunais Regionais Federais para processar e julgar, originariamente, as revisões de julgados seus ou dos juízes federais da região, os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou juiz federal; os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal; os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao tribunal. Outrossim, julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição. (CONSTANTINO, 2016, p. 71, grifo do autor).

Abaixo dos Tribunais Regionais Federais, os Juízes Federais, que tem sua matéria separada dos Juízes Estaduais; ainda que em ambos os casos, julguem-se questões civis e penais. O mesmo ocorre em relação aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça dos Estados.

Já o artigo 109 da CF firma a competência dos juízes federais para processar e julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; as causas relativas a direitos a que se refere o § 5º deste próprio artigo; os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos à outra jurisdição; os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; os crimes de ingresso ou imanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização. (CONSTANTINO, 2016, p. 71-72, grifo do autor).

“Quando a questão não estiver afeita aos outros juízos, emergirá a competência da justiça estadual, razão do seu caráter residual.” (CONSTANTINO, 2016, p. 73). Pode-se destacar das linhas gerais, igualmente, a competência em relação a crimes e contravenções penais demenor

potencial ofensivo.

Com relação ao Juizado Especial Criminal, a competência em razão da matéria deverá observar o artigo 60 da Lei nº 9.099/95 e que estabelece que será competente este juizado frente às infrações penais de menor potencial ofensivo. Já o artigo 61 da aludida lei considera infrações de menor potencial ofensivo (Contravenções Penais e Crimes) aquelas em que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) cumulada ou não com multa. (CONSTANTINO, 2016, p. 73, grifo do autor).

“*Em razão da pessoa (ratione personae)*, conforme o artigo 69, VII, do CPP, trata-se de competência de caráter funcional, por prerrogativa de função.” (CONSTANTINO, 2016, p. 73, grifo do autor).

O Tribunal Regional Federal [...] processará e julgará os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (artigo 108, I, da CF). (CONSTANTINO, 2016, p. 74).

O Tribunal de Justiça julgará o Prefeito Municipal (artigo 29, CF), os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (artigo 96, III, da CF). (CONSTANTINO, 2016, p. 73).

“Por certo, se a questão não estiver jungida aos outros juízos, sua competência será da justiça estadual, face seu caráter residual.” (CONSTANTINO, 2016, p. 74).

O Superior Tribunal de Justiça processará e julgará nos crimes comuns os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea ‘a’, ou quando o coator for sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (artigo 105, I, da CF). (CONSTANTINO, 2016, p. 74, grifo do autor).

Já o Supremo Tribunal Federal também terá competência originária, quando

[...] processará e julgará nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e Procurador-Geral da República; nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no artigo 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o Mandado de Segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral República e do próprio Supremo Tribunal Federal; o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos sujeitos diretamente à jurisdição do

Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em (artigo 102, I, da CF). (CONSTANTINO, 2016, p. 73, grifo do autor).

Competência política: o artigo 51, I, da CF refere que compete privativamente à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado. Trata-se de um juízo de admissibilidade. (CONSTANTINO, 2016, p. 74, grifo do autor).

“Salienta-se, ainda, que as constituições estaduais, outrossim, firmam competências para juízos políticos.” (CONSTANTINO, 2016, p. 75).

Por sua vez, o artigo 52, I e II, da Carta Magna revela que compete privativamente ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, além de processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade. (CONSTANTINO, 2016, p. 74-75).

Em linhas gerais, essa é a competência. De maneira menos abstrata, passa-se ao trato dos Tribunais, pormenorizadamente; na sequência, serão os recursos, com um breve intervalo para pontificar questões sobre os poderes *ex officio* dos juízes, bem como outras veleidades.

7.1 OS TRIBUNAIS E SUAS COMPETÊNCIAS

No Brasil, de maneira decrescente, o Judiciário é dividido de forma superposta e hierárquica, com algumas competências inclusive comuns, onde o Supremo Tribunal Federal guarda o Direito Constitucional, dando a última palavra sobre as feições desse, no âmbito do Poder Adjudicador; o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, mantém o respeito aos Tratados e demais documentos internacionais dos quais o Brasil faça parte, bem como uniformiza a interpretação das Leis em nível Federal; mas, há que se dizer, os Superiores Tribunais Trabalhista, Eleitoral e Militar, no que concerne a suas esferas, é que fazem essa uniformização; já os Tribunais de segundo grau, bem como os Regionais Federais são incumbidos, respectivamente, a tratar dos fatos e do Direito em vários âmbitos, tanto Cíveis, *lato sensu*, quanto penais – se dividem, todavia, entre questões que versem interesse tutelado pelos Estados em si, ou aos diretamente da União; por fim, os juízes de primeiro grau, além dos Federais, da mesma maneira, tratam dessas questões, mas são monocráticos e, normalmente, a porta de entrada do Poder Judicial. Porém, há maiores detalhes nesse enredo; começando, agora, de maneira detalhada e crescente.

Com o aparecimento da Lei nº 9.099/95, que instituiu o Juizado Especial Criminal, as contravenções penais e os crimes em que lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou com multa, passaram a ser considerados como infrações penais menor potencial ofensivo (artigo 61 da Lei nº 9.099 /95). (CONSTANTINO, 2016, p. 132, grifo do autor).

Aqui está a primeira e menor cisão de competência dos Tribunais e Juízes, apresentada de forma singela outrora, também porque nem guarda tanta complexidade; essa é a aptidão para julgar relativa aos crimes e contravenções penais de menor potencial ofensivo.

E, muito embora no ambiente do Juizado Especial Criminal vários institutos venham a beneficiar o indivíduo (composição, artigo 73, transação, artigo 76 e suspensão processual, artigo 89) é possível a aplicação da pena privativa de liberdade. É basta lembrar a conversão a pena restritiva de direito em prisão para se visualizar a possibilidade da impetração. Desta forma, tem havido o conhecimento de *habeas* sistema do Juizado Especial Criminal. (CONSTANTINO, 2016, p. 132, grifo do autor).

Há também o Juizado Especial Federal, regido por Lei própria, de nº 10.259/2001 (BRASIL, 2001).

Assim, sendo o coator autoridade vinculada à infração de menor potencial ofensivo, caberá ao Juiz do JECriminal processar e julgar *habeas* impetrado. Exemplo, se o Delegado da Polícia Federal for coator em face de ilegal termo circunstanciado de crime de menor potencialidade ofensiva, caberá ao Juiz Federal, com competência junto ao Juizado Especial Federal, receber o *mandamus*. (CONSTANTINO, 2016, p. 132, grifo do autor).

Para receber dessas ações, quando coatores os Juízes Estaduais ou Federais das Varas Especiais, estarão as respectivas Turmas Recursais. Se “[...] for o Juiz do JECriminal a autoridade apontada como coatora, a ação de *habeas* deverá ser direcionada ao colegiado recursal, ou turma. Por certo, este entendimento é intuitivo, em face do 82 da Lei nº 9.099/95 e que trata do julgamento da apelação.” (CONSTANTINO, 2016, p. 132, grifo do autor).

Porém, caso seja a turma recursal apontada como coatora, é de se ter cuidado com a súmula 690 do STF e que prescreve que compete originariamente ao STF o julgamento de *habeas* contra decisão de turma recursal de JECriminal. É que esse entendimento restou superado por decisões posteriores do próprio STF e que afastaram a competência do excelso para julgamento do remédio heroico, tendo a turma recursal como coatora, firmando a dos tribunais de segundo grau. (CONSTANTINO, 2016, p. 132-133, grifo do autor).

E apesar da Súmula nº 690 do STF (BRASIL, 2003a), jurisprudências posteriores do próprio Excelso fixaram os respectivos Tribunais de segundo grau competentes para lidar com a coação das Turmas Recursais. “Vale dizer, ainda, que, nesta esteira, não cabe, contra a decisão turmas do JECriminal, recurso ordinário constitucional ao Superior Tribunal de Justiça.” (CONSTANTINO, 2016, p. 133).

“Competente será o juiz singular de 1º grau, forte em seus limites de território, matéria,

distribuição, entre outros, quando a ofensa à liberdade de locomoção partir de autoridade ou particular sujeito a sua jurisdição.” (CONSTANTINO, 2016, p. 87). “Nesta esteira, desinteressa o conhecimento sobre o domicílio ou residência do paciente, pois a competência para julgamento do *habeas corpus*, seja de qual espécie for, é fixada pela sujeição da autoridade apontada coatora, vale dizer, junto ao juízo que tiver jurisdição sobre mesma.” (CONSTANTINO, 2016, p. 87- 88, grifo do autor).

“Quanto à distinta competência entre o juiz estadual e o juiz federal, basta [...] o artigo 109 da Constituição Federal [...]” (CONSTANTINO, 2016, p. 88). “Os Tribunais Regionais Federais e de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, via de regra, têm competência para processar e julgar *habeas corpus* em que o paciente ou coator for autoridade sujeita à sua jurisdição.” (CONSTANTINO, 2016, p. 87, grifo do autor).

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o ‘*exequatur*’, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

§ 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também

processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 1988, p. 1, grifo do autor).

Com a EC nº 45/04 ampliou-se

[...] a competência penal da Justiça Federal (CF, art. 109 V-A), no tocante à proteção dos Direitos Fundamentais, prevendo, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, a possibilidade de o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. Trata-se de regra processual que visa conceder maior efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente, em face do novo § 3º do art. 5º do texto constitucional. (MORAES, 2013, p. 1548).

Já o “[...] Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar julgarão *habeas corpus* relacionados às matérias de sua competência específica, quando a coação provier de jurisdição especializada de grau inferior.” (CONSTANTINO, 2016, p. 87, grifo do autor). “O direito militar não se restringe ao mero conhecimento das normas que regulam as infrações militares. Sua área de abrangência regulamenta todo universo das relações castrenses.” (CONSTANTINO, 2016, p. 126).

“Nesta senda, em face de sua gizada abrangência, o direito castrense resulta por estabelecer necessárias divisões internas, entre as quais a que especifica a Justiça Militar Federal e a Justiça Militar Estadual, com distintas organizações judiciárias.” (CONSTANTINO, 2016, p. 126). Continua pontificando que

O artigo 122 da CF estabelece como órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar, os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei. E o artigo 124 da CF, firma a competência da Justiça Militar, junto aos crimes militares definidos em lei, sendo que seu parágrafo único destaca que a lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar. Desta forma, o direito militar possui fundamento na Constituição Federal, no Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/69), no Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei nº 1.002/69), entre outros. (CONSTANTINO, 2016, p. 126-127).

Como o artigo 142, § 2º, da CF determina que não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares (a proibição, outrossim, alcança a Polícia Militar, nos termos do artigo 144, §§ 5º e 6º, da CF) não se pode confundir esta transgressão castrense com o efetivo crime militar. (CONSTANTINO, 2016, p. 127, grifo do autor).

A medida disciplinar militar está relacionada com a identidade própria do cidadão que assim adere a instituição, por isso, pela natureza da estrutura e teoria por trás dessa celeuma, o

Princípio da Hierarquia é forte nessa senda da administração pública; mas o crime militar sim, guarda relação direta com o Poder Judiciário.

Salienta-se que o Estatuto Militar (Lei nº 6.880/80) em seu artigo 51 preceitua que o militar que se julgar prejudicado ou ofendido por qualquer ato administrativo ou disciplinar de superior hierárquico poderá recorrer ou interpor pedido de reconsideração, queixa ou representação, segundo regulamentação específica de cada Força Armada. Já o artigo 51, § 3º, da aludida lei firma que o militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade qual estiver subordinado. (CONSTANTINO, 2016, p. 127).

Ou seja, mesmo no caso da medida disciplinar, quando inobservada a prerrogativa legal conferida ao Estado Maior do superior hierárquico, cabe *habeas corpus*; ainda que seja raro seu uso.

Quando a ilegalidade vier de juiz ou auditoria que conheça os feitos relativos à Marinha, Exército e Aeronáutica, teremos como órgão julgador do *habeas corpus* o Superior Tribunal Militar, artigo 6º, da Lei nº 8.457/92. Caso este tribunal denegue a ordem, em decisão de única instância, caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, face ao artigo 102, II, *a*, da CF. (CONSTANTINO, 2016, p. 128, grifo do autor).

No caso da Justiça Militar Estadual é diferente. Examinando, como exemplo, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu artigo 104, temos que a Justiça Militar Estadual se estabelece com órgãos do 1º Grau (Conselhos de Justiça) e de 2º Grau (Tribunal Militar do Estado). Desta forma, este Tribunal julgará os *Habeas corpus* quando a autoridade coatora for um de seus órgãos de 1º Grau. (Competência: Justiça Militar Estadual). (CONSTANTINO, 2016, p. 128, grifo do autor).

“Já o recurso ordinário contra a decisão do Tribunal Militar de Estado que denega ordem de *habeas corpus* será endereçado para o Superior Tribunal de Justiça, face ao artigo 105, II, *a*, da Carta Magna.” (CONSTANTINO, 2016, p. 128, grifo do autor). Na fenda eleitoral,

O artigo 118 do CF e seus incisos prescrevem os órgãos da Justiça Eleitoral como sendo o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais. Por sua vez, o Código Eleitoral, consubstanciado na Lei nº 4.737/65, estabelece crimes eleitorais. (CONSTANTINO, 2016, p. 130, grifo do autor).

Ilustra-se que o recurso cabível contra a decisão do Tribunal Regional Eleitoral que denega ordem originária de *habeas corpus* será ordinário-eleitoral, conforme consagra o artigo 276, II, alínea *b*, combinado com o § 1º do Código Eleitoral. Este recurso ordinário-eleitoral deverá ser interposto no prazo de três dias e será endereçado ao Tribunal Superior Eleitoral. E observando o disposto no artigo 102, II, *a*, da Carta Magna, temos que caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal quando a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, proferida em única instância, denegar ordem de *habeas corpus*. (CONSTANTINO, 2016, p. 130, grifo do autor).

Outrossim, o *habeas* no ambiente eleitoral é amplo, podendo se realizar na espécie liberatório, preventivo e profilático, neste último caso, como exemplos, para rechaçar gravação ilícita em face de indução para vantagem em troca de votos e desconstituir busca e apreensão determinada por juiz eleitoral em residência de prefeito. (CONSTANTINO, 2016, p. 130-131, grifo do autor).

Assim, aquilo que não for de competência das Superiores especializadas, será do Superior Tribunal Federal.

Dispõe o artigo 105, I, alínea *c*, da Constituição Federal que competirá ao Superior Tribunal de Justiça julgar *habeas corpus* quando o coator ou paciente for/forem:

- a) Governadores do Estado e do Distrito Federal;
 - b) Desembargadores do Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal;
 - c) membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal;
 - d) membros dos Tribunais Regionais Federais;
 - e) membros dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho;
 - f) membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios;
 - g) membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.
- (CONSTANTINO, 2016, p.86, grifo do autor).

Da mesma forma, compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de *habeas corpus* quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. (CONSTANTINO, 2016, p. 86, grifo do autor).

Veja-se que quando o Ministro de Estado ou comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica for coator, caberá ao Superior de Justiça o exame do *habeas corpus* (Emenda Constitucional nº 23). Contudo, quando as aduzidas pessoas forem pacientes, a competência originária será do Supremo Tribunal Federal. (CONSTANTINO, 2016, p. 86-87, grifo do autor).

E a competência do Supremo Tribunal Federal vem inscrita no art. 102 da Constituição (BRASIL, 1988). Destaca-se que o

[...] artigo 102, I, alínea *d*, da Constituição Federal que competirá ao Supremo Tribunal Federal julgar *habeas corpus* quando o paciente for:

- a) Presidente da República;
- b) Vice-Presidente;
- c) membros do Congresso Nacional;
- d) Ministros do Supremo Tribunal Federal;
- e) Procurador-Geral da República;
- f) Ministros de Estado;
- g) Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;
- h) membros dos Tribunais Superiores;
- i) membros do Tribunal de Contas da União;
- j) chefes de missão diplomática de caráter permanente. (CONSTANTINO, 2016, p. 85, grifo do autor).

Caso uma das Turmas julgadoras [...] seja coatora, é de se admitir que [...] seja direcionado para próprio Tribunal, na dicção do artigo 6º, *a*, do seu Regimento Interno diante do que preceitua a Constituição na [...] alínea *i* do inc. I do artigo 102. Por fim, competirá ao Supremo [...] o julgamento sujeito à sua jurisdição em uma única instância. (CONSTANTINO, 2016, p. 86).

Fechando com os apontamentos relativos ao Supremo, pontua-se que

[...] compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento do *habeas corpus* quando o coator for:

- a) Tribunal Superior, ou seja, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho ou Superior Tribunal Militar (é de se ilustrar que a Emenda Constitucional nº 22, de 8.3.99, ofertou ao Supremo Tribunal Federal a

competência originária do exame do *habeas corpus* impetrado contra constrangimento ilegal praticado por tribunal superior);
 b) autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. (CONSTANTINO, 2016, p. 85-86, grifo do autor).

Chega-se ao momento de análise dos poderes de iniciativa dos juízes. Além desses, as questões relacionadas aos pedidos liminares reiterados.

7.1.1 Oficialidade, pedido liminar e reiteração

Como narrado pela perspectiva histórica e teórica, o juiz das garantias é a figura originária da Constituição Principiológica do Estado. Sua legitimidade vem, justamente, de estar inerte, esperando provocação da parte acusatória no processo penal; mas há exceção: quando o Direito Fundamental da liberdade é retirado sem fundamento legítimo e legal – permitindo, *e officio*, que o juiz conceda o remédio.

O artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal consagra a figura do *Habeas corpus* de ofício: ‘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’. [...] É possível se observar uma crescente concessão de ordem de ofício, em face do aumento de impetrações de *habeas corpus*, e a restrição por parte dos tribunais sobre a admissibilidade do *mandamus*, principalmente contra ato ilegal passível de impugnação pela via recursal própria. É que nestes casos, o não conhecimento do *habeas*, quando presente a flagrante ilegalidade à liberdade de locomoção, tem dado lugar às concessões *ex officio*. (BRASIL⁸², 1941, p. 1 apud CONSTANTINO, 2016, p. 84, grifo do autor).

Essa concessão *ex officio*, bom que frise-se: não desloca o magistrado do papel de intermediário no processo penal; apenas o situa em seu lugar de garantidor. Nesse sentido, ele, enquanto juiz e não como cidadão propriamente, não tem aquela mesma legitimidade do impetrante; mas sim, lícita e autêntica da função de guarda dos Direitos Fundamentais.

Outro apontamento pertinente, nesse diapasão, é que essa crescente prática de concessão de ofício, quando o órgão julgador não conhece do pedido direto da parte ou não lhe confere procedência, todavia, libertando o paciente *ex officio*, segundo Toron (2017), sinaliza o divórcio entre as palavras e as ações do Judiciário. Já adentrando no aspecto dos pedidos liminares no *writ of liberty*, Constantino (2016, p. 99, grifo do autor) nos leva numa breve viagem no tempo:

Na antiga Roma, as casas possuíam na soleira da porta de entrada uma especial pedra, cujo tamanho determinava a importância da propriedade e também do seu proprietário. Esta pedra, por dar ingresso na residência, chamava-se de *pedra liminar*. Por sua vez, o Direito se apropriou desta concepção, firmando a ideia jurídica de ponto inicial. O pedido liminar se refere, então, a um requerimento de início, de imediação,

⁸² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Planalto**, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

enquanto que a decisão liminar é uma ordem provisória de soleira.

Assim, segundo o Art. 660, § 2º do CPP/41 (BRASIL, 1941, p. 1) se “[...] os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.”. “Nesta esteira, muito embora inexista referência clara ao pedido prévio, é possível se admitir que a legislação se harmoniza com a possibilidade de liminar junto ao *habeas corpus*.” (CONSTANTINO, 2016, p. 99-100, grifo do autor).

No âmbito do *habeas corpus*, a questão do pedido liminar é interessante. É que inexistente previsão legal para firmar liminar no pedido de *habeas* e se o *mandamus* é célere, cuja justa causa é perceptível *ictu oculi*, a princípio não haveria razão para a medida antecipatória. Contudo, a realidade fática revela delonga no julgamento do mérito do remédio heroico, razão que não se pode desprezar a oportunidade de decisões imediatas, em caráter liminar, a fim de satisfazer o devido direito. (CONSTANTINO, 2016, p. 99, grifo do autor).

É importante gizar que o deferimento de liminar, em pedido de *Habeas corpus*, não significa antecipação dos efeitos da sentença e, evidentemente, sequer pré-julgamento. A liminar se revela como providência para assegurar o direito esboçado pelo impetrante, inclusive dar eficácia ao deferimento definitivo da ordem, se a mesma for concedida. (CONSTANTINO, 2016, p. 100, grifo do autor).

Por isso é comum a subida de vários *Habeas Corpus*, indeferidos em seu pedido liminar; assim, explana que em

[...] relação à rejeição do pedido liminar junto ao *habeas corpus*, tem se observado a impetração de outro *habeas*, desta vez contra a decisão que não concedeu o requerimento prévio. Contudo, a súmula 691 do STF prescreve que não compete ao Supremo conhecer de *habeas* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas* requerido a superior, indefere a liminar. Ilustra-se que o entendimento basilar desta súmula, aprovada na sessão plenária de 24.09.03 do Supremo, reside na supressão de instância, pois o julgamento pelo STF, em matéria não examinada pelo competente tribunal *a quo*, seria superposição. (CONSTANTINO, 2016, p. 101, grifo do autor).

E apesar da súmula, o augusto Supremo Tribunal Federal tem concedido, a depender do caso em si, *ex officio*, a ordem ou julgando o mérito, quando manifesto o constrangimento ilegal, ou ainda, por demais abusivo, desproporcional (CONSTANTINO, 2016, p. 101). “Assim, tem-se admitido *habeas* contra a liminar denegada em *habeas* pelo tribunal superior em caráter de excepcionalidade.” (CONSTANTINO, 2016, p. 101, grifo do autor).

A sentença denegatória do *habeas corpus* não faz coisa julgada. É permitida, portanto, a reiteração do pedido desde que, no nosso entendimento, por novos motivos, outros documentos, etc. Releva considerar que, se a reiteração for mera repetição de motivos, argumentos já anteriormente aduzidos, a medida se mostrará de todo inócua, até porque a Câmara que apreciou a primeira impetração estará preventa, não havendo razão alguma para a modificação do provimento jurisdicional já anteriormente prestado, sem que se verifique qualquer alteração do panorama que, na primeira oportunidade, o ensejou. (DEMERCIAN; MALULY⁸³, 1995, p. 142 apud CONSTANTINO, 2016, p. 102, grifo do autor).

⁸³ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Habeas corpus*. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 142.

Por fim, vale destacar que o pedido liminar em *Habeas Corpus* tem caráter cautelar. Gagliardi⁸⁴ (1999, p. 20 apud CONSTANTINO, 2016, p. 100, grifo do autor) refere que

A cautelar é uma ação dentro da [...] principal, destinada a resolver uma faceta da questão, com urgência, tendo por isso como requisitos os nossos velhos conhecidos *fumus e periculum*. As cautelares não fazem coisa julgada, são alteráveis a qualquer momento e, no final do processo, são mantidas ou cassadas com julgamento do feito principal. As liminares são um simples requerimento, no corpo de um processo, mas não chegam a ser ação: as medidas cautelares propriamente ditas constituem procedimento, enquanto a liminar é requerimento dentro do processo. As liminares são uma espécie de gênero medida cautelar. Os mesmos requisitos e a característica da precariedade são comum a ambas.

Com segurança, pode-se ingressar na discussão sobre recursos a partir de agora. Sua introdução, entretanto, tratará, de forma sintética, da pertinência das decisões nos tribunais, pois são essas que os antecedem.

7.1.2 Decisões e recursos

As decisões de um magistrado, desembargador ou ministro, mesmo quando interlocutórias, como a concessão do pedido liminar, também tem força de sentença ou acórdão, ainda que precárias; assim, terão de observar certas peculiaridades. Inicialmente, terá o competente que embasar “[...] um juízo de admissibilidade junto à petição do impetrante. Em sendo conhecido o pedido e em se tratando de *habeas* impetrado no tribunal, forte arts. 662 e 664 do CPP, o presidente poderá requisitar informações junto à autoridade apontada como coatora [...]” (CONSTANTINO, 2016, p. 107, grifo do autor).

Em se tratando de concessão de ordem, o decisório deverá ser cristalino e expor se é o caso de:

- a) colocar em liberdade o paciente, salvo se por outro motivo deva ser mantido na prisão (artigo 660, § 1º), expedindo-se alvará de soltura;
- b) cassar a ameaça à liberdade do paciente, expedindo-se salvo-conduto em seu favor (artigo 660, § 4º);
- c) arbitrar fiança em favor do paciente, remetendo-se o feito a autoridade (artigo 660, § 3º);
- d) determinar alguma outra medida para afastar a ilegalidade contra a liberdade de locomoção. (CONSTANTINO, 2016, p. 108).

Na sentença, o magistrado manifestará sua interpretação da norma através da subsunção dos elementos do tipo, seu(s) verbo(s) nuclear(ers) e demais pertinências de maneira lógica-formal, aplicando o sistema jurídico no caso concreto; isso inclui todas as fontes possível que retratam o Direito em consonância aos fatos cotejados (CONSTANTINO, 2016). A sentença

⁸⁴ GAGLIARDI, Pedro. **As liminares em processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

do *remedium juris* observará as exigências do Artigo 381 do CPP/41 (CONSTANTINO, 2016).

Em sendo decisão de colegiado (acórdão), vale dizer que o mesmo deve conter obrigatoriamente o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva. Depreende-se que as mesmas lógicas formais referidas à sentença deverão estar presentes no que couber, e a decisão será tomada por maioria de votos. Em caso de empate haverá o voto do presidente, porém se este já tiver votado, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente. Veja-se que decisão de órgão colegiado de um tribunal, ainda trará ementa (resumo do decisório), bem como o nome do julgador relator e dos demais participantes, sendo que, no caso de votação não unânime, ainda a exposição do voto vencido. (CONSTANTINO, 2016, p. 108, grifo do autor).

Isto é: tanto uma sentença quanto um acórdão, deverão apresentar

[...] os nomes das partes ou [...] as indicações [...] para identifica-las; a exposição [...] do coator [...]; a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar decisão (garantia constitucional, artigo 93, IX, CF); a indicação dos artigos de lei aplicados; o fechamento do decisório (dispositivo); a data e a assinatura do juiz. (CONSTANTINO, 2016, p. 107-108).

A partir da decisão, abre-se o prazo para interposição do recurso cabível; assim no

[...] aspecto ontológico, é certo que o recurso necessário se difere do recurso voluntário, pois, entre outros, busca o conhecimento e confirmação da decisão pelo tribunal, e não, propriamente, sua reforma. Por isso que não há neste *reexame ex officio* interesse jurídico próprio de recorrente e, tampouco, alegações persuasivas. Basta que o sentenciante, ao final de seu decisório, determine a remessa do feito ao tribunal para o devido reexame. (CONSTANTINO, 2016, p. 109-110, grifo do autor).

O recurso necessário teve origem na apelação *ex officio*, instrumento utilizado para limitar os excessos promovidos pelos julgadores, nos processos inquisitivos portugueses do século XIV, já que toda a matéria criminal julgada devia ser reexaminada por ouvidores reais. Desta forma, havia extremo controle na atividade do julgante. (CONSTANTINO, 2016, p. 109, grifo do autor).

O artigo 574, II, do CPP estabelece que a sentença que conceder *Habeas corpus* obriga ao recurso *ex officio*. E como a lei se refere a sentença, é de ser entendida esta como decisão de juiz singular de primeiro grau, sujeita ao duplo grau de jurisdição ou à fiscalização dos órgãos jurisdicionais competentes. (CONSTANTINO, 2016, p. 110, grifo do autor).

Sem o recurso

[...] necessário, nada impedirá que seja interposto [...] voluntário [...], com a [...] motivação que busque [...] provimento. E se [...] matéria de nulidade não for arguida no voluntário, o *ex officio* solucionará, pois a súmula 160 do STF preconiza [...] nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no [...] da acusação [...] (CONSTANTINO, 2016, p. 111, grifo do autor).

E se “[...] ausente o *ex officio*, mas interposto recurso voluntário, como a matéria será conhecida pelo Tribunal em razão deste, a emissão daquele não será problema.” (CONSTANTINO, 2016, p. 111, grifo do autor).

É verdade que algumas decisões seguiram no sentido de que o recurso necessário violaria os princípios da inércia jurisdicional, da dignidade do cidadão e da ampla

defesa, sendo resquício do sistema inquisitório, incompatível com a vocação da Constituição cidadã e resíduo de poluição antidemocrática. Ademais, violaria os ditames do artigo 129, I da CF, razão que estaria revogada sua obrigatoriedade de interposição.

Contudo, o reexame necessário se mantém no cenário jurídico pátrio, já que prevalece o entendimento de sua constitucionalidade, inclusive por inexistir qualquer incompatibilidade junto ao artigo 129, I, da CF. (CONSTANTINO, 2016, p. 110).

E existe outro aspecto do recurso necessário problemático, que nem a Súmula nº 160 do STF (BRASIL, 1963a) soluciona: reduz a celeridade e, conseqüentemente, a eficácia do remédio, porque condiciona-o a dois exames em casas diferentes. “Ausente do decisório o recurso de ofício quando devido, professa Marques que ocorrerá incompletude e inoperância daquele.” (MARQUES⁸⁵, 1998, v. 2, p. 394 apud CONSTANTINO, 2016, p. 111).

“Nestas condições, não haverá trânsito em julgado da sentença, pois dita a súmula 423 do STF que não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.” (CONSTANTINO, 2016, p. 111, grifo do autor). Assim, resta o desembargador desviado de seu espaço original da lide, pois figura teorizado para a intermediação das partes, inerte enquanto recebe informações trazidas por provocação a seu juízo; seu deslocamento, além de retardar os trâmites, corrobora para o processo penal inquisitorial. Basta um breve excursus histórico para perceber-se a letargia causada pelo recurso necessário.

A origem etimológica da expressão *recurso* firma-se no vocábulo latino *recursus*, derivado do verbo *recurrere*, que significa *retornar, retroagir, retroceder*. É que o processo possui um curso que se traduz em um movimento para a frente e a verificação de uma decisão prolatada faz voltar os olhos ao passado. (CONSTANTINO, 2016, p. 109, grifo do autor).

Entendemos que, se a ordem for denegada e o impetrante for alguém do povo, sem capacidade postulatória, ele próprio poderá recorrer em sentido estrito. Ora, se a pessoa tem o direito de promover ação de *habeas corpus*, é certo que também faz jus aos direitos existentes dentro desta ação, entre os quais o de recorrer (quem pode o mais, pode o menos). Neste sentido, já se entendeu pela legitimidade recurso, promovido pelo impetrante leigo. (CONSTANTINO, 2016, p. 111-112, grifo do autor).

“A decisão do juiz que concede ou denega ordem de *habeas* admite ser atacada via recurso *stricto* (artigo 581, X, do CPP). O prazo para interposição recursal é de 5 dias (artigo 586 do CPP).” (CONSTANTINO, 2016, p. 111, grifo do autor). Problema é a jurisprudência defensiva dos Tribunais, que consolidou-se contra o remédio que todo cidadão tem Direito de usar, de próprio punho, em qualquer grau de jurisdição, seja quem for a autoridade; tamanha ditadura ainda inerente as práticas da República.

⁸⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 394.

Já com relação à substituição do recurso em sentido estrito por *habeas*, sempre defendemos que, em caso de denegação da ordem, poderia o recorrente desprezar o recurso ordinário e optar pela impetração de outro *habeas*, desta vez dirigido ao tribunal, seja em razão das condições da ação, bem como em face da celeridade processual, com ausência de contraditório. Contudo, a jurisprudência firmou orientação no sentido de que o *habeas* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. Nesta esteira, não se admitiu a substituição do recurso em sentido estrito por *habeas*. (CONSTANTINO, 2016, p. 112, grifo do autor).

Veja-se, sem acesso as demais instâncias, o paciente fica condicionado a concessão *ex officio* dos magistrados, desembargadores ou ministros, naquilo outrora apontado por Toron (2017) de divórcio entre as decisões e suas palavras. Fechando,

[...] o recurso em sentido estrito só será cabível nas decisões do juiz singular de primeira instância, o recurso ordinário constitucional, estabelecido nos artigos 102, II, *a*, e 105, II, *a*, da Constituição Federal é que será o meio possível para se recorrer contra as decisões denegatórias de *habeas* dos tribunais. (CONSTANTINO, 2016, p. 111, grifo do autor).

Há que se falar, igualmente, que junto a defensividade dos Tribunais em relação a restrição do alcance do pleito autônomo de *Habeas Corpus*, que segundo esses, não substitui recurso próprio, essa ação fora conferida não pela nossa Constituição, tampouco deva ser somente pela graça desses, de ofício, mas pela história da civilização em si, a todos os cidadãos de Estados Democráticos de Direito: remédio contra as arbitrariedades dos que ocupam esses espaços de Poder. Quando se restringe sua permeabilidade e fruição através da cadeia hierárquica de jurisdição, ainda que não o admitindo, mas concedendo a ordem *ex officio*, se compromete a própria Constituição de Estado; e isso, por si só, não é o único entrave.

Vale dizer, se o cidadão não pode manejar, de forma independente, objeções as palavras do magistrado, desembargador ou ministro, em embargos de declaração, por não ter a capacidade postulatória de advogado para os demais feitos atinentes ao *Habeas Corpus*: seu Direito Constitucional a repelir o abuso do Estado está diluído.

Como podem ser objetos de embargos declaratórios as decisões interlocutórias simples, interlocutórias mistas terminativas, interlocutórias mistas não terminativas, as sentenças e os acórdãos, é de se concluir que qualquer decisório vinculado ao *habeas* e que necessite ser esclarecido permite oposição de embargos de declaração. (CONSTANTINO, 2016, p. 112, grifo do autor).

Nos termos dos artigos 382 (sentença) e 619 do CPP (acórdão), os embargos poderão ser opostos no prazo de dois dias, quando houver no decisório ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. Ambiguidade é a *dúvida*, ou seja, o decisório contém assertivas que permitem diversas interpretações. Obscuridade é a *incompreensão* e ocorre quando a falta de clareza no decisório impossibilita o exato entendimento de seus limites. A diferença entre obscuridade e ambiguidade está em que nesta existe dúvida, enquanto naquela sequer dúvida existe. Contradição é a *divergência* e ocorre quando o decisório apresenta duas proposições antagônicas e que não podem subsistir concomitantemente. Omissão é a *falta* e se observa quando o

decisório resta carente de algum elemento obrigatório. (CONSTANTINO, 2016, p. 112-113, grifo do autor).

Os efeitos dos embargos podem ser entendidos por analogia aos dispositivos do CPC/15 (BRASIL, 2015) que cuidam disso, já que o Art. 3º do CPP/41 (BRASIL, 1941) assim permite; sendo, todavia, como já outrora criticada, perigosa a aproximação da teoria geral do processo, com a específica procedimentalística penal. “E se os embargos forem manifestamente intempestivos e não interrompem o prazo do embargante, o mesmo não se dirá ao embargado, pois como ele não tem como verificar de plano a referida intempestividade, não pode ser prejudicado.” (CONSTANTINO, 2016, p. 113).

“De outra banda, em se tratando de juizado especial criminal, o prazo dos embargos é de cinco dias e os efeitos suspendem o prazo recursal (artigo 83, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.099/95).” (CONSTANTINO, 2016, p. 113, grifo do autor). É possível, outrossim, usar-se de agravo de instrumento em *Habeas Corpus*; mas há uma peculiaridade, já que da primeira, para a segunda instância, o *remedium* sobe como recurso em sentido estrito.

“O artigo 28 da Lei nº 8.038/90 preceitua que, denegado o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.” (CONSTANTINO, 2016, p. 116). Ou seja: a partir do segundo grau, o *writ of liberty* sobre como agravo em recurso que pode ser ordinário, especial ou extraordinário, a depender do seu conteúdo.

O prazo de interposição do agravo de instrumento é de 5 dias (artigo 28, da Lei nº 8.038/90). E, em se tratando de agravo em agravo de instrumento, outrossim, será de 5 dias. É verdade que restou efervescente a questão do prazo, em face da alteração trazida pela Lei nº 12.322/10 ao artigo 544, caput, do Código de Processo Civil, firmando o prazo de 10 dias. Porém, a jurisprudência manteve o entendimento da súmula 699 do STF e que estabelece que o prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de 5 dias, já que em matéria criminal aplica-se o artigo 28 da Lei nº 8.038/1990 e não a alteração trazida pela Lei nº 12.322/10. (CONSTANTINO, 2016, p. 116-117).

É possível, ainda, embargos infringentes ou de nulidade, mas o “[...] Supremo Tribunal Federal, [...] tem entendido pelo não cabimento dos [...] infringentes no *habeas* julgado pelo Excelso, em face de ausência de previsão regimental.” (CONSTANTINO, 2016, p. 117, grifo do autor). Assim, somente aos Superiores, quando presentes em seus regimentos e na maneira como cada qual tece, é possível interpor-se frente a decisão colegiada.

Existem entendimentos não admitindo embargos infringentes ou de nulidade (artigo 609, parágrafo único, do CPP) contra a decisão em *habeas* de colegiado, não unânime e desfavorável ao paciente [...] é acertada esta orientação, pois os referidos embargos só são cabíveis em decisão não unânime, de segunda instância e desfavorável ao réu. Ora, o *habeas* não é recurso e tampouco possui réu. Ademais, seu julgamento não ocorre em segunda instância, mas em instância originária. (CONSTANTINO, 2016,

p. 117, grifo do autor).

O STJ pode ser o órgão originário quando o tópico é o *Habeas Corpus*. E a questão não tem muita complexidade; segundo o Art. 105, II, *a*, a CRFB/88

[...] estabelece o Superior Tribunal de Justiça como competente para julgar os *habeas corpus*, em recurso ordinário, denegados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Nesta senda, deverá haver decisão denegatória de *habeas* impetrado no âmbito da *única instância*, competência originária, ou *última instância*, quando há anterior pedido julgado e denegado. Evidentemente, se a ordem for concedida, o recurso ordinário constitucional não será cabível. O prazo para interposição deste recurso é de cinco dias (artigo 30 da Lei nº 8.038/90). O recurso ordinário constitucional não exige prequestionamento. Segue o entendimento de que o *habeas* não pode ser utilizado como substitutivo deste recurso, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com exceção de quando a ilegalidade é flagrante, hipótese em que se concede *habeas* de ofício. (CONSTANTINO, 2016, p. 114-115, grifo do autor).

Já o recurso especial, também voltado ao STJ, com suas especificidades é diferente.

O prazo de interposição [...] é de 15 dias (artigo 26 da Lei nº 8.038/90). Para a admissibilidade do recurso especial, também é necessário que não seja cabível qualquer recurso ordinário, não se trate de matéria de reexame de prova (Súmula 7 do STJ) e tenha havido prequestionamento. (CONSTANTINO, 2016, p. 116, grifo do autor).

O artigo 105, III, CF estabelece o Superior Tribunal de Justiça como competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, desde que a decisão recorrida:

a) Contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

Trata-se da interpretação equivocada do texto legal. Quanto a negação da vigência legal, é uma espécie de contrariedade à lei.

b) Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

Sendo a lei federal de maior hierarquia frente às leis estaduais ou municipais, prevalecerá sempre aquela sobre as estas.

c) Der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal; trata-se de discordância atual, a respeito de uma lei federal promovida por dois tribunais diferentes. As regras para comprovação da divergência vêm estabelecidas no artigo 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. (CONSTANTINO, 2016, p. 116, grifo do autor).

Vale ressaltar que o STF também pode receber recurso ordinário. É o Art. 102, III, *a*, CRFB/88 (BRASIL, 1988) que

[...] estabelece o Supremo Tribunal Federal [...] para julgar os *habeas corpus*, em recurso ordinário, denegados em única instância pelos Tribunais Superiores. Logo, para o cabimento [...] deverá haver decisão denegatória, [...] proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral [...] ou Superior Tribunal Militar. (CONSTANTINO, 2016, p. 113, grifo do autor).

O recurso ordinário constitucional não exige prequestionamento, pois pode ser deferido de ofício. E para seu conhecimento, basta que coação seja imputável ao órgão de jurisdição inferior, o que tanto ocorre quando esse haja examinado e repelido a ilegalidade aventada, quanto se omite de decidir sobre a alegação do impetrante ou

sobre matéria sobre a qual, no âmbito de conhecimento da causa, devesse se pronunciar. (CONSTANTINO, 2016, p. 113-114, grifo do autor).

“Conforme a Súmula nº 319 do STF, o prazo do recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal em *habeas* é de 5 dias, o que se harmoniza com o artigo 30 e seguintes da Lei nº 8.038/90.” (CONSTANTINO, 2016, p. 113, grifo do autor). “Observa-se que, em caso de concessão da ordem pelo tribunal superior, restará prejudicado o recurso ordinário constitucional, cabendo ao Ministério Público, se for o caso, interpor recurso extraordinário ao STF.” (CONSTANTINO, 2016, p. 114).

Vale dizer, ainda, que se tem entendido como incabível *habeas corpus* contra decisão proferida em recurso ordinário em *habeas corpus* pelo Tribunal Superior. E se julgado pelo Superior Tribunal de Justiça o recurso ordinário formalizado em processo revelador de impetração, o acesso ao Supremo faz-se em via das mais afuniladas, ou mediante recurso extraordinário. O *habeas* não pode ser substitutivo de recurso extraordinário. Por certo, que quando do manejo inadequado do *habeas* como substitutivo, nada impede sua análise de ofício, quando nas hipóteses de flagrante ilegalidade. (CONSTANTINO, 2016, p. 114, grifo do autor).

A Súmula nº 606 do STF (BRASIL, 1984) deixa claro: “Não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso.”. “Outrossim, tem-se entendido que diante da dicção do artigo 102, II, *a*, CF, é incabível a impetração de novo *habeas*, substituindo o recurso ordinário constitucional, já que esta alteração escamoteia o instituto recursal próprio e burla o preceito constitucional.” (CONSTANTINO, 2016, p. 114).

Já o recurso próprio ao STF, o extraordinário, se encontra regulado no Art. 102, III, da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Muito embora a Súmula 602 do STF prescreva que nas causas criminais o prazo de interposição de recurso extraordinário é de 10 (dez) a mesma perdeu seu sentido, já que tinha como fundamento a Lei nº 3.396/58, a qual foi expressamente revogada pelo artigo 44 da nº 8.038/90. Assim, forte no artigo 26 da Lei nº 8.038/90, o prazo é de 15 dias. (CONSTANTINO, 2016, p. 115).

[...] o Supremo Tribunal Federal [...] competente para julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) *Contrariar dispositivo desta constituição*, ou seja, violação da lei constitucional;
- b) *Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*, significa dizer que a decisão reconhece tratado ou lei federal contrário à Constituição;
- c) *Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição*, quando o tribunal não dá provimento à impugnação de inconstitucionalidade promovida contra lei ou ato municipal ou estadual;
- d) *Julgar válida lei local contestada em face de lei federal*, quando há impugnação de lei municipal ou estadual, forte em lei federal. (CONSTANTINO, 2016, p. 115, grifo do autor).

Assim, de plano percebe-se que o recurso extraordinário não obsta em seu espaço a

impetração de *Habeas Corpus*; e mais: nesse, pode versar o Controle de Constitucionalidade propriamente dito. Por isso, afirma-se:

Por certo, o controle de constitucionalidade pode ocorrer através de um simples julgamento, promovido por um juiz ou tribunal sobre um caso concreto, com efeitos *ex tunc, inter partes* e de caráter não vinculante, ou até por decisão do Supremo Tribunal Federal, de forma abstrata, com efeito *ex tunc, erga omnes*, de caráter vinculante. Contudo, neste caso, restará ao Senado Federal o pronunciamento pela suspensão da execução da lei declarada inconstitucional (artigo 50, X, da CF). (CONSTANTINO, 2016, p. 140, grifo do autor).

Assim, destaca-se a decisão do STF sobre o empasse que surgiu com a Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990a):

[...] no julgamento do *habeas corpus*, pela sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, sobre o § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, um aspecto fora do comum ocorreu. É que por maioria decidiu-se por declarar a inconstitucionalidade deste dispositivo legal, permitindo o direito à progressão no regime de cumprimento de pena, em crimes hediondos ou assemelhados [...] sem consequências jurídicas às penas já extintas, para afastar o óbice da aludida norma, desde que exista apreciação pelo magistrado, caso a caso, dos requisitos pertinentes à possibilidade de progressão. (CONSTANTINO, 2016, p. 140-141, grifo do autor).

Ocorre que, [...] um juiz de direito, [...] entre outros, entendia pela necessidade de comunicação ao Senado Federal, para, a seu critério, suspender a execução da lei declarada inconstitucional e por não haver decisão em ação direta de inconstitucionalidade [...] capaz de produzir eficácia contra todos e efeito vinculante, [...] (CONSTANTINO, 2016, p. 141).

fora interposta reclamação de competência.

A reclamação foi julgada procedente e, apesar do interessante debate sobre os reflexos da declarada inconstitucionalidade, o tema restou arrefecido pela superveniência da súmula vinculante nº 26 do em pleno julgamento da reclamação, e que obrigou, para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, observar a inconstitucionalidade do artigo 2º da nº 8.072. (CONSTANTINO, 2016, p. 141).

Dessa maneira, o controle de constitucionalidade e seus efeitos *erga omnes* no *habeas corpus* passou a ser possibilidade, ainda que remota (CONSTANTINO, 2016). Vale salientar, por fim, que

[...] para a admissibilidade do recurso extraordinário é necessário que não seja cabível qualquer recurso ordinário (Súmula 281 do STF), não se trate de matéria de reexame de prova (Súmula 279 do STF), tenha havido prequestionamento (Súmula 282 do STF) e repercussão geral de questão constitucional. (CONSTANTINO, 2016, p. 115-116).

8 JURISPRUDÊNCIA DA SENTINELA

Aquila non captat mufcas. [...] Aquila non aucupatur mufcas. Summi uiri negligunt minurula quepiam. Animus excelfus, res humiles deppicit. Aut egregie docti nonnunquã in minimis quibufdam labuntur. Et maximis occupati negocijs, ad pufilla quaedam cõniuent. (GERRITISZON, 1540, p. 555, grifo nosso)

Apesar do brocardo válido perfeitamente quando se percebe o contexto da maior Corte brasileira, sua importância, posição, seus decisórios e sua luta pela redução da violência e demais problemas sociais hodiernos, é verossímil dizer também que já houveram exceções e que ainda são possíveis de ocorrer, como nos casos desprestigosos onde questões insignificantes (como o furto de um boné ou mesmo de algumas galinhas, entre outros) subiram até o Augusto Tribunal. Essa e outras incoerências ocorrem porque problemas no sistema, na logística, no planejamento, na técnica, na jusfilosofia, nas doutrinas sedimentadas (já ultrapassadas em vários aspectos) e assim por diante, continuam sem resolução e ultrapassam a responsabilidade desse órgão e sua competência.

Perfeição não há naquilo que produzimos, é verdade, já que enquanto humanos, somos todos falhos, mas é possível maior adequação; não é uma obra passível a um homem ou a poucos, mas somente alcançável quando olvidas as melhores e novas doutrinas, de profissionais gabaritados e experientes, que mergulham na pesquisa, inclusive comparada – assim como de instituições com pastas específicas e metas a serem cumpridas, alcançadas. A soma desses conhecimentos e o engajamento público talvez seja o maior desafio.

O Censo Nacional do Poder Judiciário (BRASIL, 2014) dentre outros, por exemplo, é uma dessas iniciativas que permitem vislumbrar o perfil do juiz brasileiro: que é – de forma genérica – homem, de meia idade, caucasiano, de origem e classe média alta, e assim por diante. Esses dados são relevantes, pois permitem perceber a falta de representatividade, participação ou acesso das demais parcelas da sociedade aos espaços de poder político, que inclusive é tema de tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte; problema que se arrasta a décadas e que, provavelmente, assim permanecerá sem resolução por algum tempo.

Um breve comentário nesse sentido é sobre a declaração da Magna Carta, de 1215 (BRITISH LIBRARY, 2014) do Rei João Sem-Terra, que a melhor doutrina diz ser a raiz do instituto objeto desse estudo; o soberano, outrora compelido, assina o trecho que suscita o Direito dos cidadãos ao ‘julgamento pelos seus próprios pares’. Já retornando, vale dizer que outros estudos jurimétricos, como o caso do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2017), permitem traçar o perfil dos presidiários brasileiros;

abordagem por demais relevante e por isso mesmo, tratada em seção própria dessa pesquisa, *a posteriori* e com maior atenção.

A Justiça em Números (BRASIL, 2018), por sua vez, outra boa amostragem, complementa o horizonte de perspectiva através da análise do funcionamento dos Tribunais brasileiros, possibilitando perceber as porcentagens de seus processos; seus desenrolares e demais pertinências. Ainda e de maneira mais específica, as análises voltadas aos decisórios em *Habeas Corpus* de FigueiredoFilho, Paranhos e Rocha (2012), ou melhor, de Amaral (2016) – que tem outros tantos estudos nesse sentido, talvez a maior referência nacional em jurimetria de *Habeas Corpus* – também completam esse intrincado quebra-cabeças.

Mas a proposta quali-quantitativa aqui, dessa pesquisa, é outra abordagem; já que a contribuição desses mencionados é suficiente robusta. Esta proposta, vale dizer: também indispensável a percepção do instituto, reúne a fala, a menção de julgados das obras de autores, juristas com experiência nos Tribunais de todos os graus; pinça desses livros aquilo que parecia mais relevante com foco no Supremo Tribunal Federal.

É que uma das fontes mais pertinentes ao estudo do instituto do *Habeas Corpus*, a jurisprudência dos Tribunais, se faz necessária; principalmente no que diz respeito aos documentos expedidos. Por ser vasta, entretanto, a presente seleção é um recorte não linear dos entendimentos conflitantes ou coerentes, em várias direções e assuntos sortidos, do Egrégio, enquanto última palavra brasileira do judiciário no que concerne ao *mandamus* e sua técnica histórica.

A intenção dessa forma de apresentá-las ficará mais clara no capítulo de resultados; a capitação desses assuntos permite boa ideia dos alcances do remédio e dos entendimentos da Casa. Não é possível, igualmente, isolar tópicos de forma precisa; o que se quer dizer é que para melhor proveito do âmago dos julgados, utiliza-se de suas principais características nos subtítulos próximos, contudo, trazendo demais questões pertinentes em um diálogo fronteiro.

8.1 NO INQUÉRITO POLICIAL, DENÚNCIA, QUEIXA OU NA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

Desde a atividade persecutória, no Direito do suspeito, indiciado, réu ou mesmo da testemunha durante o inquérito policial de assistir-se por advogado, de não se incriminar e permanecer em silêncio, além de acesso ao advogado, aos autos, mesmo que protegidos por

sigilo, basta que findas as diligências (BRASIL⁸⁶, 2004 apud TORON, 2017, p. 56) é caso de remediar-se; aliás, permanecer em silêncio, recusar-se a produzir prova contra si mesmo ou desfavorável em algum sentido, sem que isso constitua-se crime de desobediência (BRASIL, 1998⁸⁷ 88, 1991⁸⁹ apud TORON, 2017, p. 63). Esse desrespeito contínuo pelas prerrogativas da advocacia culminou no pedido da OAB pela Proposta de Súmula Vinculante nº 1, (BRASIL⁹⁰, 2009 apud TORON, 2017, p. 56), tornando-se a de nº 14 pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009).

O Ministério Público pode ser autoridade coatora, não só o Delegado, como o Escrivão ou mesmo o Oficial de Justiça, além do Juiz de Direito, Desembargador, Ministro, entre outros (BRASIL⁹¹, 1992 apud CONSTANTINO, 2016, p. 38). “Também a coação ou a ameaça indireta à liberdade individual justifica a impetração da garantia constitucional inscrita no art. 5º, LXVIII, da CF.” (BRASIL⁹², 2003, p. 398 apud TORON, 2017, p. 65).

“O habeas corpus é uma ação constitucional de envergadura maior, e o é porque inerente a um princípio constitucional explícito, implícito, diria próprio ao direito natural, que é o princípio-base da vida: a liberdade.” (BRASIL⁹³, 2005, p.785 apud TORON, 2017, p. 35). “Embora o paciente não esteja preso, o procedimento criminal, pelo séquito de gravames que acarreta ao acusado, importa em restrição de sua liberdade de ir e vir.” (BRASIL⁹⁴, 1979, p. 168 apud TORON, 2017, p. 213).

Assim, cabe o remédio contra atipicidade *ictu oculi* mesmo ainda no inquérito policial

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 82.354-8**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 ago. 2004. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79033>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸⁷ Idem. **Habeas corpus nº 77.135-8**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 08 set. 1998. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77123>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸⁸ Idem. **Habeas corpus nº 75.527-5**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 set. 1998. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76061>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸⁹ Idem. **Habeas corpus nº 68.929-9**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 out. 1991. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71335>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁹⁰ Idem. **Proposta de súmula vinculante nº 1**. Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, DF, 02 fev. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583755>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁹¹ Idem. Recurso extraordinário criminal nº 141.209. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 140, p. 683-686, maio 1992. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/140_2.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁹² Idem. **Habeas corpus nº 83.162-1**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 02 set. 2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79277>>. Acesso em: 23 jul. 2018,

p. 398.

⁹³ Idem. **Medida cautelar em habeas corpus nº 86.864-9**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 20 out. 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80231>>. Acesso em: 23 jul. 2018, p. 785.

⁹⁴ Idem. **Recurso em habeas corpus nº 56.873**. Relator: Ministro Soares Munoz. Brasília, DF, 27 mar. 1979. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=97104>>. Acesso em: 23 jul. 2018, p. 168.

(BRASIL, 1989⁹⁵, 1991⁹⁶ apud TORON, 2017, p. 54). A serviço o remédio alcança a atipicidade penal, formal, material e em consequência tranca a ação (BRASIL⁹⁷, 2010 apud CONSTANTINO, 2016, p. 30); mas é bom que se tenha em mente a diferença entre crime tentado e consumado:

1. Roubos contra várias vítimas mediante uma só ação e com o mesmo desígnio é caso de concurso formal, e não de crime continuado, como consta da denúncia. Réu deve defender-se dos fatos mencionados na denúncia, e não do tipo e da qualificação penal nela assinalados. *Emendatio libelli*: o Juiz pode corrigir o libelo acusatório quando este descreve fato capitulado num crime e o qualifica outro, art. 383 do CPP. 2. Crime tentado e crime consumado: posse de produto do roubo. O roubo se consuma no instante em que a detenção da coisa móvel alheia se transforma em posse mediante a concessão de grave ameaça ou violência à pessoa, sendo irrelevante no direito brasileiro que o ladrão tenha posse tranquila e possa dispor livremente da “res furtiva” ou o lapso de tempo em que manteve a posse, ou ainda que tenha saído da esfera de vigilância da vítima. [...] No caso, a recuperação de parte dos bens roubados não transforma o crime consumado em crime tentado. 3. Reincidência: condenação anterior, trânsita em julgado, caracteriza reincidência e influi na dosagem da pena. 4. Habeas corpus conhecido mas indeferido. 5. Ordem concedida ex officio para cancelar a medida de segurança imposta na condenação, porque a Nova Parte Geral do Código Penal, Lei nº 7.209, 11-7- 84, eliminou esta medida para os imputáveis, e sendo a lei nova mais benigna, deve ser aplicada ao paciente, art. 2º, par. único, do CP. (BRASIL⁹⁸, 1994, p. 392 apud MOSSIN, 1997, p. 276).

Ainda relacionado ao Direito e prerrogativa do Advogado de ter vista aos autos do IP, do contrário, caracterizando cerceamento de defesa (BRASIL⁹⁹, 2004 apud TORON, 2017, p. 53). Mas há que frisar-se, por exemplo, duas óticas: “O Habeas corpus não é meio hábil para questionar-se aspectos ligados quer ao inquérito civil público, quer à ação civil pública, porquanto, nesses procedimentos, não se faz jogo, sequer na via indireta, a liberdade de ir e vir.” (BRASIL¹⁰⁰, 2009, p. 721 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 106).

Uma vealidade para os menores infratores, noutra exemplo aleatório, é que há prazo para transformar-se o cerceamento provisório em definitivo:

O prazo de 45 dias, previsto no art. 183 do ECA, diz respeito à conclusão do procedimento de apuração do ato infracional e para prolação da sentença de mérito,

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 67.039-3. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 31 out. 1989. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70131>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁹⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 68.348-7. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, 20 mar. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70902>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁹⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 102.422. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 10 jun. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627301>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁹⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 70.550-2. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 03 maio 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72518>>. Acesso em: 30 jul. 2018, p. 392.

⁹⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 82.354-8. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 ago. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79033>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁰⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 90.378. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 13 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605429>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

quando o adolescente está internado provisoriamente. Proferida a sentença de mérito, resta prejudicada a alegação de excesso de prazo da internação provisória. (BRASIL¹⁰¹, 2010, p. 658 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 85).

O que nos permite perceber que até aos impúberes serve o remédio, ainda que no caso em tela, tenha sido denegada. Noutra exemplo, a título de esboço, não cabe o *writ* contra a “[...] invasão de terras públicas e formação de quadrilha [...]. O habeas corpus não é a trilha adequada para que se reconheça a própria regularidade da posse das terras objeto da denúncia.” (BRASIL¹⁰², 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 91). Veja-se, nos dois exemplos o processo estava no limiar, em sua origem ainda; mas já era possível utilizar-se do *mandamus*, em que pese não terem sido acolhidas as alegações – a frente ver-se-á casos de acolhimento.

“Habeas corpus – Prescrição da ação penal. Trancamento. Ação penal proposta após o decurso do biênio prescricional. O habeas corpus é remédio idôneo para determinar o trancamento da ação penal prescrita. Habeas corpus conhecido e provido.” (BRASIL¹⁰³, 1990, p. 96 apud MOSSIN, 1997, p. 291). “Habeas corpus. Se a elevação do quantum da pena decorrente de provimento do recurso da acusação não altera o prazo prescricional, impõem-se declarar a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. Habeas corpus concedido.” (BRASIL¹⁰⁴, 1992, p. 331 apud MOSSIN, 1997, p. 291).

O presente habeas corpus, que visa ao trancamento de eventual inquérito e ação penal, não se justifica, quando se cuida de noticiados em reportagens jornalísticas sem referência a ato da autoridade como coatora. O trancamento de inquéritos e ações penais em curso – o que não se vislumbra na hipótese dos autos – só é admissível quando verificadas a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência. Elementos indiciários demonstrativos de autoria e prova da materialidade. Precedentes. (BRASIL¹⁰⁵, 2007 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 41).

Há mais precedentes sobre a mesma leitura (BRASIL¹⁰⁶, 2011 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 41). “O habeas corpus visa preservar a liberdade de ir e vir, ameaçada ou afastada direta

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 102.057**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 01 jun. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612383>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁰² Idem. **Habeas corpus nº 97.980**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 fev. 2010.

¹⁰³ Idem. **Habeas corpus nº 67.976-5**. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 29 maio 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70637>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

¹⁰⁴ Idem. **Habeas corpus nº 68.973-6**. Relator: Ministro Celio Borja. Brasília, DF, 11 fev. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71370>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

¹⁰⁵ Idem. **Habeas corpus nº 89.398-8**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 20 set. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491826>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁰⁶ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 95.782**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 02 ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626068>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

ou indiretamente. Não é meio hábil à preservação da imagem de envolvido em inquérito.”

(BRASIL¹⁰⁷, 2011, p. 40 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 74).

Inquérito policial – Requisição por Promotor de Justiça contra Prefeito Municipal: inadmissibilidade: prerrogativa de foro (art. 29, X, da CF). HC contra decisão de Ministro do STJ, que denegou medida liminar para trancamento do inquérito: competência originária do STF (art. 102, I, *i*, da CF). Tratando-se de HC contra decisão Ministro do STJ, compete ao STF processá-lo e julgá-lo, originariamente (art. 102, I, *i*, da CF). Na inicial, pleiteia o impetrante a concessão de HC, para trancamento já instaurado por requisição de Promotor de Justiça ao Delegado de Polícia local, embora envolvendo, como indiciado, o Prefeito Municipal, que goza de prerrogativa foro, em eventual ação penal, junto ao TJE. Não é caso, porém, de se trancar o IP, e de se determinar a sua remessa ao TJE, que, em princípio, é o competente para receber eventual denúncia contra Prefeito Municipal e os que com ele forem denunciados. HC deferido apenas em parte, ou seja, não para o trancamento do IP, mas, sim, para remessa ao TJMG, que concederá vista dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, para requerer o que lhe parecer de direito. Fica, em consequência, confirmada medida liminar, deferida pelo Relator, no STF, que suspendeu a realização do interrogatório dos pacientes, marcada no referido IP. (BRASIL¹⁰⁸, 1996, p. 288 apud MOSSIN, 1997, p. 273).

É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a extinção da Comissão Parlamentar de Inquérito prejudica o conhecimento do habeas corpus impetrado contra as eventuais ilegalidades de seu relatório final, notadamente por não existir legitimidade passiva do órgão impetrado. Precedentes. (BRASIL¹⁰⁹, 2008, p. 1241 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 100-101).

Não é decisão isolada (BRASIL¹¹⁰, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 101). É possível remediar também equívocos tomados afoitamente como crimes ao sistema financeiro nacional (BRASIL, 1990b), quando em processo administrativo interno, o Banco Central volta atrás para anunciar a compatibilidade da conduta do outrora imputado ao Ministério Público Federal, que assim, perde a legitimidade da representação criminal levada a juízo (BRASIL¹¹¹, 2002 apud TORON, 2017, p. 143). Assim, para evitar indiciamento (BRASIL¹¹², 2013 apud TORON, 2017, p. 68) o *writ* se presta e mais: para conter o juiz em seu local de fala e atuação:

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 102.641**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622114>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁰⁸ Idem. **Habeas corpus nº 74.403-6**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 05 nov. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75210>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

¹⁰⁹ Idem. **Habeas corpus nº 95.277-1**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=576881>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹¹⁰ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 87.214**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 06 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611732>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹¹¹ Idem. **Habeas corpus nº 81.324-1**. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 12 mar. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78702>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹¹² Idem. **Habeas corpus nº 115.015**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 27 ago. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=4499239>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

1. Sendo o ato de indiciamento atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. [...] Ordem concedida. (BRASIL¹¹³, 2013, p. 1 apud TORON, 2017, p. 163).

Vale *writ* contra denúncia anônima sem diligências posteriores que flagrem o crime (BRASIL, 1996¹¹⁴, 2008¹¹⁵, 2010¹¹⁶ 117 118, 2013¹¹⁹ 120, 2014¹²¹ apud TORON, 2017, p. 148) e ainda, com atividade policial de acordo com a reserva jurisdicional; ou seja: com autorização judicial para quebra de sigilos dos suspeitos denunciados, mas embasados única e exclusivamente na acusação desconhecida (BRASIL, 2007¹²² 123, 2012¹²⁴ apud TORON, 2017, p. 147-149). Isso se dá conquanto não havendo posterior crime praticado, não há quem responsabilizar civilmente pela acusação, além da questão da prática policial paralegal.

“A superveniência de sentença penal condenatória torna prejudicada a impetração que

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 115.015. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 27 ago. 2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499239>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹¹⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 74.195-9. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 13 ago. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75059>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹¹⁵ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 86.082-6. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 05 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542891>>. Acesso em: 23 jul. 2018

¹¹⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 99.490. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 23 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618126>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹¹⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 90.178. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 02 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609638>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹¹⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 95.244. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610276>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹¹⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 105.484. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 12 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3649644>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹²⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 113.597. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 05 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4339847>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹²¹ Idem. *Agravo regimental no habeas corpus* nº 120.234. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 11 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5512657>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹²² Idem. *Habeas corpus* nº 84.827-3. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495536>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹²³ Idem. *Habeas corpus* nº 84.827-3. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495536>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹²⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 108.147. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3320469>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

visava ao trancamento da ação penal, falta de justa (precedentes).” (BRASIL¹²⁵, 2006, p. 578 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 49); na mesma esteira, há mais decisórios (BRASIL, 2009¹²⁶, 2010¹²⁷, 2011¹²⁸ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 49-50). Já em relação a “[...] aceitação de proposta de suspensão condicional do processo [noutro exemplo] não subtrai ao réu o interesse jurídico para ajuizar pedido de habeas corpus para trancamento da ação penal por falta de justa causa.” (BRASIL¹²⁹, 2008, p. 309 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 133); mais julgados similares (BRASIL, 2005¹³⁰, 2006¹³¹ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 133).

Processo – Suspensão – Habeas corpus. A suspensão do processo operada a partir do disposto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, não obstaculiza impetração voltada a afastar a tipicidade da conduta. [...] O que cumpre ter presente é a possibilidade, ainda que latente e ante certo ato, de o paciente, por este ou aquele motivo, vir a sofrer cerceio na liberdade de ir e vir. Então, tem-se que, deixando o acusado de atentar para as condições fixadas quando da formalização do termo concernente à suspensão do processo, segue-se a retomada do curso da ação penal para prolação da sentença, no sentido de absolver ou condenar. É o suficiente para se assentar o interesse de agir na via do habeas corpus. (BRASIL¹³², 2005, p. 380 apud TORON, 2017, p. 293).

“O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada quando indiscutível a ausência de justa causa ou quando há flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída.” (BRASIL¹³³, 2009, p. 485 apud

¹²⁵ BRASIL. *Habeas corpus* nº 88.292-7. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 13 jun. 2006, p. 578. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382117>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹²⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 86.535. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607651>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹²⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 96.319. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 09 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609644>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹²⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 93.368. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 09 ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626596>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹²⁹ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 82.365-3. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 27 maio 2008, p. 309. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535833>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹³⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 85.747-7. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 jun. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354294>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹³¹ Idem. *Habeas corpus* nº 89.179-9. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 21 nov. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=435200>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹³² Idem. *Habeas corpus* nº 85.747-7. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 jun. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354294>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹³³ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 95.958-0. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 18 ago. 2009, p. 485. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602268>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 103). Os precedentes são numerosos (BRASIL, 2008¹³⁴ ¹³⁵, 2009¹³⁶, 2010¹³⁷ ¹³⁸ ¹³⁹, 2011¹⁴⁰ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 103).

O habeas corpus é meio processual destinado à proteção do direito de ir e vir ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder. Daí a impropriedade desse instrumento processual para solver controvérsia cível. Ainda que se admita que a ação de improbidade administrativa tem natureza penal, não há como trancá-la em habeas corpus, porquanto as previstas na Lei nº 8.429/92 não consubstanciam risco à liberdade de locomoção. (BRASIL¹⁴¹, 2009, p. 332 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 95-96).

Cabe o *writ* contra representação descaracterizada de apropriação indébita (BRASIL, 1995¹⁴² ¹⁴³, 2001¹⁴⁴ apud TORON, 2017, p. 160), inclusive quando em face de descumprimento contratual pelo recebimento de honorários advocatícios (BRASIL¹⁴⁵, 2003 apud TORON, 2017, p. 159). “Possível a concessão de habeas corpus para a extinção de ação penal sempre que se constatar ou imputação de fato atípico, ou inexistência de qualquer elemento que demonstre a autoria do delito, ou extinção da punibilidade.” (BRASIL¹⁴⁶, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO,

¹³⁴ BRASIL. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 87.186**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 dez. 2008.

¹³⁵ Idem. **Habeas corpus nº 92.246-5**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 11 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599220>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹³⁶ Idem. **Habeas corpus nº 96.909**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 17 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606676>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹³⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 102.046**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 28 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616376>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹³⁸ Idem. **Habeas corpus nº 102.946**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615486>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹³⁹ Idem. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 585.901**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615316>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁴⁰ Idem. **Habeas corpus nº 102.730**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 08 fev. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622011>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁴¹ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 100.244**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 24 nov. 2009, p. 332. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608253>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁴² Idem. **Habeas corpus nº 72.731-0**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 31 out. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73985>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁴³ Idem. **Habeas corpus nº 72.858-8**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74076>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁴⁴ Idem. **Habeas corpus nº 80.659-7**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 07 ago. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78476>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁴⁵ Idem. **Habeas corpus nº 83.166-4**. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 28 out. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79280>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁴⁶ Idem. **Habeas corpus nº 102.422**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 10 jun. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627301>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

2012, p. 90- 91); na mesma linha (BRASIL¹⁴⁷, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 91).

O STF já se manifestou, aliás, sobre trancamento da ação penal, onde declarou não macular “[...] a cláusula constitucional do monopólio do poder de iniciativa do Ministério Público em matéria de persecução penal e tampouco transgride o postulado do juiz natural nos procedimentos do júri.” (BRASIL¹⁴⁸, 2013, p. 2 apud TORON, 2017, p. 127). Cabe *Habeas* contra atipicidade em crimes tributários (BRASIL, 1990b), pois sem a prévia constituição do crédito, não há passivo; o que é conglobado pela falta de justa causa (BRASIL¹⁴⁹, 2003 apud TORON, 2017, p. 143). É o que ficou condensado na Súmula Vinculante nº 24 do STF (BRASIL¹⁵⁰, 2009 apud TORON, 2017, p. 143).

Contra o recebimento da denúncia (BRASIL¹⁵¹, 1997 apud TORON, 2017, p. 54), ou mesmo inépcia da peça inicial (BRASIL, 1994¹⁵², 2001¹⁵³, 2004¹⁵⁴, 2005¹⁵⁵ apud TORON, 2017, p. 52-53). Todavia, vale dizer que as características do *habeas corpus* em seus requisitos substanciais devem estar presentes; sob pena de falta de pressupostos, carência ou mesmo disfuncionalidade do instrumento para o fim preterido:

Alegação de inépcia da denúncia e falta de justa causa para a ação penal. [...] Inviável no acanhado procedimento do habeas corpus, a apreciação das afirmativas dos Impetrantes, porque demandariam análise do conjunto probatório em sede judicial própria. [...] Não se tranca ação penal, quando descrita na denúncia, comportamentos típicos, ou seja, quando factíveis e manifestos os indícios de autoria e materialidade delitivas. [...] O exame da alegada inocência do Paciente não se coaduna com a via processual eleita, sendo essa análise reservada aos processos de conhecimento, nos

¹⁴⁷ BRASIL. *Habeas corpus* nº 91.464. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 02 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612222>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁴⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 593.443**. Relator: Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 06 jun. 2013, p. 2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5919232>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁴⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 81.611-8. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78807>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁵⁰ Idem. **Súmula vinculante nº 24**. 02 fev. 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁵¹ Idem. *Habeas corpus* nº 75.578-0. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 25 nov. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76094>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁵² Idem. *Habeas corpus* nº 70.687-8. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 08 mar. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72610>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁵³ Idem. *Habeas corpus* nº 80.549-3. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 20 mar. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78436>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁵⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 83.948-7. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384848>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁵⁵ Idem. **Recurso ordinário em Habeas corpus nº 85.658-6**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 21 jun. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102974>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

quais a dilação probatória tem espaço garantido. (BRASIL¹⁵⁶, 2009, p. 487 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 123).

Nesse sentido, julgados precedentes não faltam (BRASIL, 2009¹⁵⁷, 2010¹⁵⁸ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 124); é comum a utilização do *habeas* visando análise probatória dilatada, o que leva a sua negação de plano. Mas à peça acusatória deve constar todos os fatos pertinentes a tipicidade do delito, descrevendo em subsunção às elementares e verbos nucleares do dispositivo, ao menos em tese, configurando conduta criminal (BRASIL¹⁵⁹, 2006 apud CONSTANTINO, 2016, p. 60); tendo essa a devida materialidade e imputação individual, segundo o Art. 41 do CPP/41 (BRASIL, 1941), sob pena de inepta: violando o *due process of law* (BRASIL¹⁶⁰, 1996 apud CONSTANTINO, 2016, p. 59).

O Ministério Público possui legitimidade processual para defender em juízo violação à liberdade de ir e vir por meio de *habeas corpus*. É, no entanto, vedado ao Parquet utilizar-se do remédio constitucional para veicular pretensão que favoreça a acusação. O reconhecimento da incompetência do juízo ou a declaração de inconstitucionalidade de resolução há de ser provocada na via processual apropriada. Atuação ministerial que fere o devido processo legal e o direito à ampla defesa. (BRASIL¹⁶¹, 2008, p. 786 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 125-126).

O MP não pode impetrar *habeas corpus* senão para favorecer terceiros: jamais para prejudicar; isso porque se distorceria totalmente o conteúdo teórico-técnico-histórico da cláusula assecuratória de liberdade de locomoção. Há julgado similar (BRASIL¹⁶², 1997 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 62).

O Ministério Público dispõe de legitimidade ativa ad causam para ajuizar, em favor de terceiros, a ação penal de *habeas corpus*. O remédio processual do *habeas corpus* não pode ser utilizado como instrumento de tutela dos direitos do Estado. Esse writ constitucional há de ser visto e interpretado em função de sua específica destinação

¹⁵⁶ BRASIL. *Habeas corpus* nº 95.270-4. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 24 mar. 2009, p. 487. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589347>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁵⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 92.753. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607665>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁵⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 102.946. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615486>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁵⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 86.622-1. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 29 ago. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368233>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

¹⁶⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 73.271-2. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 19 mar. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74372>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

¹⁶¹ Idem. *Habeas corpus* nº 91.510-8. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 11 nov. 2008, p. 786. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570147>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁶² Idem. *Habeas corpus* nº 75.347-7. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 03 dez. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75920>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

tutelar: a salvaguarda do estado de liberdade do paciente. A impetração do habeas corpus, com desvio de sua finalidade jurídico-constitucional, objetivando satisfazer, ainda que por via reflexa, porém de modo ilegítimo, os interesses da Acusação, descaracteriza a essência desse instrumento exclusivamente vocacionado à proteção da liberdade individual. Não se deve conhecer do pedido de Habeas corpus quando este, ajuizado originariamente perante o Supremo Tribunal Federal, é desautorizado pelo próprio paciente (RISTF, art. 192 parágrafo único). (BRASIL¹⁶³, 1993, p. 248 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 61-62; TORON, 2017, p. 309).

Ainda que o Ministério Público detenha a prerrogativa de *dominus litis*, não prescindindo da reserva jurisdicional, que avalia se há alicerce para a *ius perseguendi* na pertinência entre a fase policial e a *opinio delicti*; isso ocorre porque o oferecimento da denúncia submete-se ao controle estrito jurisdicional, pela tutela do *status libertatis* do imputado (BRASIL¹⁶⁴, 1991 apud TORON, 2017, p. 168). Assim, a “[...] imputação penal não pode ser a expressão arbitrária da vontade pessoal do órgão acusador.” (BRASIL¹⁶⁵, 2001, p. 653 apud TORON, 2017, p. 168).

Recurso de Habeas corpus. – Ministério Público – Monopólio da ação penal pública – Constituição de 1988 (art. 129, I) – Condenação proferida pela Justiça Militar da União Superior Tribunal Militar – Crime de deserção – Persecução criminal iniciada por termo subscrito por autoridade militar – Superveniência da nova constituição. Devolução da legitimado ad causam ao Ministério Público. Anulação da decisão condenatória. Recurso provido. (BRASIL¹⁶⁶, 1990, p. 333 apud MOSSIN, 1997, p. 288).

A denúncia excessiva, exasperante, pode ser atacada via ação de *habeas corpus* tendo em vista o risco a liberdade de locomoção do acusado (BRASIL¹⁶⁷, 2005 apud TORON, 2017, p. 168); ainda que o réu defenda-se dos fatos narrados (BRASIL¹⁶⁸, 1978 apud TORON, 2017, p. 168). É que para esses fatos é necessário o controle, a segurança da tipicidade penal, com seus elementos, verbos nucleares e relações processuais, bem como sanções cominativas. O juiz pode fazer exame superficial da imputação no recebimento da denúncia, ensejando o *mutatio libelli* ou rejeitando a peça pelo excesso de capitulação; “[...] se a

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 69.889-1: diligência. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 02 fev, 1993, p. 248. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80097>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁶⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 68.926-4. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 10 dez. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71332>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁶⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 80.542-6. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 15 maio 2001, p. 653. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78433>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁶⁶ Idem. *Recurso de habeas corpus* nº 68.314-2. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102484>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

¹⁶⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 84.653-0. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 02 ago. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358001>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁶⁸ Idem. *Recurso de habeas corpus* nº 56.726-6. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 21 nov. 1978. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=97025>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

classificação do crime, contida na denúncia, mostra-se patentemente errônea e exasperante, serve o *habeas corpus* para remediar a ilegalidade.” (BRASIL¹⁶⁹, 1981, p. 54 apud TORON, 2017, p. 169). A denúncia ou queixa, enquanto propostas à sentença condenatória, governam o rumo da ação e instrução, fixam o núcleo substantivo da causa, delimitam o campo *judicium* da defesa; porque é ao redor dessas que se estrutura e desenvolve todo o processo, culminando no dispositivo transitado em julgado.

É de permitir-se o exercício da ampla defesa (BRASIL¹⁷⁰, 2008 apud TORON, 2017, p. 19) ao réu, por meio do contraditório, sem cerceamento (BRASIL¹⁷¹, 2006 apud CONSTANTINO, 2016, p. 60), o que sem critérios de segurança sobre a atividade acusatória não seria possível. Tendo o encadeamento caráter agônico ou dialético, os movimentos de contradição real ou linguística da acusação, quais radicam a ampla defesa em substância, somente dar-se-ão em face de libelo conhecido e bem determinado; o que garante a arguição de inépcia da denúncia e conseqüente nulidade processual absoluta e insanável após prolatada sentença (BRASIL, 2003¹⁷², 2005¹⁷³, 2015¹⁷⁴ apud TORON, 2017, p. 241-242).

Há quem veja, todavia, que exsurge preclusão, já que batido o martelo; a não ser quando da pendência de recurso ou *habeas corpus* (BRASIL¹⁷⁵, 2006 apud TORON, 2017, p. 242). O que não parece o mais seguro no devido processo penal, pautado pela lógica da teoria dos jogos (ROSA, 2013), já que há inocentes nos bancos dos réus, eventual, falsa ou erroneamente imputados e, por vezes, sua única saída é a redução de danos, assumindo culpa que não tem, em transações penais formais ou paralegais.

¹⁶⁹ BRASIL. *Habeas corpus* nº 59.001-2. Relator: Ministro Firmino Paz. Brasília, DF, 14 ago. 1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=98199>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁷⁰ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 95.009-4. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 06 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁷¹ Idem. *Habeas corpus* nº 88.310-9. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 05 set. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390030>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

¹⁷² Idem. *Habeas corpus* nº 83.301-2. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 dez. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79315>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁷³ Idem. Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 85.658-6. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 21 jun. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102974>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁷⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 105.953. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000255276&base=baseMonocromaticas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁷⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 86.630-1. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 24 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393992>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

As denúncias genéricas são remediadas (BRASIL¹⁷⁶, 2006 apud CONSTANTINO, 2016, p. 30), já que não coadunam com os postulados basilares do Estado Democrático de Direito; não descrevem os fatos e a imputação em conformidade ao *accusatio* (BRASIL¹⁷⁷, 2006 apud CONSTANTINO, 2016, p. 60). Na narrativa de acusação, deve haver congruência e não apenas no decisório do magistrado (BRASIL¹⁷⁸, 2006 apud CONSTANTINO, 2016, p. 60).

Em crimes empresariais, a autoria da pessoa do sócio deve vir individualizada na denúncia, sob pena de inépcia (BRASIL, 1994¹⁷⁹, 1996^{180 181}, 1997¹⁸², 1998¹⁸³, 2002¹⁸⁴, 2005¹⁸⁵, 2006¹⁸⁷, 2008¹⁸⁸, 2016¹⁸⁹ apud TORON, 2017, p. 243-251), por configurar-se

¹⁷⁶ BRASIL. *Habeas corpus* n° 86.000-1. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 12 dez. 2006.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402410>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

¹⁷⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n° 86.000-1. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 12 dez. 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402410>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

¹⁷⁸ Idem. *Habeas corpus* n° 88.359-1. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 14 nov. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409310>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

¹⁷⁹ Idem. *Habeas corpus* n° 70.763-7. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 28 jun. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72664>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁸⁰ Idem. *Habeas corpus* n° 73.903-2. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, DF, 12 nov. 1996.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74836>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁸¹ Idem. *Habeas corpus* n° 73.590-8. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 06 ago. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74606>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁸² Idem. *Habeas corpus* n° 74.791-4. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 04 mar. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75496>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁸³ Idem. *Habeas corpus* n° 70.763. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, v. 165, p. 877-902, jul. 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/165_3.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

¹⁸⁴ Idem. *Habeas corpus* n° 80.812-3. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 27 ago. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78527>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁸⁵ Idem. *Habeas corpus* n° 85.579-2. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 maio 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79972>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁸⁶ Idem. *Habeas corpus* n° 86.294-2. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27 set. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363900>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁸⁷ Idem. *Habeas corpus* n° 86.879-7. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 21 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=379856>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁸⁸ Idem. *Habeas corpus* n° 93.683-1. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 26 fev. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523425>>. Acesso em: 23 jul. 2018

¹⁸⁹ Idem. *Habeas corpus* n° 127.415. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 13 set. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11709050>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

responsabilização objetiva, afastada no espaço penal (BRASIL, 2001¹⁹⁰, 2015¹⁹¹ apud TORON, 2017, p. 244). Entretanto, ainda que não admitida a denúncia genérica no Direito penal societário pátrio, é verdade que há jurisprudência desincumbindo minuciosa descrição de cada ato individual praticado; demonstrando apenas sutil nexos causal entre conduta e fato (BRASIL, 1994¹⁹² apud TORON, 2017, p. 244).

O habeas corpus é via imprópria para apreciar fatos com o escopo de trancar excepcionalmente a ação penal, cujo fato gerador é de extrema complexidade, forjado por organização criminosa que, constituindo pessoa jurídica fictícia, visa a exclusão do crime fiscal pelo verdadeiro responsável tributário. A responsabilidade fiscal que tem como premissa fraude derivada da criação de interposta pessoa jurídica fictícia reclama prosiga a ação penal, cujo desate pode resultar em lançamento contra o verdadeiro sujeito passivo tributário. O STJ, no mesmo sentido, asseverou que ‘O habeas corpus não comporta mergulho profundo no seio da prova a fim de se averiguar o nível de vinculação dos pacientes com os supostos líderes de esquema fraudulento, de tal forma a tingir de ilegal a imputação de concurso de agentes.’ Outrossim, in casu, os fatos imputados ao paciente amoldam-se perfeitamente ao figurino legal, porquanto refletem a inserção de elementos não correspondentes à realidade, especialmente quanto ao verdadeiro empresário e, por via de consequência, ao sujeito passivo das obrigações tributárias, tudo com a finalidade de suprimir ou reduzir tributos. Ademais, verificar se realmente houve a fraude é tarefa que cabe ao Juízo da ação penal por ocasião do exame das provas produzidas no processo-crime, restando inviável, na via estreita do habeas corpus, verificara complexidade dos crimes descritos na denúncia. (BRASIL¹⁹³, 2011, p. 14-15 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 68-69).

Há mais julgado na mesma perspectiva do anterior (BRASIL¹⁹⁴, 2011 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 69). Agora, se o fato for, por si só, ser quotista (BRASIL¹⁹⁵, 2006 apud TORON, 2017, p. 245), acionista ou membro do conselho consultivo, não bastará (BRASIL,

¹⁹⁰ BRASIL. *Habeas corpus* n° 80.549-3. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 20 mar. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78436>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁹¹ Idem. *Habeas corpus* n° 105.953. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000255276&base=baseMonocaticas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁹² Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n° 70.395. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 08 mar. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72405>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁹³ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* n° 99.778. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 02 ago. 2011, p. 14-15. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626932>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁹⁴ Idem. *Habeas corpus* n° 96.324. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 14 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625941>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

¹⁹⁵ Idem. *Habeas corpus* n° 89.427-5. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 set. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516815>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

2001¹⁹⁶, 2005¹⁹⁷, 2006¹⁹⁸, 2006¹⁹⁹, 2010²⁰⁰, 2012²⁰¹ apud TORON, 2017, p. 246).

A superveniente conclusão do procedimento administrativo instaurado pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), mediante o qual se discute sobre a existência de crime contra a ordem econômica por meio do abuso de poder decorrente de posição dominante, conforme a competência atribuída pela Lei 8.884/1990, prejudica – a perda superveniente de seu objeto – o writ em que se pretende a suspensão de ação até o término do feito administrativo. (BRASIL²⁰², 2009, p. 411 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 99-100).

Contudo, já no processo penal, não haverá responsabilidade por mera suspeita, tampouco culpa por presunção ou inversão do ônus da prova (BRASIL²⁰³, 2009 apud TORON, 2017, p. 248); a denúncia genérica, vaga ou imprecisa dificulta ou mesmo impede o exercício e Direito de defesa (BRASIL, 2003²⁰⁴, 2005²⁰⁵ apud TORON, 2017, p. 250). “Denúncia. É inepta a que não especifica, nem descreve, ainda que suscintamente, os fatos criminosos atribuídos a dois acusados, limitando-se a referência a outra peça dos autos.” (BRASIL²⁰⁶, 1970, p. 521 apud TORON, 2017, p. 252).

A sobrevinda de acórdão condenatório julgando procedente a denúncia cuja inépcia é questionada no habeas corpus não afasta o exame do writ, sendo plenamente possível o reconhecimento da inviabilidade da inicial acusatória e o trancamento da ação penal, mesmo considerando a posterior confirmação levada a efeito pelo Superior Tribunal

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 80.549-3. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 20 mar. 2001. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78436>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁹⁷ Idem. *Recurso ordinário em Habeas corpus* nº 85.658-6. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 21 jun. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102974>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁹⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 85.948-8. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 23 maio 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=394966>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁹⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 89.427-5. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 set. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516815>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁰⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 88.875. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 07 dez. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1810259>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁰¹ Idem. *Habeas corpus* nº 107.187. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 06 mar. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1870862>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁰² Idem. *Habeas corpus* nº 88.521. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 29 set. 2009, p. 411. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613557>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁰³ Idem. *Habeas corpus* nº 84.580-1. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602611>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁰⁴ Idem. *Inquérito* nº 1.656-0. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 18 dez. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80638>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁰⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 84.768-4. Relator: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 08 mar. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79652>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁰⁶ Idem. *Recurso de habeas corpus* nº 48.283. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília, DF, 08 set. 1970, p. 521. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=92974>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

de Justiça no exame de recurso especial. Não se pode ter como sugestivo do crime de quadrilha a mera menção ao nome do impetrante por outros acusados, captada em interceptações telefônicas, sem qualquer base concreta que demonstre, minimamente, a eventual prática delitiva. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. Não é difícil perceber danos que a mera existência de uma ação impõe ao indivíduo. Daí a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. (BRASIL²⁰⁷, 2009, p. 181 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 121-122).

Há incompatibilidade no artifício de reportar documentos anexos aos autos, contudo deixando de completar a narrativa dos fatos, necessária enquanto certeza exigida para uma condenação criminal; ainda mais sendo apensa a ação relatóri de autoridade administrativa que afasta a responsabilidade do então acusado (BRASIL²⁰⁸, 2010 apud TORON, 2017, p. 253). Isso se dá porquanto ausentes todo os requisitos regulares à tramitação da ação penal no Estado de Direito à ampla defesa (BRASIL, 2004²⁰⁹, 2005²¹⁰, 2006^{211 212} apud TORON, 2017, p. 256).

Somente hipóteses excepcionalíssimas autorizam o trancamento da ação penal de habeas corpus; ou seja, quando os fatos narrados na denúncia não consubstanciam crime, quando se dê a prescrição, quando ocorre defeito de forma, considerada a peça inicial acusatória. Tratando-se denúncia que faz clara exposição de fato que, ao menos em tese, constitui crime, com as devidas circunstâncias de tempo, modo e espaço, individualizando, ainda, a responsabilidade do acusado e portando rol de testemunhas, imperioso é o prosseguimento do processo crime. (BRASIL²¹³, 2006, p. 368 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 51).

No mesmo sentido alhures, há outro julgado (BRASIL²¹⁴, 2004 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 52). Além disso, é importante ao magistrado que dê amparo jurídico ao acolhimento

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 89.310-4**. Relator originário: Ministro Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 31 mar. 2009, p. 181. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605597>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁰⁸ Idem. **Habeas corpus nº 95.507**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 09 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610172>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁰⁹ Idem. **Habeas corpus nº 84.388-3**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 26 out. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79578>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²¹⁰ Idem. **Habeas corpus nº 86.424-4**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 out. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388742>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²¹¹ Idem. **Habeas corpus nº 84.409**. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 195, n. 1, p. 126-149, jul. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/195_1.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

²¹² Idem. **Habeas corpus nº 86.395-7**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 12 set. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390012>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²¹³ Idem. **Habeas corpus nº 86.786-3**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 02 maio 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412512>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²¹⁴ Idem. **Habeas corpus nº 84.841-9**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 out. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79687>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

ou rejeição da denúncia, e “[...] a melhor prova da ausência de motivação de um julgado é que a frase enunciada, a pretexto de fundamentá-lo, sirva, por sua vaguidão, para a decisão de qualquer outro caso.” (BRASIL²¹⁵, 1998, p. 78 apud TORON, 2017, p. 259).

Se a defesa preliminar atinge o objetivo e o juízo rejeita a denúncia de maneira “[...] fundamentada, também deve sê-lo o juízo de admissibilidade, até porque traz gravosas consequências para o acusado, embora lícitas. Um mínimo de motivação, diante do grau de certeza exigido nessa fase, deve ser cumprido [...]” (BRASIL²¹⁶, 2010, p. 570 apud TORON, 2017, p. 258). Por inserir a antecipação do contraditório, o decisório que acolhe a denúncia deve ser fundamentado, sob pena de viabilizar admissibilidade e cabimento de *writ* (BRASIL²¹⁷, 1973 apud TORON, 2017, p. 257).

A afirmação da legitimidade ad causam do parquet, no caso, se confunde com a própria necessidade de se instruir a ação penal, pois é no momento da sentença que poderá o Juiz confirmar o tipo penal apontado na inicial acusatória. Qualquer capitulação jurífeita sobre um fato na denúncia é sempre provisória até a sentença, tornando-se apenas no instante decisório final. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, em habeas corpus, antecipar-se ao Magistrado de 1º grau e, antes mesmo de iniciada a instrução criminal, firmar juízo de valor sobre provas trazidas aos autos para tipificar a conduta criminosa narrada. A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que o trancamento da ação penal, em sede de habeas corpus, por ausência de justa causa, medida excepcional que, em princípio, não tem lugar quando os fatos narrados na denúncia configuram crime in tese. Na ação penal que deverá se desenvolver o contraditório, na qual serão produzidos todos os elementos de convicção do julgador e garantido ao paciente todos os meios de defesa constitucionalmente previstos. Não é o Habeas corpus o instrumento adequado para o exame de questões controvertidas, inerentes ao processo de conhecimento. (BRASIL²¹⁸, 2008, p. 728-729 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 36-37).

No processo penal, o acusado defende-se dos fatos narrados e não de sua capitulação jurídica, por isso, de outra sorte, é necessária correlação entre a imputação e a denúncia (BRASIL²¹⁹, 1984 apud TORON, 2017, p. 278), pois é essa que “[...] fixa o núcleo substantivo da causa, governa o rumo de toda instrução e, como objeto e resposta, delimita o campo do

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 76.258-9**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 17 mar. 1998. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76532>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²¹⁶ Idem. **Habeas corpus nº 84.919**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 02 fev. 2010, p. 570.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609634>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²¹⁷ Idem. **Recurso extraordinário criminal nº 74.297**. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília, DF, 21 nov. 1973. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=169989>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²¹⁸ Idem. **Habeas corpus nº 90.187-5**. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 04 mar. 2008, p. 728-729. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523327>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²¹⁹ Idem. Recurso de *habeas corpus* nº 61.208. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 110, p. 107-110, out. 1984. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/110_1.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

iudicium, como capítulo último da sentença.” (BRASIL²²⁰, 2003, p. 388 apud TORON, 2017, p. 278). Vigora em nosso sistema o Princípio da Correlação “[...] entre a denúncia e sentença, pelo qual o réu não pode ser condenado por fatos não narrados explicitamente na peça acusatória.” (BRASIL²²¹, 2007, p. 366 apud TORON, 2017, p. 278).

[...] o princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado constitucionalmente (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Ninguém pode ser punido por fato que não lhe foi imputado. Assim, na medida em que se descreve um episódio criminoso atribuindo sua autoria a alguém, a denúncia fixa os limites da atuação do magistrado, que não poderá decidir além ou fora da imputação, sob pena de violação ao princípio da congruência, ou correlação, entre acusação e sentença penal, conssecutório lógico de outros relevantes princípios processuais, como o contraditório, a ampla defesa, a inércia da jurisdição e o devido processo legal. (BRASIL²²², 2014, p. 8 apud TORON, 2017, p. 279).

Para acusação criminal feita, é essencial a probabilidade de razão alicerçada em mínimo probatório para sua admissibilidade (BRASIL²²³, 2007 apud CONSTANTINO, 2016, p. 61). O desvio no mandado de busca e apreensão – como último exemplo nesse subtítulo – a endereço não presente na ordem, macula a prova não mais utilizável no processo (BRASIL²²⁴, 2014 apud TORON, 2017, p. 60), essa será desentranhada e aquilo que poderia dar sustentação a acusação, se perde.

Parte-se agora para alguns exemplos pinçados no processo propriamente. A ideia qualiquantitativa de pesquisa esbarra na vastidão, mas o intuito é dar contornos gerais as fontes do Direito ao *habeas corpus*; por isso vale o diálogo.

8.2 RITOS, PROCESSOS E RECURSOS

Para inaugurar esse tópico, vale a menção da análise de inconstitucionalidade do regime integral fechado da Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990a), provocada por apenado; essa

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 83.301-2. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 dez. 2003, p. 388. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79315>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²²¹ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 85.023-5. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 08 maio 2007, p. 366. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506603>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²²² Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 118.653. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 04 fev. 2014, p. 8. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6788334>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²²³ Idem. *Habeas corpus* nº 88.601-9. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 abr. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466238>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

²²⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 106.566. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 16 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8044558>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

foi julgada no exame de remédio impetrado (BRASIL²²⁵, 2006 apud TORON, 2017, p. 76), que decidiu pela nulidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (BRASIL²²⁶, 2006 apud CONSTANTINO, 2016, p. 140).

Acontece que, um juiz entendeu pela necessidade de comunicação ao Senado, para que então, esse decidisse pela publicação e conseqüente suspensão do dispositivo da Lei em comento, ou que a declaração fosse em controle concentrado, de eficácia *erga omnes*; foi daí que veio a reclamação, julgada procedente (BRASIL²²⁷, 2014 apud CONSTANTINO, 2016, p. 141). Por isso vale dizer que a ação de *habeas corpus* é generalíssima: potente para tudo, desde que seus requisitos estejam supridos.

Não vale acanhar-se com a defensividade dos Tribunais, inclusive do STF, já que a depender do caso, dos argumentos, do cenário político e outras questões de fundo, é possível subverter a jurisprudência; tanto é que no caso concreto apontado, onde um apenado motivou controle de constitucionalidade em HC. Por isso, ficará mais e mais evidente nos próximos tópicos as constantes alternâncias sobre admissibilidade e cabimento do *writ*; interessantes julgados virão.

8.2.1 Entendimentos de admissibilidade que turvam seu potencial cabimento

Para melhor entender o *iter* processual, a leitura legal do título sobre competência é a mais formidável, além da interpretação da doutrina, muita experiente na prática dos tribunais; assim, a questão da admissibilidade e da competência no plano jurisprudencial esbarrará, por vezes, em defensividade da Corte – abalroada de processos, que inclusive admite claramente sua obstrução pelo motivo elencado. Aqui, contudo, o objetivo é novamente, sem rigorosa linearidade, mas com certa atualidade, expor a alternância da Sentinela Constitucional em relação ao *mandamus*; isso porque, a pendularidade tem frequência curta: muda de pouco em pouco tempo – o interessado em utilizar-se do remédio terá de manter-se atento para melhor estrategiar sua processualística, provocação e como.

A primeira questão, nesse sentido, é que o remédio não serve para dar efeito suspensivo

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 82.959-7. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²²⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 82.959-7. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

²²⁷ Idem. *Reclamação* nº 4.335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

a recurso em andamento (BRASIL²²⁸, 2008 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 120), mas quem sabe deveria. Veja uma decisão:

Habeas corpus. Impetração para dar efeito suspensivo a recurso. Inadmissibilidade. Inexistência de ameaça ou lesão a direito de ir, vir ou ficar. Remédio destinado à tutela liberdade de locomoção. Pedido indeferido *in limine*. Precedente. Aplicação do art. 5º LXVIII da CF. Agravo prejudicado por fato superveniente. *Habeas corpus* não é remédio processual adequado para obtenção de efeito suspensivo a recurso. (BRASIL²²⁹, 2009, p. 580 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 120, grifo do autor).

Outro apontamento pertinente é a Súmula nº 423 do STF (BRASIL²³⁰, 2002 apud CONSTANTINO, 2016, p. 110) que estabelece a impossibilidade do trânsito em julgado de sentença de 1º Grau, sem a passagem, ao menos, pelo recurso necessário à 2ª Instância, já que *ex lege*; quando há recurso voluntário a ausência do anterior é suprida. Com relação ao andamento do recurso:

Sedimentada jurisprudência desta Corte exige, para caracterizar o interesse de agir em habeas corpus destinado ao questionamento da regularidade de outro processo ou procedimento, que a pretensão posta no writ seja previamente levada à apreciação do relator do feito questionado. (BRASIL²³¹, 2010, p. 604 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 91-92).

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite o conhecimento de Habeas corpus quando os autos não foram instruídos com as peças necessárias à confirmação da efetiva ocorrência do constrangimento ilegal.” (BRASIL²³², 2007, p. 625 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 38). Há precedentes (BRASIL, 2008²³³, 2009^{234 235} apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 38-39).

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 86.468-6**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 ago. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=576859>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²²⁹ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 95.147-3**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 12 maio 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599240>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²³⁰ Idem. **Súmula nº 423**. Brasília, DF, 01 jun. 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=423.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 07 maio 2018.

²³¹ Idem. **Habeas corpus nº 92.702**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 18 fev. 2010, p. 604. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609639>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²³² Idem. **Habeas corpus nº 91.755-1**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 30 out. 2007, p. 625. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495554>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²³³ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 92.608-8**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 26 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555547>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²³⁴ Idem. **Habeas corpus nº 98.999**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 04 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607288>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²³⁵ Idem. **Habeas corpus nº 97.368-0**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600755>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

A especificação do ato contra o qual impetra o Habeas corpus e a cópia do ato apontado como coator são imprescindíveis não apenas para analisar o seu acerto jurídico – ou o seu desacerto –, como também se evitar eventual julgamento per saltum de questões não analisadas pelo Tribunal a quo coator. (BRASIL²³⁶, 2010, p. 378 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 79).

Na mesma linha (BRASIL²³⁷, 2011 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 79). “A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o eventual cabimento de recurso criminal não tem o condão de impedir a impetração de habeas corpus. Precedentes.” (BRASIL²³⁸, 2009, p. 861 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 116). Como dito, há mais julgados (BRASIL, 2010²³⁹, 2011²⁴⁰ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 116).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a inadmissibilidade, em sede de habeas corpus, de impetrações que se limitam a reproduzir, sem qualquer inovação de fato ou de direito, os mesmos fundamentos objeto de postulação anterior, especialmente quando esta resultar não conhecida, por incabível. (BRASIL²⁴¹, 2001, p. 1104 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 58)

E há outros precedentes (BRASIL, 2009^{242 243}, 2010^{244 245} apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 58-59). Em sentido diverso, o “[...] fato de a matéria versada no Habeas constar como causa de pedir de apelação não o prejudica. [...] De início, tema veiculado no habeas corpus há de ter sido examinado pelo órgão anterior àquele a quem incumba o julgamento.”

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 98.791**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 28 set. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618117>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²³⁷ Idem. **Habeas corpus nº 101.400**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 jun. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626783>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²³⁸ Idem. **Habeas corpus nº 97.293**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 16 jun. 2009, p. 861.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610050>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²³⁹ Idem. **Habeas corpus nº 94.309**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 13 abr. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610573>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁴⁰ Idem. **Habeas corpus nº 100.212**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 08 fev. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619723>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁴¹ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 80.623-6**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 15 fev. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325094>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁴² Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 95.780**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 06 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606865>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁴³ Idem. **Agravo regimental nos embargos declaratórios no habeas corpus nº 98.987-0**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 18 ago. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604093>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁴⁴ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 103.693**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617548>>.

Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁴⁵ Idem. **Habeas corpus nº 95.114**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615174>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

(BRASIL²⁴⁶, 2007, p. 330 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 38).

“Verificada a duplicidade de causa de pedir e de pedido, considerado habeas julgado por Colegiado do Supremo, descabe novo pronunciamento, à míngua de aspecto jurídico novo.” (BRASIL²⁴⁷, 2009, p. 401 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 108-109). “Não se admite pedido de habeas corpus que represente mera repetição doutro já indeferido.” (BRASIL²⁴⁸, 2009, p. 574 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 114).

“O pressuposto do habeas corpus é o risco ou a atualidade de uma coação sobre liberdade ambulatoria da pessoa, sobre sua liberdade física (art. 5º LXVIII, da CF). Não se conhece do pedido se não há sequer ameaça [...]” (BRASIL²⁴⁹, 1994, p. 390 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 60). Precedentes (BRASIL, 2010^{250 251} apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 60-61).

“O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente.” (BRASIL²⁵², 2011, p. 1 apud TORON, 2017, p. 75). A recorribilidade ou pendência de recurso não obsta a admissibilidade do *collateral attack* em *writ of habeas corpus* (BRASIL²⁵³, 2003 apud TORON, 2017, p. 76). Sejam os recursos pendentes ordinários ou extraordinários; tampouco o remédio, em si, suprime esses (BRASIL²⁵⁴, 2005 apud TORON, 2017, p. 76).

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 83.983-5**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 dez. 2007, p. 330. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=528783>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁴⁷ Idem. **Habeas corpus nº 98.668-4**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 set. 2009, p. 401.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603606>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁴⁸ Idem. **Agravo regimental nos embargos declaratórios no habeas corpus nº 98.987-0**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 18 ago. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604093>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁴⁹ Idem. **Habeas corpus nº 71.464-1**. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, DF, 08 nov. 1994, p. 390.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73124>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁵⁰ Idem. **Habeas corpus nº 103.811**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 31 ago. 2010.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=714891>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁵¹ Idem. **Habeas corpus nº 94.574**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 10 ago. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614447>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁵² Idem. **Habeas corpus nº 110.118**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 22 nov. 2011, p. 1. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2500133>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁵³ Idem. **Habeas corpus nº 82.968-6**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 maio 2003.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79208>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁵⁴ Idem. **Habeas corpus nº 83.346-2**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 17 maio 2005.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79329>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Nada impede a impetração do habeas corpus a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão impugnada, nem a efetiva interposição deles. Não se sujeita o recurso ordinário de habeas corpus nem a petição substitutiva dele ao requisito do prequestionamento na decisão impugnada: para o conhecimento deste, basta que a coação seja imputável ao órgão de gradação jurisdicional inferior, o que tanto ocorre quando esse haja examinado e repelido a ilegalidade aventada, quanto se omite-se de decidir sobre a alegação do impetrante ou sobre matéria sobre a qual, no âmbito de conhecida causa a ele devolvida, se devesse de ofício.” (BRASIL²⁵⁵, 2005, p. 208 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 53-54).

Na mesma linha do julgado anterior, há precedente (BRASIL²⁵⁶, 2009 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 54). “Para que o Habeas corpus mostre-se adequado, basta alegar-se prática de ato, a alcançar a liberdade de ir e vir do paciente, à margem da ordem jurídica e existir órgão capaz de aferir o merecimento do que decidido. A procedência da causa de pedir pressupõe demonstração do vício.” (BRASIL²⁵⁷, 2010, p. 253 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 88).

Habeas corpus. Pedido prejudicado. Recurso ordinário (cabimento). Constituição Federal, art. 119, II, “c” (exegese da expressão “se denegatória a decisão”). A interpretação da expressão “se denegatória a decisão”, contida no art. 119, II, “c”, da CF, para efeito de cabimento do recurso, deve compreender tanto a decisão que julga improcedente o pedido como a que dele não conheça, ou o julgue prejudicado, porquanto o que se tem em vista é a recusa da vantagem que se busca pela prestação jurisdicional. (BRASIL²⁵⁸, 1982, p. 145 apud TORON, 2017, p. 297).

Ainda que vigente a Súmula nº 283 do STF (BRASIL, 1963e) que estabelece pré-questionamento para recurso extraordinário sobre questão federal suscitada, essa não alcança

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 85.673-0**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 31 maio 2005, p. 208. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354234>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁵⁶ Idem. **Habeas corpus nº 97.501**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 18 ago. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623266>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁵⁷ Idem. **Habeas corpus nº 95.431**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 27 abr. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611012>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁵⁸ Idem. **Recurso em habeas corpus nº 59.538**. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, DF, 09 mar. 1982, p. 145. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=98522>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

habeas corpus (BRASIL, 1990²⁵⁹, 1992²⁶⁰, 1997²⁶¹, 2000²⁶², 2001²⁶³, 2002^{264 265} apud TORON, 2017, p. 111-112). É que o *writ* é instrumento Constitucional de ação assecratória, já que o Estado de Direito não se compadece de ilegalidade; “[...] em recurso extraordinário criminal, perde relevo a inadmissibilidade do RE da defesa, por falta de prequestionamento e outros vícios formais, se, não obstante – evidenciando-se a lesão ou a ameaça à liberdade de locomoção – seja possível a concessão de *habeas corpus* de ofício [...]” (BRASIL²⁶⁶, 2007, p. 1756 apud TORON, 2017, p. 118).

Apesar da Súmula nº 282 do STF preceituar que “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” (BRASIL, 1963d, p. 1), como se vê em julgado (BRASIL²⁶⁷, 1992 apud TORON, 2017, p. 111), não é necessário que o juiz atenha-se a qualquer questão levantada, ou falta de – seja ou não Constitucional, já que tem o poder de divorciar-se das palavras escritas e declaradas, inadmitindo e negando o cabimento, mas concedendo de ofício – desde que fundamentado. Outras formalidades, se evidente a lesão ou ameaça ao Direito de ir, ficar e vir, também são irrelevantes (BRASIL, 2000²⁶⁸, 2007²⁶⁹ apud TORON, 2017, p. 77); basta isto: abuso ou

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 68.172-7. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 23 out. 1990. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70776>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁶⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 69.237-1. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 08 jun. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71577>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁶¹ Idem. *Habeas corpus* nº 75.090-7. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 jun. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75732>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁶² Idem. *Habeas corpus* nº 80.315-6. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 ago. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78342>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁶³ Idem. *Questão de ordem no habeas corpus* nº 81.414-0. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 23 out. 2001. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80278>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁶⁴ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 82.045-0. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 25 jun. 2002. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102827>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁶⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 82.104-9. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 06 ago. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78949>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁶⁶ Idem. *Questão de ordem em agravo de instrumento* nº 516.429-4. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 25 jun. 2007, p. 1756. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479436>>. Acesso em: 23 jul. 2018

²⁶⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 69.421-7. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 jun. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71724>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁶⁸ Idem. *Recurso extraordinário* nº 273.363-6. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 05 set. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259519>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁶⁹ Idem. *Questão de ordem no agravo de instrumento* nº 516.429-4. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 25 jun. 2007. Disponível em:

ilegalidade contra a liberdade de locomoção.

Constate a ilicitude ou o descomedimento da autoridade preterida como coatora e pronto: está apto a conceder o *mandamus*; inclusive, pode-se dizer que a superação da exigência do pré-questionamento também alcança a violação da coisa julgada, matéria cognoscível de plano (BRASIL, 2006²⁷⁰, 2011²⁷¹ apud TORON, 2017, p. 113). Mas há ainda jurisprudências que pairam e conclamam a necessidade, ensejando ao menos que a defesa, quando rechaçada na instância anterior ou frente a omissão dessa na sua apreciação, tenha levantado a indagação (BRASIL, 1986²⁷², 2002²⁷³ apud TORON, 2017, p. 112); mormente, no silêncio das Cortes Superiores, antes da provocação, o STF obsta pela falta de embargos declaratórios.

Opostos embargos declaratórios infringentes, há possibilidade de agravamento da situação do acusado, requerendo, assim, a intimação da defesa para que, sendo-lhe conveniente, apresente contrarrazões, sob pena de anulação decisória (BRASIL²⁷⁴, 1969 apud TORON, 2017, p. 298). “1. A ausência de contrarrazões ao recurso ministerial (embargos de declaração com efeitos modificativos) enseja nulidade, conforme entendimento consolidado pela Suprema Corte [...]” (BRASIL²⁷⁵, 2016 apud TORON, 2017, p. 298). E aponta outro julgado que diz: “Visando os embargos declaratórios à modificação do provimento embargado, impõe-se, considerado o devido processo penal e a ampla defesa, a ciência da parte contrária para, querendo, apresentar contrarrazões.” (BRASIL²⁷⁶, 2012, p. 1 apud TORON, 2017, p. 298).

O juízo monocrático de relator em Tribunal Superior que não conhece de *habeas corpus* e decide, contudo, em face do mérito da questão, mesmo quando em relação apenas a liminar,

-
- <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=479436>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 82.959-7**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 fev. 2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ²⁷¹ Idem. **Habeas corpus nº 101.131**. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 25 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1725864>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ²⁷² Idem. **Recurso de habeas corpus nº 64.425-2**. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 03 out. 1986. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=100922>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ²⁷³ Idem. **Habeas corpus nº 80.776-3**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 19 fev. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78511>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ²⁷⁴ Idem. **Habeas corpus nº 46.465**. Relator: Ministro Thompson Flores. Brasília, DF, 24 fev. 1969. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=61006>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ²⁷⁵ Idem. **Recurso de habeas corpus nº 62.786**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 2016.
- ²⁷⁶ Idem. **Embargos de declaração no habeas corpus nº 92.484**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 05 jun. 2012, p. 1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2192723>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

ferre o Princípio da Colegialidade; se o tema não for entendimento consolidado na casa (BRASIL, 2007²⁷⁷ 278 apud TORON, 2017, p. 306). Além disso, a ampla defesa sai prejudicada, pois sepulta a fase oral frente a Câmara, que não tem lugar mesmo no agravo interno; por isso, também nos Superiores, não “[...] cabe ao Relator examinar o mérito da causa para negar seguimento a Recurso Especial, sob pena de indevida ofensa ao princípio da colegialidade. [...]” Concessão de ofício para cassar a decisão questionada e determinar a apreciação do mérito [...]” (BRASIL²⁷⁹, 2010, p. 32 apud TORON, 2017, p. 308).

Habeas corpus. Decisão monocrática proferida por Ministro do Superior Tribunal Justiça. Negativa de seguimento a habeas corpus ali ajuizado. Mérito da impetração. Ofensa ao princípio da colegialidade. Precedentes [...] A decisão singular do Ministro Relator no STJ, ao apreciar o mérito da impetração, negou seguimento ao habeas corpus ali ajuizado. O que viola o princípio da colegialidade, nos termos da Lei n. 8.038/90 e do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 202). (BRASIL²⁸⁰, 2008, p. 783 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 128).

Outros julgados na mesma ordem (BRASIL, 2008²⁸¹ 282, 2009²⁸³ 284 285 286 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 128-129), e em sentido diverso (BRASIL²⁸⁷, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 129). “Não há ilegalidade em decisão monocrática que nega seguimento a habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, facultado impetrante a interposição de agravo

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 90.367-3. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 11 set. 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491192>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁷⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 90.427-1. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506617>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁷⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 103.147. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 09 nov. 2010, p. 32. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620471>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁸⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 93.401-3. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 16 set. 2008, p. 783. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558583>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁸¹ Idem. *Habeas corpus* nº 96.073. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 09 dez. 2008.

²⁸² Idem. *Habeas corpus* nº 94.830-8. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 18 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=567741>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁸³ Idem. *Habeas corpus* nº 96.678. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608533>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁸⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 96.042-1. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601600>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁸⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 96.012-0. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 maio 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600729>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁸⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 96.265-3. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591351>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁸⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 102.783. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 04 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611775>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

regimental para submeter ao colegiado o conhecimento da matéria.” (BRASIL²⁸⁸, 2009, p. 500 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 112).

Não ofende o princípio da colegialidade a decisão de Ministro Relator do Superior de Justiça que, constatando a reiteração de pedido com os mesmos fundamentos do anterior, nega seguimento ao segundo pedido por decisão monocrática. Aplicação do artigo 210 do Regimento Interno do Superior de Justiça. Possibilidade de recurso contra a decisão monocrática, fazendo com que os autos sejam levados a julgamento no órgão colegiado competente. (BRASIL²⁸⁹, 2010, p. 1194 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 86).

Na mesma linha, há outro precedente (BRASIL²⁹⁰, 2009 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 87). Já em direção diametralmente oposta, também encontra-se julgado (BRASIL²⁹¹, 2008 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 87).

De forma diversa, portanto, a concessão monocrática pelo relator é louvável (BRASIL²⁹², 2015 apud TORON, 2017, p. 308), tendo em vista o Art. 192 do Regimento Interno do STF (BRASIL, 2016) que permite conceder ou denegar, ainda que *ex officio*, assim que, de plano, perceba-se tratar a matéria de entendimento consolidado pelo Tribunal. Isso decorre porquanto o relator, no exercício de suas atribuições, estabelece a função do controle das ações, balizado pelo referido artigo regimental interno (BRASIL, 1992²⁹³, 1999²⁹⁴, 2000²⁹⁵, 2010²⁹⁶ apud TORON, 2017, p. 309).

É originariamente competente, o Supremo Tribunal, para processar e julgar habeas corpus, quando emana a coação de qualquer outro Tribunal (Tribunais de Justiça, de

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 98.304-9**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 08 set. 2009, p. 500. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604086>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁸⁹ Idem. **Habeas corpus nº 102.783**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 04 maio 2010, p. 1194.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611775>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁹⁰ Idem. **Habeas corpus nº 98.304-9**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 08 set. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604086>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁹¹ Idem. **Habeas corpus nº 93.401-3**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 16 set. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558583>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁹² Idem. **Habeas corpus nº 105.953**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000255276&base=baseMonocraticas>>.

Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁹³ Idem. Mandado de injunção nº 375. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 139, p. 53-58,

jan. 1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/139_1.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

²⁹⁴ Idem. Mandado de segurança nº 22.626. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 168, p. 174-180, abr. 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/168_1.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

²⁹⁵ Idem. Recurso extraordinário nº 209.903. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 173, p. 948-952, set. 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/173_3.pdf>.

Acesso em: 31 jul. 2018.

²⁹⁶ Idem. **Habeas corpus nº 96.821**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 08 abr. 2010.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612478>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Alçada, de Justiça Militar estadual, Regionais Federais e Superiores). Exclui-se apenas, dessa competência, a hipótese em que o pedido originário seja mero substitutivo do recurso ordinário cabível para o STJ, quando, também a este, competirá o julgamento. Manutenção da solução da questão de ordem, suscitada no HC nº [...]. (BRASIL²⁹⁷, 1989, p. 1 apud MOSSIN, 1997, p. 267-268).

O STF afasta, ainda que excepcionalmente, a incidência da Súmula nº 691 do STF (BRASIL, 2003b) julgando a reiteração de pedidos liminares que sobem até o Egrégio, principalmente em hipóteses onde decisões divirjam dos entendimentos predominantes da casa ou quando por demais flagrantes as ilegalidades ou abusos de poder ensejados (BRASIL, 2000²⁹⁸, 2005²⁹⁹ 300, 2006³⁰¹ 302, 2007³⁰³ 304 apud TORON, 2017, p. 83). Nesse sentido, inclusive, na Operação Lava Jato fora concedida liminar a um ex-Diretor da Petrobrás, qual ultrapassara as instâncias anteriores, chegando ao Supremo que reagiu a preventiva do paciente, pois fundamentada em sua condição social, que, por si só, daria azo a fuga do país (BRASIL³⁰⁵, 2015 apud TORON, 2017, p. 83).

A concessão da liminar pelo grau de jurisdição superior não obsta a eventual denegação da ordem pelo tribunal local ou regional, pois a amplitude e a profundidade cognitiva do tribunal quando do julgamento definitivo do habeas são diferentes. É clara a orientação do STF e do STJ no sentido de que a concessão de medida liminar em habeas corpus impetrado contra decisão de relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indeferir liminar, não prejudica a tramitação e julgamento do writ

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 317-5**. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 08 nov. 1989, p. 1. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86772>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

²⁹⁸ Idem. **Habeas corpus nº 79.781-4**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 18 abr. 2000.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78150>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁹⁹ Idem. **Habeas corpus nº 85.185-1**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 10 ago. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁰⁰ Idem. **Medida cautelar em habeas corpus nº 86.864-9**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 20 out. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80231>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁰¹ Idem. **Habeas corpus nº 87.468-1**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 29 jun. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=378576>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁰² Idem. **Habeas corpus nº 88.229-3**. Relator originário: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 10 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408112>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁰³ Idem. **Habeas corpus nº 91.729-1**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 set. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=490480>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁰⁴ Idem. **Habeas corpus nº 89.794-1**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=477038>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁰⁵ Idem. **Habeas corpus nº 125.555**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8222836>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

impetrado na origem. (BRASIL, 2008³⁰⁶, 2011³⁰⁷, 2012³⁰⁸ apud TORON, 2017, p. 85).

A Súmula nº 691 do STF (BRASIL, 2003b) chegou a ser objeto de discussão de cancelamento, pois acabava por confundir critérios de admissibilidade e mérito, levando os desembargadores e ministros a divergências; contudo, acabou por mantida (BRASIL³⁰⁹, 2005 apud TORON, 2017, p. 88-89). Nova jurisprudência defensiva foi imposta, agora racionalizando a necessidade de Agravo Regimental contra a decisão monocrática quando denegada ordem (BRASIL, 2013^{310 311 312} apud TORON, 2017, p. 90).

Nesse diapasão, o Informativo 729 do STF deixou claro que “[...] não se conhece de habeas corpus ou de recurso ordinário em habeas corpus perante o STF quando, da decisão monocrática de Ministro do STJ que não conhece ou denega o habeas corpus, não se interpõe agravo regimental.” (INFORMATIVO STF³¹³, 2003, p. 1 apud TORON, 2017, p. 90). Mesmo quando a impetração seja contra a decisão monocrática de ministro, contrária, portanto, ao entendimento da necessidade do agravo regimental, o STF começou a conceder a ordem de ofício (BRASIL³¹⁴, 2013 apud TORON, 2017, p. 93); naquilo que Toron (2017) bem denomina de divórcio no decisório, apoiado num julgado da própria Corte que assim escreve (BRASIL³¹⁵, 1969 apud TORON, 2017, p. 110).

Desfavorável ao manejo de *Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário, sob os

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 92.474-3**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 dez. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=576867>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁰⁷ Idem. **Habeas corpus nº 105.833**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1836730>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁰⁸ Idem. **Habeas corpus nº 92.688**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=2590961>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁰⁹ Idem. **Habeas corpus nº 85.185-1**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 10 ago. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³¹⁰ Idem. **Habeas corpus nº 114.043**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 21 maio 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3921578>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³¹¹ Idem. **Habeas corpus nº 115.279**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 out. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=5342997>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³¹² Idem. **Habeas corpus nº 116.711**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 nov. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6407219>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³¹³ INFORMATIVO STF. Brasília, DF: STF, n. 729, 18-22 nov. 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo729.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 118.560**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 19 nov. 2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=4961971>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³¹⁵ Idem. **Recurso extraordinário nº 63.816**. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília, DF, 15 abr. 1969. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=160823>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

auspícios da ‘banalização da garantia Constitucional’ (BRASIL³¹⁶, 2011 apud TORON, 2017, p. 22), o STF, todavia, já se manifestou em sentido oposto, contra a jurisprudência defensiva e a favor da máxima eficácia da ação Constitucional autônoma, independente; instrumento inerente do Estado Democrático de Direito (BRASIL³¹⁷, 2011, apud TORON, 2017, p. 22) (BRASIL³¹⁸, 2013 apud TORON, 2017, p. 60). Quando flagrante demais a ilegalidade ou abuso, usam a desculpa de que o “[...] instituto da concessão de habeas de ofício é próprio a qualquer processo, inclusive ao que revela impetração, mostrando-se suficiente a constatação de ilegalidade a cercear o direito de ir e vir. Inteligência teleológica da norma do § 2º do artigo 654 do Código de Processo Penal.” (BRASIL³¹⁹, 2008, p. 612 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 35).

O recurso ordinário Constitucional não requer pré-questionamento e pode ser deferido *ex officio* (BRASIL³²⁰, 1994 apud CONSTANTINO, 2016, p. 113). O prazo para interposição, em *habeas corpus*, é de cinco dias; regulado pela Súmula 319 do STF (BRASIL³²¹, 1963 apud CONSTANTINO, 2016, p. 113).

O entendimento fixado atualmente é o de que, não cabe novo *habeas corpus*, substituto de recurso ordinário, já que essa alteração, supostamente, burlaria o ditame Constitucional do Art. 102, II, *a* (BRASIL, 1988), escamoteando o sistema recursal (BRASIL, 2015^{322 323} apud CONSTANTINO, 2016, p. 114); mera jurisprudência defensiva, como mencionado alhures. Inclusive tem-se barrado cabimento do *writ* contra recurso ordinário em *mandamus* indeferido

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 100.319**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624401>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³¹⁷ Idem. **Habeas corpus nº 110.118**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 22 nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=2500133>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³¹⁸ Idem. **Habeas corpus nº 112.851**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=4318365>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³¹⁹ Idem. **Habeas corpus nº 92.487-5**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 25 mar. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539129>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³²⁰ Idem. **Habeas corpus nº 71.216-9**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 maio 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72962>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³²¹ Idem. **Súmula nº 319**. Brasília, DF, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=319.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

³²² Idem. **Habeas corpus nº 103.274**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 08 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9676711>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³²³ Idem. **Habeas corpus nº 126.756**. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 23 jun. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9390387>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

nos Superiores (BRASIL³²⁴, 2015 apud CONSTANTINO, 2016, p. 114).

Se julgado pelo STJ recurso ordinário em HC, o acesso ao STF, tem-se entendido, apenas será por *writ* em recurso extraordinário; sem possibilidade de substituição em sua forma livre (BRASIL³²⁵, 2012 apud CONSTANTINO, 2016, p. 114). Todavia, em hipóteses de patente ilegalidade ou abuso, o Supremo tem-se divorciado de suas declarações de inadmissibilidade ou de não cabimento e concedido *ex officio* (BRASIL³²⁶, 2013 apud CONSTANTINO, 2016, p. 114).

Assim, para o conhecimento do recurso ordinário Constitucional basta a coação do órgão jurisdicional inferior: seja quando repelida a ilegalidade aventada no exame; seja quando omite-se em decidir sobre a alegação do impetrante ou enquanto matéria de conhecimento da causa a qual devesse manifestar-se (BRASIL³²⁷, 2006 apud CONSTANTINO, 2016, p. 114). A Súmula nº 602 do STF (BRASIL³²⁸, 1984, p. 1 apud CONSTANTINO, 2016, p. 115) estipula que “Nas causas criminais, o prazo de interposição de Recurso Extraordinário é de 10 (dez) dias.”

A Súmula nº 279 do STF (BRASIL, 1963c, p. 1) verbaliza: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.” diz a Súmula nº 281 do STF (BRASIL³²⁹, 1963, p. 1 apud CONSTANTINO, 2016, p. 115). Já a Súmula nº 699 (BRASIL, 2003c, p. 1), que “O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei 8.038/1990, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei 8.950/1994 ao Código de Processo Civil.”; a jurisprudência mantém o entendimento (BRASIL,

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração no habeas corpus nº 126.563**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 03 mar. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8007818>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³²⁵ Idem. **Habeas corpus nº 110.055**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 out. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3065576>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³²⁶ Idem. **Habeas corpus nº 113.805**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 12 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3641830>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³²⁷ Idem. **Habeas corpus nº 87.639-1**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11 abr. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=378620>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³²⁸ Idem. **Súmula nº 602**. Brasília, DF, 17 out. 1984. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=602.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 07 maio 2018.

³²⁹ Idem. **Súmula nº 281**. Brasília, DF, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2487>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

2015^{330 331} apud CONSTANTINO, 2016, p. 117).

Cabe *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário Constitucional, já que mais célere (BRASIL³³², apud TORON, 2017, p. 94); sua primeira obstaculização ocorreu durante o AI-6 (BRASIL, 1969a), durante a Ditadura Civil-Militar (BRASIL³³³, 1990 apud TORON, 2017, p. 94). Contudo, ao arrepio da nova Lei Fundamental, numa leitura regimental problemática, essa foi a nova peripécia para defensividade do Supremo Tribunal Federal (BRASIL³³⁴, 1990 apud TORON, 2017, p. 94), desinteressado em cumprir seu papel, pois abalroado de movimento.

Até que em 2012 o próprio STF admitiu, literalmente, que a razão determinante para a defensividade jurisprudencial era a sobrecarga processual (BRASIL³³⁵, 2012 apud TORON, 2017, p. 95); nesse julgado, o voto vencido do Ministro Dias Toffoli arguia desde o Código do Império (BRASIL, 1830) enquanto a autoridade judiciária, face ilegalidade, concedesse *ex officio* o *writ*, arrematando não ser possível pôr-se ‘peias’ ao acesso do remédio. Com a menção da ‘peia’, o Ministro Marco Aurélio já tentava retornar à coerência de outrora, instaurando entendimento de que seria possível a substituição do ordinário ao menos quando a liberdade estava em via direta de ataque face ilegalidade ou abuso (BRASIL³³⁶, 2013 apud TORON, 2017, p. 96).

Outro imbróglio dessa trama é que a 2ª Turma não acompanhava a restrição firmada

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 793.712**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 10 nov. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9916771>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³³¹ Idem. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 895.742**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 06 out. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9611039>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³³² Idem. **Habeas corpus nº 57.533-1**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 11 mar. 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=66236>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³³³ Idem. **Recurso de habeas corpus nº 67.788-6**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 01 ago. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102472>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³³⁴ Idem. **Recurso de habeas corpus nº 67.788-6**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 01 ago. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102472>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³³⁵ Idem. **Habeas corpus nº 109.956**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 ago. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=2709684>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³³⁶ Idem. **Habeas corpus nº 115.601**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=4291501>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

pela 1ª (BRASIL, 2013³³⁷ 338, 2014³³⁹, 2015³⁴⁰ 341 apud TORON, 2017, p. 97-98), o que, nas palavras de Toron (2017, p. 97), formava a ‘loteria judiciária’, minando a segurança jurídica; isso para não apresentar as outras oportunidades em que, com razão, o autor observa o mesmo fenômeno, só que em outras questões de fundo, sempre a restringir o acesso a Corte. Essa pendularidade ficará visível em outras tantas questões, como aliás, já se viu, ao menos um pouco, nos julgados desde o início desse capítulo; isso é interessante para perceber a política do Tribunal conforme o tempo.

Salienta o voto do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2013³⁴², 2014³⁴³ apud TORON, 2017, p. 97) que, apesar de reconhecer as indagações legítimas sobre o alargamento das hipóteses de cabimento do remédio, contrapesa no motivo fundante do sistema normativo penal: o Princípio da Liberdade; razão essa, aliás, do próprio Direito Constitucional igualmente. Contudo, apesar da razoabilidade, o mesmo Ministro do STF, tempos depois, cerceou o recurso ordinário em *habeas corpus* contra acórdão de recurso, também ordinário, da instância superior (BRASIL³⁴⁴, 2014 apud TORON, 2017, p. 99).

A 1ª Turma também não conhecia e passou a afirmar que só era cabível recurso extraordinário em *habeas corpus* contra denegatória em ordinário de *habeas corpus* na instância superior (BRASIL³⁴⁵, 2014 apud TORON, 2017, p. 100); ou seja: não cabia recurso ordinário em *habeas corpus* ao STF contra recurso também ordinário em *habeas* em instância superior

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 112.836**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 25 jun. 2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=4324167>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³³⁸ Idem. **Habeas corpus nº 116.437**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 04 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=4026010>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³³⁹ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 121.419**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 set. 2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6972036>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁴⁰ Idem. **Habeas corpus nº 130.636**. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, DF, 15 dez. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=10941493>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁴¹ Idem. **Habeas corpus nº 122.268**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=9028472>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁴² Idem. **Habeas corpus nº 111.670**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=4919637>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁴³ Idem. **Habeas corpus nº 106.566**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 16 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8044558>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁴⁴ Idem. **Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus nº 120.363**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 fev. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=5456578>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁴⁵ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 123.706**. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 30 set. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6937198>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

(STJ, TSE, STM, TST). Era a leitura errônea do Art. 102, II, *a*, da CRFB/88 (BRASIL, 1988); sim, equivocada, conquanto a melhor sempre foi aquela que garante a máxima eficácia às cláusulas assecuratórias Constitucionais.

Se qualquer pessoa pode impetrar *habeas corpus*, inclusive em favor de terceiro e sem mandato, pode-se, sem procuração, recorrer da decisão denegatória do writ; há precedentes nesse sentido (BRASIL, 1983³⁴⁶, 1988³⁴⁷, 1996³⁴⁸, 2001³⁴⁹, 2004³⁵⁰ apud TORON, 2017, p. 302-303). É, pois, de “[...] não se exigir habilitação legal para impetração originária do writ ou para interposição do respectivo recurso ordinário [...]” (BRASIL³⁵¹, 2005, p. 199 apud TORON, 2017, p. 303).

O STF já entendeu por diversas vezes que qualquer do povo tem legitimidade para recorrer em decisão de *habeas corpus*, mesmo sem habilitação legal ou representação postulatória, como a própria Constituição e o espírito histórico, doutrinário e técnico do writ demanda (BRASIL³⁵², 1996 apud CONSTANTINO, 2016, p. 37). Inclusive por recurso ordinário (BRASIL³⁵³, 2005 apud CONSTANTINO, 2016, p. 37).

E mais: a “[...] jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...] reconhece a possibilidade jurídico-processual de o impetrante desistir tanto da ação de *habeas corpus* como do recurso ordinário interposto contra a denegação desse writ constitucional [...]” (BRASIL³⁵⁴,

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de *habeas corpus* nº 60.421-8**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 11 fev. 1983. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=99025>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁴⁷ Idem. **Recurso de *habeas corpus* nº 66.144-1**. Relator: Ministro Djaci Falcão. Brasília, DF, 26 abr. 1988.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=101859>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁴⁸ Idem. ***Habeas corpus* nº 73.455-3**. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, DF, 25 jun. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74518>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁴⁹ Idem. **Agravo regimental no agravo regimental no recurso extraordinário nº 273.762**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 23 ago. 2001. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000042340&base=baseMono craticas>>.

Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁵⁰ Idem. ***Habeas corpus* nº 84.719-6**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 05 out. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358049>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁵¹ Idem. ***Habeas corpus* nº 86.307-8**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363908>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁵² Idem. ***Habeas corpus* nº 73.455-3**. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, DF, 25 jun. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74518>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³⁵³ Idem. ***Habeas corpus* nº 86.307-8**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363908>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³⁵⁴ Idem. ***Habeas corpus* nº 135.362**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 01 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000280048&base=baseMono craticas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

2016, p. 1 apud TORON, 2017, p. 304). Os precedentes são inúmeros (BRASIL, 1981³⁵⁵, 1986^{356 357}, 1994^{358 359}, 2000³⁶⁰, 2011³⁶¹, 2012³⁶² apud TORON, 2017, p. 304-305).

E sendo o *writ* a verdadeira nascente do Direito Constitucional principiológico, racional, jurídico, legítimo, entre outros tantos elementos do Estado Democrático e Republicano de Direito, é que se tem de discernir que a ação de *habeas corpus* é autônoma e independente, originária por natureza, seja qual for instância coatora. O Ministro Lewandowski defendia a dita leitura do artigo mencionado, mas erigia o Princípio da Fungibilidade para admitir o recurso (BRASIL³⁶³, 2014 apud TORON, 2017, p. 100); por sua vez, a Ministra Weber, entretanto, capitaneando a 1ª turma, mantinha a leitura e mais: inadmitindo o *habeas corpus* originário, dessa vez, contra o anterior ordinário denegado em instância superior.

Para ela, a dicção Constitucional era clara: não cabia a substituição; o recurso próprio deveria ser o extraordinário, com todos os seus requisitos criteriosos supridos. Isto é: não cabia *habeas corpus* ordinário ao STF contra ordinário do STJ, STM, TST ou TSE; tampouco recurso originário em *habeas corpus* ao STF contra ordinário vindo das instâncias citadas.

Era, claramente, a leitura não apenas equivocada, do ponto de vista da dicção da CRFB/88 (BRASIL, 1988), mas também doutrinária, de baixa Constitucionalidade: o *writ* reduzido a recurso e não mais enquanto ação assecuratória que sempre foi, ao longo de sua história; adstrito as formalidades, reduzido a critérios anacrônicos. O STF conseguiu, assim,

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em *habeas corpus* nº 59.107-8**. Relator: Ministro Djaci Falcão. Brasília, DF, 21 ago. 1981. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=98254>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁵⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 62.545. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 117, p. 552-556, ago. 1986. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/117_2.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³⁵⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 63.388. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 117, p. 1084-1087, set. 1986. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/117_3.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³⁵⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 69.856. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 150, p. 765-776, dez. 1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/150_3.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³⁵⁹ Idem. ***Habeas corpus* nº 71.217-7**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 29 mar. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72963>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁶⁰ Idem. ***Habeas corpus* nº 80.151**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 05 maio 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000050015&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁶¹ Idem. ***Habeas corpus* nº 106.355**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 10 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000122390&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁶² Idem. ***Habeas corpus* nº 113.045**. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 10 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163738&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁶³ Idem. **Recurso ordinário em *Habeas corpus* nº 122.681**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 jun. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6669610>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

voltar para antes da democratização, ao início dos anos 80, quando o Ministro Passarinho já admitia a impetração de *habeas* quando possível o recurso extraordinário (BRASIL³⁶⁴, 1982 apud TORON, 2017, p. 101).

Para dificultar, o Ministro Fachin teceu uma leitura inibitória de concessão *ex officio* (BRASIL³⁶⁵, 2016 apud TORON, 2017, p. 102); seu argumento: a Constituição estaria subordinada ao Código de Processo Penal, em seu Art. 654, § 2º, onde diz “[...] juízes e tribunais têm competência para expedir de ofício [...] quando no curso de processo [...]” (BRASIL, 1941, p. 1). Para ele, a legitimidade é da autoridade judiciária diretamente atrelada ao feito; isto é: “[...] de outra maneira, não se pode conceder *habeas corpus* de ofício quando o STF não detenha competência para julgar o feito.” (TORON, p. 102, grifo do autor).

Todavia, mesmo com a perda da imunidade parlamentar e conseqüentemente do foro privilegiado, a 1ª turma, pela voz do Ministro Barroso, concedeu a ordem, de ofício, sob pena de vulnerar a celeridade do remédio Constitucional (BRASIL³⁶⁶, 2015 apud TORON, 2017, p. 103). Também o Ministro Fux, mesmo sem ter-se discutido nas instâncias pretéritas o problema do excesso de prazo na prisão, tampouco se interposto agravo regimental contra denegação monocrática em *habeas corpus* no STJ e ultrapassando a Súmula nº 691 do STF (BRASIL, 2003b), concedeu a ordem *ex officio* contra a ilegalidade constatada (BRASIL³⁶⁷, 2014 apud TORON, 2017, p. 103).

Medida liminar concedida em *writ* no STF contra indeferimento também liminar de relator de Superior Tribunal, não prejudica o *habeas corpus* na origem (BRASIL³⁶⁸, 2011 apud TORON, 2017, p. 285).

I – A superação da Súmula 691, por parte deste STF, constitui medida excepcional, que não tem o condão de interromper a prestação jurisdicional por parte do Tribunal apontado como coator. II – Prejudicialidade que implica, inclusive violação da inafastabilidade da jurisdição, abrigado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. (BRASIL³⁶⁹, 2008, p. 1128 apud TORON, 2017, p. 286).

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de *habeas corpus* nº 60.357-2**. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, 15 out. 1982. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=98996>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁶⁵ Idem. ***Habeas corpus* nº 133.387**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 14 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000260300&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁶⁶ Idem. **Ação penal nº 568**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 14 abr. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8480181>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁶⁷ Idem. ***Habeas corpus* nº 120.436**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=5645833>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁶⁸ Idem. ***Habeas corpus* nº 105.833**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1836730>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁶⁹ Idem. ***Habeas corpus* nº 92.474-3**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=576867>>. Acesso

Na 2ª turma, de outra sorte, tem-se admitido, sem óbices formalistas, a avaliação de *habeas corpus* contra acórdãos do STJ, STM, TSE ou TST (BRASIL³⁷⁰, 2015 apud TORON, 2017, p. 103); sejam contra excessos de prisões preventivas (BRASIL³⁷¹, 2015 apud TORON, 2017, p. 103), sejam contra questões relacionadas ao devido processo penal propriamente, como num julgado em que reconheceu-se a nulidade processual dos atos de falso advogado (BRASIL³⁷², 2015 apud TORON, 2017, p. 104). Além da Súmula nº 691 do STF (BRASIL, 2003b) já visitada, há outro entrave consolidado pela Súmula nº 606 (BRASIL³⁷³, 1984, p. 1 apud TORON, 2017, p. 106); *ipsis litteris*: “Não cabe habeas corpus originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em habeas corpus ou no respectivo recurso.”.

Assim, segundo a leitura de Toron (2017, p. 106, grifo do autor), a Súmula resgataria a Teoria medieval *The King can do no wrong*:

Sim, eles não erram. Mas, ainda que excepcionalmente, pode o relator de uma investigação, ação penal, *habeas corpus* ou recurso extraordinário, ocasionar prejuízo ao investigado, imputado, paciente ou recorrente. Por exemplo, praticando ato construtivo como a determinação de prisão ou retardando a apreciação do *habeas corpus*. Pode também requisitar inquérito sem justa causa. Assim, é estranho que não se permita questionar eventual constrangimento ilegal praticado pelo relator de uma ação penal ou de um *habeas*. Dir-se-á que cabe Agravo Regimental; sim, mas este recurso é processado pelo próprio Ministro que provoca o constrangimento. Ele leva o recurso em mesa quando bem entender e expõe o caso como lhe apraz. Pior é que não cabe sustentação oral. Já o *habeas* é distribuído para outro ministro, que pode conceder medida cautelar, e possibilita a sustentação oral da tese esgrimida. Portanto, garante mais o direito de defesa que segundo a Constituição, deve ser amplo.

Todavia, a discussão floresceu num julgado (BRASIL³⁷⁴, 2008 apud TORON, 2017, p. 106) onde, mesmo sendo voto vencido, o Ministro Pertence arguiu em favor da possibilidade; afirmou o cabimento contra decisão de relator que, negando provimento a agravo, visava a

em: 23 jul. 2018.

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 127.186**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=9015980>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁷¹ Idem. **Habeas corpus nº 127.823**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 23 jun. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=9193678>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁷² Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 119.900**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 05 maio 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8511179>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁷³ Idem. **Súmula nº 606**. Brasília, DF, 17 out. 1984. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2290>>. Acesso em: 07 maio 2018.

³⁷⁴ Idem. **Habeas corpus nº 91.352-1**. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521697>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

subida de recurso extraordinário, ainda que restrita a análise de admissibilidade (BRASIL³⁷⁵, 1992 apud TORON, 2017, p. 107). Para ele, o descabimento sobreviria a decisão do relator, através da confirmação da turma (BRASIL³⁷⁶, 1998 apud TORON, 2017, p. 107); por fim, ensejando a segurança jurídica dos precedentes, através de julgado que reconhecia a admissibilidade contra decisão monocrática de relator (BRASIL, 1998³⁷⁷, 2006³⁷⁸ apud TORON, 2017, p. 107).

Assim, é possível encontrar mais julgados que creditam a cognoscibilidade do *habeas* nessas condições (BRASIL³⁷⁹, 2007 apud TORON, 2017, p. 107), inclusive conhecendo e parcialmente provendo (BRASIL³⁸⁰, 2009 apud TORON, 2017, p. 107); enquanto que, de outra

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 69.138-2. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 26 fev. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71498>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁷⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 76.628-1. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 12 mar. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80260>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁷⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 76.653-5. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 18 mar. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76826>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁷⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 85.099-5. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 14 jun. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392212>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁷⁹ Idem. *Agravo regimental no habeas corpus* nº 84.444-8. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=486716>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁸⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 93.553-2. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 maio 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602264>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

sorte, não (BRASIL, 2001³⁸¹, 2008³⁸², 2009^{383 384 385 386 387 388 389}, 2010³⁹⁰, 2011³⁹¹ apud TORON, 2017, p. 108-109). O que nas palavras de Toron (2017), com toda razão, demonstra um certo subjetivismo na Suprema Corte; um certo ar político e não jurídico, para além da menção lotérica.

“Jurisprudência prevalecente no STF reconhece possível [...] impetração de habeas corpus, quando deduzida em face de decisões monocráticas proferidas pelo Relator da causa. Precedentes.” (BRASIL³⁹², 2007, p. 334 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 42). “Habeas corpus. Liminar. Impugnação a ato de integrante do Supremo. Atribuição. Ombreando, no ofício judicante, o relator do habeas e o autor do ato atacado, cumpre ao Plenário do Supremo examinar o pedido de concessão de medida acauteladora.” (BRASIL³⁹³, 2009, p. 333 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 110-111).

Antes era assim, hoje, o STF tem entendido descaber embargos infringentes em *habeas*

-
- ³⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no habeas corpus nº 103.193**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 02 mar. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621730>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ³⁸² Idem. **Habeas corpus nº 86.548-8**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 16 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570131>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ³⁸³ Idem. **Habeas corpus nº 91.207**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 22 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609000>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ³⁸⁴ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 99.510-1**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 20 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604099>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ³⁸⁵ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 97.250-1**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 23 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599282>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ³⁸⁶ Idem. **Habeas corpus nº 91.207**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 22 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609000>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ³⁸⁷ Idem. **Habeas corpus nº 100.397**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 01 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612791>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ³⁸⁸ Idem. **Habeas corpus nº 100.738**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 01 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612795>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ³⁸⁹ Idem. **Habeas corpus nº 100.738**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 01 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612795>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ³⁹⁰ Idem. **Habeas corpus nº 101.432**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 18 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610074>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ³⁹¹ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 104.843**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 12 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1601785>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- ³⁹² Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 84.444**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=486716>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ³⁹³ Idem. **Medida cautelar em habeas corpus nº 99.402-4**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603338>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

corpus julgado pelo mesmo, uma vez ausente no interno regimental (BRASIL³⁹⁴, 2012 apud CONSTANTINO, 2016, p. 117).

Ação de competências originária. Impetração contra ato de Ministro Relator do STF. Decisão de órgão fracionário da Corte. Não conhecimento. Habeas corpus não conhecido. Aplicação analógica da Súmula 606. [...] Não cabe pedido de habeas corpus originário para o Tribunal pleno, contra ato de Ministro ou outro órgão fracionário [...] (BRASIL³⁹⁵, 2008, p. 729 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 126).

Na mesma direção (BRASIL, 2009³⁹⁶ 397 398, 2010³⁹⁹, 2011⁴⁰⁰ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 126-127).

Veja se não: na Operação Lava Jato, novamente a Corte volta atrás e conhece *habeas* contra relator (BRASIL⁴⁰¹, 2015 apud TORON, 2017, p. 110); perspectiva pertinente. Pouco tempo depois a porta se fecha (BRASIL⁴⁰², 2016 apud TORON, 2017, p. 110): o movimento do pêndulo – para os amigos, os favores, aos inimigos, a Lei.

Num inquérito policial (BRASIL⁴⁰³, 2008 apud TORON, 2017, p. 107), nesse meado de discussões, impetrou-se *habeas corpus* contra Ministro que, desconfiado do vazamento de informações sigilosas, supostamente pelos advogados da defesa, instaurou novo inquérito, agora para apurar eventual responsabilidade desses. A OAB interview (BRASIL⁴⁰⁴, 2008 apud

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental nos embargos infringentes no habeas corpus nº 108.261**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 mar. 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1906884>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³⁹⁵ Idem. **Habeas corpus nº 86.548-8**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 16 out. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570131>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁹⁶ Idem. **Habeas corpus nº 91.207**. Relator originário: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 22 out. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609000>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁹⁷ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 97.250-1**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 23 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599282>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁹⁸ Idem. **Habeas corpus nº 92.324**. Relator originário: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 16 abr. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610570>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁹⁹ Idem. **Habeas corpus nº 101.432**. Relator originário: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 18 fev. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610074>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁰⁰ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 103.193**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 02 mar. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621730>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁰¹ Idem. **Habeas corpus nº 127.483**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 ago. 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=10199666>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁰² Idem. **Habeas corpus nº 105.959**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 17 fev. 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=11172752>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁰³ Idem. **Inquérito nº 2.424**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 26 nov. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609608>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁰⁴ Idem. **Habeas corpus nº 91.551-5**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578252>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

TORON, 2017, p. 107) e ainda que não conhecido, fora concedido de ofício, em mais um claro caso de divórcio decisório, assim chamado por Toron (2017); tanto é que nessa oportunidade, Embargos Declaratórios foram propostos no processo, tendo em vista a contradição, que prontamente fora solvida – a Corte assumiu novamente seu divórcio entre as palavras e ações. Em outro julgado (BRASIL⁴⁰⁵, 2011 apud TORON, 2017, p. 116) o Ministro Mendes reafirmou a possibilidade de impetração de *habeas corpus*, seu conhecimento e inclusive concessão, mesmo face eventual pendência de recurso especial – é o chamado *collateral attack* da ação garantia constitucional; e mais: também afirmou o caráter de possibilidade do remédio, tal como a ação rescisória – que não preclui – contra prisão ilegal, abusiva, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Vê-se que a Corte liga e desliga alguns entendimentos positivos sobre o alcance do *habeas corpus* como que num manejo de chave de alternância; os precedentes têm *overruling* e mantém-se até que nova oportunidade ímpar surja para reconfiguração do painel.

Por fim, é sedimentado na jurisprudência, portanto, que eventual pendência de recurso ou a possibilidade de futura recorribilidade da decisão, não inibe a possibilidade de conhecimento de *habeas corpus* (BRASIL, 2002⁴⁰⁶, 2003⁴⁰⁷, 2005⁴⁰⁸ apud TORON, 2017, p. 117); mas eclipses podem surgir. A pendência de julgamento em recurso de apelação, veiculada a mesma questão, também não inibe o *mandamus* (BRASIL⁴⁰⁹, 1998 apud TORON, 2017, p. 117); essas foram algumas questões interessantes para sintetizar o horizonte jurisprudencial amplo sobre admissibilidade.

8.2.2 *Leitura sobre a competência*

Análise bem-vinda se faz, também, sobre a competência, pois ainda “[...] que livre o

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas corpus* nº 110.118**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 22 nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2500133>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁰⁶ Idem. ***Recurso ordinário em habeas corpus* nº 82.045-0**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 25 jun. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102827>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁰⁷ Idem. ***Habeas corpus* nº 82.968-6**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 maio 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79208>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁰⁸ Idem. ***Habeas corpus* nº 83.346-2**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 17 maio 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79329>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁰⁹ Idem. ***Habeas corpus* nº 77.858-0**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 01 dez. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77600>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

paciente pode o *habeas corpus* dirimir questões de competência.” (BRASIL⁴¹⁰, 1974, p. 1006 apud TORON, 2017, p. 213); o “[...] *habeas corpus* é meio judicial apto a suscitar a incompetência absoluta do juiz. Embora o paciente não esteja preso, o procedimento criminal, pelo séquito de gravames que acarreta ao acusado, importa em restrição de sua liberdade de ir e vir.” (BRASIL⁴¹¹, 1979, p. 168 apud TORON, 2017, p. 65).

O pedido de reconhecimento de incompetência absoluta do Juízo processante afeta diretamente a defesa de um direito individual indisponível do paciente: o de ser julgado por um juiz competente, nos exatos termos do que dispõe o inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal. O Ministério Público, órgão de defesa de toda a Ordem Jurídica, é parte legítima para impetrar *habeas corpus* que vise ao reconhecimento da incompetência absoluta do juiz processante de ação penal (BRASIL⁴¹², 2007, p. 223 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 45).

As exceções ao disposto pela legalidade devem ser encaradas com muito cuidado; num acidente ferroviário envolveu-se o interesse de um Estado federado e da União, ao mesmo tempo, mas a Polícia e Justiça Federal não absorveram a competência, pois a perícia já havia sido realizada pela Civil (BRASIL⁴¹³, 2015 apud TORON, 2017, p. 221).

Acontece que esse descuido das autoridades poderia ter custado a cadeia de custódia probatória e conseqüentemente a culpabilização dos responsáveis, caso a arguição de incompetência tivesse sido entendida como válida.

A competência para o julgamento do *habeas corpus* é definida pelos envolvidos – paciente e impetrante. [...] Estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os *habeas corpus* impetrados contra ato que tenham praticado. [...] Uma vez ocorrida a declinação da competência, cumpre preservar o quadro decisório decorrente do deferimento de medida acauteladora, ficando a manutenção, ou não, a critério do órgão competente. (BRASIL⁴¹⁴, 2006, p. 242 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 48-49).

⁴¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em *habeas corpus* nº 52.699**. Relator: Ministro Thompson Flores. Brasília, DF, 10 set. 1974. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=95038>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴¹¹ Idem. **Recurso em *habeas corpus* nº 56.873**. Relator: Ministro Soares Munoz. Brasília, DF, 27 mar. 1979. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=97104>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴¹² Idem. ***Habeas corpus* nº 90.305-3**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 20 mar. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459650>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴¹³ Idem. **Recurso extraordinário nº 883.746**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 31 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28883746%2ENUM%2E+OU+883746%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7yh4wnn>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴¹⁴ Idem. ***Habeas corpus* nº 86.834-7**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409304>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

É possível encontrar mais julgados na mesma linha (BRASIL⁴¹⁵, 2008 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 49). “É investido de competência o STF para julgar *habeas corpus* dirigido contra ato de Tribunal que não possua qualificação de superior.” (BRASIL⁴¹⁶, 1996, p. 440 apud MOSSIN, 1997, p. 273).

A discussão acerca da correta fixação da competência, bem como da existência de conexão em razão da ligação do homicídio com o crime de tráfico internacional de drogas ou de outro delito apto a justificar a competência da Justiça Federal exige o exame aprofundado de fatos e provas, o que, em sede de *habeas corpus*, não se mostra possível, visto tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. (BRASIL⁴¹⁷, 2010, p. 78-79 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 78-79).

Outra questão interessante, como bem expõe Toron (2017, p. 221), é sobre o cancelamento da Súmula nº 394 do STF (BRASIL⁴¹⁸, 1964 apud TORON, 2017, p. 221), que abriu margem para problemas de competência; é que a orientação nela era de que, se um acusado supostamente tivesse praticado o ato durante a vigência de sua prerrogativa de foro, a competência prorrogava-se, mesmo após o término do cargo ou mandato. Numa questão de ordem suscitada em inquérito policial, a súmula fora derrubada (BRASIL⁴¹⁹, 1999 apud TORON, 2017, p. 221).

O problema é a contradição que se gera em julgados de leituras diversas, pois sem a fixidez, a competência, que nesse caso não é relativa, mas sim absoluta, é segurança jurídica por questão de ordem pública, contra juízo de exceção, resta maculada. O ex-deputado Ronaldo Cunha Lima renunciara o mandato e fora declarado sem foro privilegiado, todavia, sem caracterizar-se fraude processual, tendo seu processo sido remetido a instância competente (BRASIL⁴²⁰, 2007 apud TORON, 2017, p. 221).

Para o ex-deputado Natan Donadon o foro foi mantido, mesmo já não estando no

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 85.240-8**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 14 fev. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548593>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴¹⁶ Idem. **Habeas corpus nº 73.924-5**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 06 ago. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74852>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁴¹⁷ Idem. **Habeas corpus nº 100.154**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619391>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴¹⁸ Idem. **Súmula nº 394**. Brasília, DF, 03 abr. 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=394.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴¹⁹ Idem. **Questão de ordem no inquérito nº 687-4**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 25 ago. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴²⁰ Idem. **Ação penal nº 333-2**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Revisor: Eros Grau. Brasília, DF, 05 dez. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519979>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

mandato (BRASIL⁴²¹, 2010 apud TORON, 2017, p. 221); o STF entendeu que ele havia abusado do Direito e agido fraudulenta processualmente, por isso foi julgado e condenado ali mesmo. Já no caso do ex-Senador Eduardo Azeredo, que também renunciara ao mandato antes do julgamento da ação penal, o processo fora enviado a juízo de primeiro grau, contudo sem os mesmos óbices (BRASIL⁴²², 2012 apud TORON, 2017, p. 221).

Ainda com relação a competência por foro especial, prevalece para algumas doutrinas a leitura de que aos crimes conexos e seus respectivos agentes, resta a absorção por continência e cumulação subjetiva; haja vista essencialidade na reunião dos feitos e oportunidade das questões, sem embargo de julgados divergentes entre STJ e STF nesse diapasão. É que para o Supremo, o complexo “[...] de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional, não comporta a possibilidade de extensão, que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política [...]” (BRASIL⁴²³, 1995 apud TORON, 2017, p. 223).

A competência por foro é exceção, por Direito estrito; é o que diz a Constituição. “E uma lei processual não pode aditar a Carta, estendendo essa mesma competência.” (BRASIL⁴²⁴, 2008, p. 474 apud TORON, 2017, p. 223).

“A competência do Superior Tribunal de Justiça está delimitada na Constituição Federal, não sofrendo alteração considerados institutos processuais comuns – a conexão e a continência.” (BRASIL⁴²⁵, 2008, p. 348 apud TORON, 2017, p. 223). A “[...] necessidade de evitar-se, mediante a reunião de ações penais, decisões conflitantes, não se sobrepõe à competência funcional estabelecida em normas de envergadura maior, de envergadura insuplantável como são as contidas na Lei Fundamental.” (BRASIL⁴²⁶, 2007, p. 554 apud TORON, 2017, p. 223).

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 396**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Revisor: Dias Toffoli. Brasília, DF, 28 out. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622288>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴²² Idem. **Ação penal nº 536**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28536%2E%20%2E%20%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/j92leag>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴²³ Idem. **Petição nº 1026**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 1995.

⁴²⁴ Idem. **Habeas corpus nº 89.056-3**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552059>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴²⁵ Idem. **Habeas corpus nº 89.083-1**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573709>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴²⁶ Idem. **Habeas corpus nº 91.273-7**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506627>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Outra questão pertinente é sobre a nulidade de interceptação telefônica e quebra de sigilo bancário ordenadas por juízo incompetente: devem ser desentranhadas dos autos (BRASIL⁴²⁷, 2000 apud TORON, 2017, p. 226). Quando houver mera menção de agente público, protegido por foro de prerrogativa, em investigação criminal, a ação poderá correr normalmente no primeiro grau (BRASIL, 2002⁴²⁸, 2003⁴²⁹, 2016⁴³⁰ apud TORON, 2017, p. 230); inclusive quando ocorrer encontro fortuito de provas em escutas telefônicas (BRASIL, 2001⁴³¹, 2004⁴³², 2007⁴³³, 2010⁴³⁴, 2011⁴³⁵, 2012⁴³⁶, 2014⁴³⁷ apud TORON, 2017, p. 230).

Cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal, e não a qualquer outro juízo, decidir sobre a cisão de investigações envolvendo autoridade com prerrogativa de foro na Corte, promovendo, ele próprio, deliberação a respeito do cabimento e dos contornos do referido desmembramento. [...] No caso em exame, não tendo havido prévia decisão desta Corte sobre a cisão ou não da investigação ou da ação relativamente aos fatos indicados, envolvendo autoridades com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, fica delineada, nesse juízo de cognição sumária, quando menos, a concreta probabilidade de violação da competência prevista no art. 102, I, b, da Constituição da República. (BRASIL⁴³⁸, 2016, p. 1 apud TORON, 2017, p. 231).

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 80.197-8**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 08 ago. 2000. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102701>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴²⁸ Idem. **Agravo regimental na reclamação nº 2.101-7**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 01 jul. 2002. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325968>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴²⁹ Idem. **Habeas corpus nº 82.647-4**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 18 mar. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79108>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴³⁰ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 135.683**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 25 out. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672473>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴³¹ Idem. **Habeas corpus nº 81.260-1**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 14 nov. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78672>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴³² Idem. **Habeas corpus nº 83.515-5**. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 16 set. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79377>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴³³ Idem. **Habeas corpus nº 84.224-1**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 27 fev. 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527309>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴³⁴ Idem. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 626.214**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, DF, 21 set. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615361>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴³⁵ Idem. **Habeas corpus nº 105.527**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 29 mar. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1158841>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴³⁶ Idem. **Habeas corpus nº 106.225**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Luiz

Fux. Brasília, DF, 07 fev. 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1836769>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴³⁷ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 120.111**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 11 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5544715>>.

Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴³⁸ Idem. **Medida cautelar na reclamação nº 23.457**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 22 mar.

2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000255276&base=baseMonocraticas>>.

Acesso em: 23 jul. 2018.

No mesmo sentido alhures, há precedentes (BRASIL, 2014⁴³⁹, 2016⁴⁴⁰ apud TORON, 2017, p. 231). Quando a questão for relevante, a “[...] usurpação da competência do STF traz como consequência a inviabilidade de tais elementos operarem sobre a esfera penal do denunciado. Precedentes [...]” (BRASIL⁴⁴¹, 2013, p. 1 apud TORON, 2017, p. 230).

O Tribunal pode entender pelo não desmembramento e processar todos na instância própria ao que detém prerrogativa (BRASIL⁴⁴², 2012 apud TORON, 2017, p. 232); ou desmembrá-lo e dar continuidade no processo só em face do agente. A “[...] declaração de imprestabilidade dos elementos de prova angariados em usurpação de competência criminal do Supremo Tribunal Federal não alcança necessariamente os acusados destituídos de foro por prerrogativa [...]” (BRASIL⁴⁴³, 2013 apud TORON, 2017, p. 232).

O STF entende a competência por prevenção sob a guarda do Art. 75 do CPP/41 (BRASIL, 1941), onde a decretação de medidas urgentes e, conseqüentemente, falta de distribuição normal e prévia, não a fixa de forma permanente (BRASIL⁴⁴⁴, 2003 apud CONSTANTINO, 2016, p. 75). A Súmula nº 704 do também Supremo Tribunal (BRASIL⁴⁴⁵, 2003 apud CONSTANTINO, 2016, p. 75) destaca que a atração do corréu por conexão e, ou continência, não viola a garantia do juiz natural, tampouco da ampla defesa e do *due process of law*.

Mas “[...] se o pedido de reunião dos processos não foi aduzido ao juízo processante, não há ato coator a sanar.” (BRASIL⁴⁴⁶, 2009, p. 243 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 99). E mais: não basta pedir, é preciso fundamento e legalidade para suscitar competência diversa,

⁴³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de ordem na ação penal nº 871**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 10 jun. 2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7066383>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁴⁰ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 135.683**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 25 out. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672473>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁴¹ Idem. **Inquérito nº 2.842**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 maio 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5342808>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁴² Idem. **Ação penal nº 470**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 17 dez. 2012. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁴³ Idem. **Inquérito nº 2.842**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 maio 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5342808>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁴⁴ Idem. **Habeas corpus nº 83.086-2**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 16 dez. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79242>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁴⁴⁵ Idem. **Súmula nº 704**. Brasília, DF, 24 set. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=704.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁴⁴⁶ Idem. **Habeas corpus nº 83.428**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 06 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606300>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

pois

É consabido que o habeas corpus tem previsão constitucional para aquele que sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º inc. LXVIII, CF). É inviável o habeas corpus, pois a impetração, tal como posta nos autos, tem a finalidade exclusiva de alterar o local qual deverá ser processado e julgado o paciente, o que demonstra, em última análise, os impetrantes não buscam afastar ou evitar qualquer ameaça ao direito de locomoção do paciente, mas, tão-somente, alterar o órgão jurisdicional para o seu processamento e julgamento. (BRASIL⁴⁴⁷, 2008, p. 544 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 124-125).

“A decisão objeto do pedido de extensão foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Nesse diapasão, a jurisprudência desta Corte Suprema já assentou que ‘competente para apreciar a extensão é o órgão jurisdicional que concedeu o benefício a co-réu.’” (BRASIL⁴⁴⁸, 2009, p. 205 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 96).

Noutro exemplo, cabe *habeas corpus* na área Militar para impedir processamento de civil cujo praticara crime contra a Polícia ou Brigada Militar do Estado (BRASIL⁴⁴⁹, 1994 apud CONSTANTINO, 2016, p. 128). “O Supremo Tribunal Federal não tem competência para conhecer e julgar pedido de habeas corpus cuja causa de pedir ainda não foi submetida ao crivo das Cortes ordinárias e do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.” (BRASIL⁴⁵⁰, 2008 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 102); nessa mesma direção (BRASIL, 2008^{451 452}, 2009^{453 454 455}, 2010⁴⁵⁶, 2011⁴⁵⁷ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 102-103).

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no habeas corpus nº 94.224-5**. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 12 jun. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547243>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁴⁸ Idem. **Habeas corpus nº 98.781**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 24 nov. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607286>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁴⁹ Idem. **Habeas corpus nº 70.604-5**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 10 maio 1994. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72554>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁴⁵⁰ Idem. **Habeas corpus nº 94.016**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 set. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382117>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁵¹ Idem. **Habeas corpus nº 94.016-1**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 set. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁵² Idem. **Habeas corpus nº 94.619-4**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 02 set. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550515>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁵³ Idem. **Habeas corpus nº 93.173**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 10 nov. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606520>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁵⁴ Idem. **Habeas corpus nº 93.500-1**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 30 jun. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600716>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁵⁵ Idem. **Habeas corpus nº 87.912-8**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 26 maio 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597168>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁵⁶ Idem. **Habeas corpus nº 101.377**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 20 abr. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613710>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁵⁷ Idem. **Embargos de declaração no habeas corpus nº 102.041**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília,

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite o conhecimento de habeas corpus, por entender incabível o exame de fundamentos ainda não apreciados definitivamente pelo órgão judiciário apontado como coator, mormente quando o objeto foi prejudicado pelo julgamento em definitivo do Habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL⁴⁵⁸, 2008, p. 557 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 104).

Há julgado similar (BRASIL⁴⁵⁹, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 104). “O Supremo Tribunal Federal não é competente para examinar, na via processualmente contida do habeas corpus, as provas até então colhidas na instrução criminal.” (BRASIL⁴⁶⁰, 2008 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 105). De idêntica apreciação (BRASIL⁴⁶¹, 2009 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 105).

Esses foram alguns exemplos jurisprudenciais em *habeas corpus* onde a competência é indagada. Como se vê pela pluralidade de indagações ao juízo, é fértil o terreno.

8.2.3 A súmula nº 691 do STF

A jurisprudência do STF, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento *hic et nunc* da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. (BRASIL⁴⁶², 2007, p. 528 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 43).

O caráter é excepcional, mas numeroso (BRASIL, 2006⁴⁶³, 2007⁴⁶⁴, 2008^{465 466 467},

DF, 15 fev. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3477277>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 93.952**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 29 abr. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606858>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁵⁹ Idem. **Habeas corpus nº 98.113**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 09 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609282>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁶⁰ Idem. **Habeas corpus nº 92.971**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 11 mar. 2008.

⁴⁶¹ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 96.433**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 20 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605910>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁶² Idem. **Agravo regimental na medida cautelar no habeas corpus nº 91.078-5**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 maio 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489902>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁶³ Idem. **Habeas corpus nº 89.681-2**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 21 nov. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614456>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁶⁴ Idem. **Habeas corpus nº 91.989-8**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 18 set. 2007.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492872>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁶⁵ Idem. **Habeas corpus nº 92.891-9**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 03 jun. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579542>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁶⁶ Idem. **Habeas corpus nº 95.688**. Relator: Ministro Cesar Peluso. Brasília, DF, 02 set. 2008.

⁴⁶⁷ Idem. **Habeas corpus nº 95.009-4**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 06 nov. 2008. Disponível em:

2009^{468 469}, 2010^{470 471 472} apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 44).

O abrandamento da Súmula 691/STF somente pode ocorrer em hipóteses excepcionais de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, não podendo ocorrer de forma tácita, quanto mais quando não estão presentes nos autos os elementos necessários para a compreensão da controvérsia. (BRASIL⁴⁷³, 2009, p. 925 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 97).

Em igual direção (BRASIL⁴⁷⁴, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 98).

Habeas corpus. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em Habeas corpus. Rejeição de proposta de cancelamento da súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar. (BRASIL⁴⁷⁵, 2005, p. 800 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 52).

Acompanha a anterior, outro decisório (BRASIL⁴⁷⁶, 2007 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 52). Em sentido similar, mais outro:

Julgamento equivocado no STJ. [...] No Superior Tribunal de Justiça, de fato, não se tratava de impetração voltada contra decisão que indeferiu liminar, hipótese em que incidiria a Súmula 691/STF, mas de indeferimento monocrático do próprio HC pela Magistrada Federal convocada para substituir o Relator no TRF/2ª Região. O STJ, contudo, limitou-se a não conhecer do Habeas corpus, com base na Súmula 691 desta Corte, sem analisar a questão de mérito lá suscitada e reiterada no presente recurso (prescrição). Ordem concedida de ofício para cassar acórdão recorrido e determinar que o Tribunal de Justiça proceda ao julgamento do HC lá impetrado. (BRASIL⁴⁷⁷,

-
- <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁴⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 94.411**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 03 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606860>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁴⁶⁹ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 99.601**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 13 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605927>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁴⁷⁰ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 102.685**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 17 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613899>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁴⁷¹ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 101.550**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 25 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613712>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁴⁷² Idem. **Habeas corpus nº 103.273**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 abr. 2010.
- ⁴⁷³ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 100.082**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606886>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁴⁷⁴ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 98.669**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 18 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618732>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁴⁷⁵ Idem. **Habeas corpus nº 85.185-1**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 10 ago. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁴⁷⁶ Idem. **Habeas corpus nº 91.690-2**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 06 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506633>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁴⁷⁷ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 104.582**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília,

2010, p. 556 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 81).

Necessário temperamento da Súmula 691 deste Supremo, para que não se negue a aplicação do art. 5º. inc. XXXV, da Constituição da República. Não se há negar jurisdição ao que reclama prestação do Poder Judiciário, menos ainda deste Supremo Tribunal, quando se afigure ilegalidade flagrante. (BRASIL⁴⁷⁸, 2006, p. 954 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 47).

Vários julgados semelhantes existem (BRASIL, 2005⁴⁷⁹, 2008⁴⁸⁰; apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 47).

Certo que o enunciado da Súmula 691/ STF comporta relativização. Mas somente quando, de logo, avulta que o cerceio à liberdade de locomoção do paciente decorre de ilegalidade ou abuso de poder [...]. Inocorrência de situação capaz de autorizar o abrandamento do verbete sumular. (BRASIL⁴⁸¹, 2007, p. 457 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 39-40).

Precedentes consolidados (BRASIL, 2010⁴⁸², 2011^{483 484} apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 40); o movimento pendular é visível aqui igualmente, insegurança jurídica de plano.

Não se supera o teor da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal quando os elementos existentes nos autos não indiquem a flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão atacada, em especial quando a matéria posta sob a apreciação do Superior de Justiça – ofensa ao princípio do promotor natural e arquivamento indireto de inquérito policial – mereçam pronunciamento prudente e pormenorizado. (BRASIL⁴⁸⁵, 2008, p. 386 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 36).

Em verdade, não há rigidez na sumular 691 (BRASIL, 2003b), pois o STF tem concedido em liminar muitas vezes por mérito (BRASIL⁴⁸⁶, 2005 apud CONSTANTINO, 2016,

DF, 14 set. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614816>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 89.681-2**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 21 nov. 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402450>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁷⁹ Idem. **Medida cautelar em habeas corpus nº 86.864-9**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 20 out. 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80231>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁸⁰ Idem. **Habeas corpus nº 92.474-3**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 dez. 2008.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=576867>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁸¹ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 92.534-1**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 23 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=544077>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁸² Idem. **Habeas corpus nº 102.434**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 28 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616868>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁸³ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 98.920**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 28 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625424>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁸⁴ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 106.990**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 22 fev. 2011.

⁴⁸⁵ Idem. **Habeas corpus nº 88.877-1**. Relator originário: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão:

Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 04 mar. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535851>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁸⁶ Idem. **Medida cautelar em Habeas corpus nº 86.864-9**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF,

p. 101), noutras, *ex officio* (BRASIL⁴⁸⁷, 2005 apud CONSTANTINO, 2016, p. 101); inclusive contra decisões absurdas (BRASIL⁴⁸⁸, 2015 apud CONSTANTINO, 2016, p. 101) ou manifestamente abusivas, que deixam evidente o constrangimento (BRASIL⁴⁸⁹, 2015 apud CONSTANTINO, 2016, p. 101). Apesar do caráter de excepcionalidade, é possível conseguir-se liminar no STF, contra a denegada previamente na instância Superior (BRASIL, 2015^{490 491} apud CONSTANTINO, 2016, p. 101).

“Habeas corpus. Impetrações sucessivas. A impetração de habeas corpus no Supremo, quando ainda está em curso idêntica medida no Superior Tribunal de Justiça, não implica o prejuízo desta última.” (BRASIL⁴⁹², 2011, p. 1 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 73-74).

O superveniente julgamento do mérito de habeas corpus impetrado ao Superior Tribunal de Justiça e cujo pedido de liminar foi indeferido monocraticamente, dando ensejo à impetração do presente writ, acarreta a perda desta ação, impetrada ao Supremo Tribunal Federal. (BRASIL⁴⁹³, 2009, p. 585 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 105).

Mais precedentes na mesma esteira (BRASIL, 2009⁴⁹⁴, 2010^{495 496} apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 105).

A completa ausência de fundamentos da decisão que indefere o pedido de liberdade provisória permite a supressão de instância e a concessão de medida liminar em favor do paciente. O posterior envio, pela autoridade apontada como coatora, da sentença e

20 out. 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80231>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁴⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 85.185-1**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 10 ago. 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁴⁸⁸ Idem. **Agravo regimental no habeas corpus nº 124.817**. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 24 nov. 2015.

⁴⁸⁹ Idem. **Habeas corpus nº 129.872**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9486832>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁴⁹⁰ Idem. **Habeas corpus nº 130.723**. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 24 nov. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9983792>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁴⁹¹ Idem. **Habeas corpus nº 129.554**. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9584725>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁴⁹² Idem. **Habeas corpus nº 105.541**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 05 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1161901>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁹³ Idem. **Habeas corpus nº 100.097**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 03 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606319>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁹⁴ Idem. **Habeas corpus nº 100.056**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606885>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁹⁵ Idem. **Habeas corpus nº 102.319**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614800>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁹⁶ Idem. **Habeas corpus nº 98.842**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612488>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

acórdão condenatórios, com fundamentos diversos a fundamentar a cautelaridade da prisão processual do paciente, conduz à cassação da liminar antes concedida e ao não conhecimento do writ, por força da supressão de instância, que só pode ser superada quando patente a existência de constrangimento ilegal. (BRASIL⁴⁹⁷, 2010, p. 375 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 80-81).

Por fim, vale ressaltar que o “[...] habeas corpus não se presta à revisão, em tese, do teor de súmulas da jurisprudência dos tribunais.” (BRASIL⁴⁹⁸, 2010, p. 263 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 80). Novos exemplos dicotômicos, agora versando apenas da dita súmula; é que essa tem certa importância estratégica durante a litigância, o que justifica o enfoque.

8.2.4 Dilações temporais indevidas

Vale *habeas corpus* frente a demora da entrega jurisdicional; segundo a CRFB/88 (BRASIL, 1988), Art. 5º, LXXVIII, a todos é garantida a razoável duração do processo (BRASIL⁴⁹⁹, 1978 apud TORON, 2017, p. 191). Inclusive, devido a delonga, a liberdade é dada mesmo por liminar (BRASIL⁵⁰⁰, 2001 apud TORON, 2017, p. 191).

Às dilações indevidas no processo penal, já posicionou-se o Supremo Tribunal Federal reprimendo-as (BRASIL⁵⁰¹, 2004 apud CONSTANTINO, 2016, p. 63). É como diz o Soneto 19 de William Shakespeare (2001, p. 21):

Deuouring time blunt thou the Lyons pawes,
And make the earth deuoure her owne sweet brood, Plucke
the keene teeth from the fierce Tygers yawes, And burne
the long liu'd Phaenix in her blood, Make glad and sorry
seasons as thou fleet'st,
And do Whate ere thou wilt swift-footed time, To the
wide world and all her fading sweets: But I forbid
thee one most hainous crime,
O carue not with thy howers my loues faire brow, Nor
draw noe lines there with thine antique pen, Him in thy
course vntainted doe allow,
For beauties patterne to succeeding men.

⁴⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 101.884. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 14 set. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614798>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁹⁸ Idem. *Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus* nº 92.886. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 21 set. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615660>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁹⁹ Idem. Recurso de *habeas corpus* nº 56.044. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, v. 86, p. 462-463, jul. 1978. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/086_2.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁵⁰⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 80.468-3. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 08 maio 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78406>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁰¹ Idem. *Habeas corpus* nº 80.379. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, v. 187, n. 3, p. 933-950, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/187_3.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

Yet doe thy worst ould Time dispight thy wrong, My
loue shall in my verse euer liue young.

Já dispensou-se até a prestação de informações pela autoridade coatora, quando pelos autos, a prova pré-constituída deixava patente o Direito discutido (BRASIL⁵⁰², 1993 apud TORON, 2017, p. 191). É que “[...] ‘cumpre imprimir preferência a processo revelador de *habeas corpus*’ [...], revelando a demora em mais de dois anos para julgar ‘[...] verdadeira negativa de jurisdição.’.” (BRASIL⁵⁰³, 2011, p. 1 apud TORON, 2017, p. 191).

I – A constatação de evidente constrangimento ilegal permite o conhecimento de *habeas corpus* contra decisão liminar em writ anteriormente impetrado, mediante a flexibilização do teor da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. II – Paciente acusado da prática de porte ilegal de arma de fogo, cuja sanção corporal não excede a 4 anos, ensejando a imposição de pena restritiva de direitos, ante a ausência de violência ou grave ameaça. III – Ademais, a demora no julgamento de writ impetrado junto ao Tribunal de Justiça da Bahia, e o fato de ser o paciente primário e possuir residência fixa, permitem resposta ele ao processo em liberdade. IV – A circunstância de o paciente estar sendo investigado pela prática do delito de homicídio, por si só, não se mostra suficiente para a decretação de prisão preventiva sob o fundamento de garantia da ordem pública. V – Ordem concedida. (BRASIL⁵⁰⁴, 2010, p. 91 apud TORON, 2017, p. 194).

Há remédio que fora dado não apenas para sanar demora, mas para garantir a avaliação psicológica e psiquiátrica, a fim de precisar a saúde mental do paciente (BRASIL⁵⁰⁵, 1978 apud TORON, 2017, p. 192).

A comprovação de excessiva demora na apreciação do pedido de *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República). (BRASIL⁵⁰⁶, 2011, p. 214 apud TORON, 2017, p. 194).

I – O excesso de trabalho que asoberba o STJ permite a flexibilização, em alguma medida, do princípio constitucional da razoável duração do processo. II – Contudo, no caso dos autos, a situação caracteriza evidente constrangimento ilegal, uma vez que, passados mais de cinco anos de recebimento e distribuição, os autos permanecem, até essa data, sem julgamento de mérito, tendo em vista as sucessivas alterações de relatoria. III – Inaplicabilidade, na espécie, dos precedentes da Corte que afirmam não configurar ilícito a demora no julgamento do recurso decorrente de sucessão de

⁵⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 69.968-5. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 18 maio 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72114>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁰³ Idem. *Habeas corpus* nº 106.336. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1520337>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁰⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 90.443-2. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 10 abr. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=447726>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁰⁵ Idem. Recurso de *habeas corpus* nº 56.044. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, v. 86, p. 462-463, jul. 1978. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/086_2.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁵⁰⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 101.970. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622575>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Ministro egresso do STJ. IV – A demora demasiada para o julgamento do feito naquela Corte Superior, decorrente de elevado número de substituição de relatores, a saber, o total de cinco, configura negativa de prestação jurisdicional e flagrante constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, apto a justificar a concessão da ordem para determinar o imediato julgamento daquela ação. (BRASIL⁵⁰⁷, 2016, p. 1 apud TORON, 2017, p. 194).

A excessiva demora no processo e análise de *habeas corpus* no STJ pode levar a acolhimento de questão de ordem no STF e conseqüente sobrestar para imediato julgamento na Corte Superior (BRASIL⁵⁰⁸, 2012 apud TORON, 2017, p. 285). “Excesso de prazo para o julgamento de apelação criminal. Coação imputada, singularmente, a Desembargador (Relator). Competência originária do STJ, para apreciar o *habeas corpus* (art. 105, I, e, CF).” (BRASIL⁵⁰⁹, 1990, p. 128 apud MOSSIN, 1997, p. 267).

Habeas corpus. Competência. Impetração contra excesso de prazo na realização de exame de sanidade mental de réu preso provisoriamente – incidente instaurado por determinação do tribunal em julgamento de recurso convertido em diligência – Hipótese em que assume a posição de autoridade coatora – Julgamento afeto ao STF – Incidente de insanidade mental – Réu preso provisoriamente. – Excesso de prazo na realização do exame – Constrangimento ilegal caracterizado – Habeas corpus concedido – Inteligência e aplicação do art. 150, § 1º, do CPP. O excesso de prazo na realização do exame de sanidade mental do réu que se encontra provisoriamente preso configura coação ofensiva a seu direito de liberdade. A própria lei processual penal, em seu art. 150, § 1º fixa o prazo de 45 dias como suficiente para sua realização [...]. (MOSSIN, 1997, p. 269-270).

“Se a alegação de excesso de prazo da prisão não foi submetida às instâncias antecedentes, não cabe ao Supremo Tribunal conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância.” (BRASIL⁵¹⁰, 2008, p. 934 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 131). Precedentes

⁵⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 136.435. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 22 nov. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12162451>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁰⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 92.688. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=2590961>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁰⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 67.990-1. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 20 nov. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70646>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁵¹⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 94.421-3. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 03 jun. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558613>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

(BRASIL, 2009^{511 512 513 514}, 2010⁵¹⁵ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 131).

O superveniente julgamento do mérito de habeas [...] ao Superior de Justiça, cuja alegada demora na apreciação deu ensejo à impetração do presente writ, acarreta a perda do objeto da ação [...] ao Supremo Tribunal Federal, a qual não atacou as razões expostas na decisão impugnada, já que ainda não havia sido proferida à época [...]. (BRASIL⁵¹⁶, 2009, p. 918 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 95).

Na mesma esteira (BRASIL, 2010^{517 518} apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 95).

“Não caracteriza constrangimento ilegal o excesso de prazo que não decorra de inércia ou desídia do Poder Judiciário.” (BRASIL⁵¹⁹, 2007, p. 513 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 40). Na mesma direção seguem julgados (BRASIL, 2002⁵²⁰, 2006^{521 522}, 2009⁵²³, 2010⁵²⁴ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 40-41).

Prisão preventiva. Excesso de prazo. Afronta ao princípio constitucional da duração razoável do processo e constrangimento ilegal não caracterizados. Complexidade da usa. Demora razoável. [...] Denúncia oferecida contra quatorze acusados, na qual

-
- ⁵¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 98.006. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 24 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607282>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵¹² Idem. *Habeas corpus* nº 98.464. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 03 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606535>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵¹³ Idem. *Habeas corpus* nº 94.121-4. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 12 maio 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=596078>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵¹⁴ Idem. *Agravo regimental no habeas corpus* nº 97.072-9. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 03 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600750>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵¹⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 102.300. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 28 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620619>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵¹⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 100.056. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606885>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵¹⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 102.972. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 31 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614467>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵¹⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 98.182. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 18 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612229>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵¹⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 91.480-2. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 25 set. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497494>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵²⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 81.957-5. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 04 jun. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78908>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵²¹ Idem. *Agravo regimental no habeas corpus* nº 87.847-4. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390024>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵²² Idem. *Habeas corpus* nº 88.608-6. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 03 out. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390040>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵²³ Idem. *Habeas corpus* nº 100.979. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 01 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607297>>. Acesso em: 03 jul. 2018.
- ⁵²⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 101.605. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 09 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610075>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

conta estar em processo ininterrupto de investigação pelo menos nove fatos delituosos. Peça acusatória com rol de doze vítimas e onze testemunhas a comprová-los, residentes nas diversas localidades da região onde os crimes foram cometidos. Decisão do Tribunal de Justiça que guarda perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, no sentido de não haver a complexidade da causa, a de réus e de testemunhas razoável demora para o encerramento penal. (BRASIL⁵²⁵, 2006, p. 426 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 47-48).

Seguem julgados no mesmo íterim (BRASIL, 2009⁵²⁶, 2010⁵²⁷ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 48). “Habeas corpus. [...] Excesso de prazo. [...] A superveniência de sentença de pronúncia favorável ao paciente traz como consequência jurídica a perda de objeto do presente writ.” (BRASIL⁵²⁸, 2010, p. 1146 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 87-88). Na mesma direção (BRASIL⁵²⁹, 2001 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 88).

Estando o paciente preso cautelarmente desde o ano de 2004, a sentença de pronúncia, proferida após quatro anos, não convalida o excesso de prazo da instrução criminal. Em que pese a superveniência da pronúncia a impetração do HC, no STJ, a implicar prejudicialidade da impetração, impõe-se a concessão da ordem, de ofício. (BRASIL⁵³⁰, 2008, p. 411 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 127, grifo nosso).

Em sentido contrário (BRASIL⁵³¹, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 127).

Demora no julgamento. Prisão processual. [...] O prazo transcorrido entre a sentença de pronúncia e a presente data, por si só, não induz à conclusão de que esteja ocorrendo o excesso, consideradas as informações prestadas pelo Juízo de 1º grau, a interposição de recurso, por parte da defesa, contra sentença de pronúncia. Há elementos nos autos que apontam para a complexidade do processo, coma existência de vários réus, com defensores distintos, e concurso de diversos crimes. (BRASIL⁵³², 2009, p. 293 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 113).

⁵²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 89.168-3. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 26 set. 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385966>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵²⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 97.076-1. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 02 jun. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597909>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵²⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 102.062. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 dez. 2010.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618141>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵²⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 96.628. Relator originário: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão:

Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 abr. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612776>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵²⁹ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 80.968. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 set. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614238>>.

Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵³⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 90.693-1. Relator originário: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 30 set. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602263>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵³¹ Idem. *Habeas corpus* nº 100.567. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 23 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621468>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵³² Idem. *Habeas corpus* nº 98.007-4. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602366>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

Novamente exemplos para ilustrar a *ratio decidendi* quando o assunto é o tempo no processo; esse assunto será revisitado na parte de resultados. Vale frisar o decisório que anuncia 2 anos como tempo razoável, mas que nem mesmo assim é o suficiente para fixar segurança jurídica.

8.2.5 Intimação para sustentação oral

Com a morosidade dos Tribunais, abalroados de processos, o julgamento do *writ* na primeira sessão subsequente virou verdadeira exceção à regra, senão mito. Com isso, a defesa ficava vulnerável por não poder frequentar todas as sessões e desconhecer a data provável do julgamento, perdendo seu espaço oral.

A então editada Súmula nº 431 do STF (BRASIL⁵³³, 1964 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 138) reservava a hipótese de nulidade a julgamentos de recurso sem prévia intimação, salvo ao *habeas corpus*; ela se manteve. Acontece que a jurisprudência virou, fixando o entendimento de que, ainda não sendo a sustentação oral ato essencial à defesa (o que estava errado), mas essa pedindo a intimação, expressamente, na peça, para a sessão de julgamento e, não sendo essa feita, o remédio ganhava contornos por sua falta, na instância Suprema (BRASIL⁵³⁴, 2006 apud TORON, 2017, p. 295).

Melhor ainda, com o passar do tempo, o pedido expresso de intimação e consequente sustentação oral voltou a ter o devido valor, inclusive quando o STJ a suprimisse, gerando nulidade absoluta do feito por cerceamento da defesa (BRASIL, 2010⁵³⁵, 2011⁵³⁶, 2013⁵³⁷ apud TORON, 2017, p. 295-296). Cumpre enfatizar, todavia, que face “[...] a ausência de manifestação prévia do advogado do acusado sobre seu interesse em realizar sustentação oral não há que falar em violação ao princípio da ampla defesa.” (BRASIL⁵³⁸, 2010, p. 1 apud

⁵³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 431**. Brasília, DF, 1 jul. 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2763>>. Acesso em: 07 maio 2018.

⁵³⁴ Idem. **Habeas corpus nº 86.550-0**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 25 abr. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368197>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵³⁵ Idem. **Habeas corpus nº 104.264**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 26 out. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616799>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵³⁶ Idem. **Habeas corpus nº 107.497**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 13 dez. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1833847>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵³⁷ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 120.031**. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 17 dez. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264429>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵³⁸ Idem. **Habeas corpus nº 105.469**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1002791>>. Acesso

TORON, 2017, p. 296).

Pode haver nulidade quando requerido expressamente, Juízo ou Tribunal não intima para sustentação oral em *habeas corpus* (BRASIL⁵³⁹, 2007 apud CONSTANTINO, 2016, p. 105). “O julgamento de *habeas corpus* independe de pauta ou qualquer tipo de comunicação, cumprindo ao impetrante acompanhar a colocação do processo em mesa para julgamento, se deixa de requerer intimação ou ciência prévia para expor oralmente as razões da impetração.” (BRASIL⁵⁴⁰, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 93-94). Há outro precedente (BRASIL⁵⁴¹, 2011 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 94) (BRASIL, 2010⁵⁴², 2012⁵⁴³ apud TORON, 2017, p. 296).

Este singelo tópico tem função também estratégica. Vale ressaltar a importância do pedido na peça, sob pena de perder o espaço oral no recurso.

8.2.6 Algumas hipóteses de nulidade

O STF tem adotado, para os processos penais, o *pas de nullité sans grief*, que para boa parte da doutrina, é princípio. Esse quer dizer que não ‘há nulidade sem (demonstração) de prejuízo’.

A citação editalícia é excepcionalíssima, esgotados todos os meios anteriores de cientificação, sob pena de *habeas corpus* concedido (BRASIL⁵⁴⁴, 1991 apud MOSSIN, 1997, p. 264). Fica evidente que quem não tem ciência das acusações, não pode defender-se.

Acontece que nem sempre é constatável o dano e no processo penal não há preço que o pague; principalmente quando se trata de cidadão inocente, na hora errada, no local errado. Aqui, a título exemplificativo, vão alguns comentários e julgados; sem a pretensão, contudo, de exaurir o tema, como nos tópicos anteriores.

em: 23 jul. 2018.

⁵³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 93.101-4. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 04 dez. 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=510719>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁵⁴⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 84.097. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 02 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608241>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵⁴¹ Idem. *Embargos de declaração no habeas corpus* nº 99.823. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 jun. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625525>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵⁴² Idem. *Habeas corpus* nº 89.339. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 02 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608243>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁴³ Idem. *Habeas corpus* nº 112.252. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2575034>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁴⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 68.225-1. Relator: Ministro Célio Borja. Brasília, DF, 16 abr. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70817>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

Apesar da falta de balizamento legal para fixar a diferença entre a nulidade relativa e absoluta, pode-se dizer que a falta de demonstração do prejuízo pela parte não encerra a possibilidade de pedido e concessão de ordem (BRASIL, 2005⁵⁴⁵ 546, 2006⁵⁴⁷, 2010⁵⁴⁸ apud TORON, 2017, p. 233-234); mas a declaração – tão cara – da invalidade desses atos fica requisitada à prévia evidência de dano (BRASIL, 2001⁵⁴⁹, 2005⁵⁵⁰ apud TORON, 2017, p. 234). Mas há julgado, de outra sorte, que declara nulidade absoluta, sem demonstração de prejuízo, ainda que em face de cerceamento de defesa, pela inobservância de fase de instrução para contraditório, mácula à ampla defesa Constitucional (BRASIL⁵⁵¹, 2008 apud TORON, 2017, p. 234).

[...] persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal não é instrumento de arbítrio do Estado. (BRASIL⁵⁵², 1996, p. 270-271 apud TORON, 2017, p. 232).

O MP não fala por último no processo penal democrático (BRASIL⁵⁵³, 2008 apud TORON, 2017, p. 80) e isso inclui, portanto, o fim da vista em *Habeas Corpus* para que o parquet se manifeste; ao menos assim o deveria. O desrespeito à cronologia das falas na sustentação oral, com a inversão do contraditório, gera nulidade do julgamento (BRASIL⁵⁵⁴,

⁵⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 85.155-0. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 22 mar. 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358711>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁴⁶ Idem. *Agravo regimental no agravo de instrumento nº 559.632-9*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 06 dez. 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=366767>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁴⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 88.836-4. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 08 ago. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385932>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁴⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 99.996. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 28 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616862>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁴⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 81.510-3. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11 dez. 2001.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78778>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁵⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 85.155-0. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 22 mar. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358711>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁵¹ Idem. *Habeas corpus* nº 94.027-7. Relator: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 21 out. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=594673>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁵² Idem. *Habeas corpus* nº 73.338-7. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 ago. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁵³ Idem. *Habeas corpus* nº 87.926-8. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 20 fev. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523321>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁵⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 87.926-8. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 20 fev. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523321>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

2008 apud TORON, 2017, p. 236); sendo a evidência e demonstração do prejuízo, prova impossível, não é necessário ingressar nesse mérito (BRASIL, 1992⁵⁵⁵, 2004⁵⁵⁶, 2005⁵⁵⁷ apud TORON, 2017, p. 236-237).

Se a atuação do Ministério Público, por inversão do contraditório, ao parecer sobre a impetração do *writ* já é controversa, o mesmo se dirá do assistente de acusação, que aliás, segundo a jurisprudência, não tem legitimidade para essa prática, sequer na doutrina (BRASIL, 1971⁵⁵⁸, 1988⁵⁵⁹ apud CONSTANTINO, 2016, p. 42). A Súmula nº 208 do STF (BRASIL, 1963b) fixa o entendimento.

Mas ao querelante, é aberta a possibilidade:

Pedido de assistência litisconsorcial da acusação feito pelo suplente de vereador. Inexistência de normas que tratem sobre a Jurisprudência predominante no STF no sentido de que, *salvo no caso de querelante, não há compatibilidade entre o rito Habeas corpus e os tipos de intervenção terceiro*. (BRASIL⁵⁶⁰, 2006, p. 163 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 50, grifo nosso).

Entendimento não isolado (BRASIL⁵⁶¹, 2011 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 50).

O parquet não desentranha de si a vontade de acusar, para nas vistas, de forma neutra e imparcial, avaliar os parâmetros legais da concessão da ordem. Chega a ser ingenuidade pensar que um indivíduo é capaz de assumir dois papéis antagônicos: os interesses do Estado e das vítimas, bem como o do acusado no banco dos réus.

O Direito da defesa de falar por último no processo penal é garantido (BRASIL⁵⁶², 2008 apud TORON, 2017, p. 53); a defesa se manifesta sempre ao final, depois da fala que acusa. Um exame da cláusula do *due process of law*, aliás, permite perceber as características

⁵⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 69.142-1**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11 fev. 1992. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71501>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁵⁶ Idem. **Habeas corpus nº 83.835-9**. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 04 maio 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79479>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁵⁷ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 85.443-5**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 19 abr. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382949>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁵⁸ Idem. **Habeas corpus nº 48.335**. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 56, p. 693-695, jun. 1971. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/056_3.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁵⁵⁹ Idem. Recurso de *habeas corpus* nº 65.781. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 126, p. 154-169, out. 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/056_3.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁵⁶⁰ Idem. **Habeas corpus nº 83.170-2**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 maio 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79283>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵⁶¹ Idem. **Habeas corpus nº 93.033**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 01 ago. 2011.

⁵⁶² Idem. **Habeas corpus nº 87.926-8**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 20 fev. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523321>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

principais do processo seguro:

[...] alguns elementos essenciais a sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ‘ex post facto’; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de ‘participação ativa’ nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. (BRASIL⁵⁶³, 2008, p. 267-268 apud TORON, 2017, p. 49).

Outra questão interessante é que, têm Direito os corréus soltos, litisconsortes passivos, de formularem perguntas uns aos outros (BRASIL⁵⁶⁴, 2008 apud TORON, 2017, p. 80), sem as quais, a audiência é nula. Desde o caso ‘Mensalão’ fixara-se precedente da possibilidade de formulação de perguntas cruzadas entre os corréus (BRASIL⁵⁶⁵, 2012 apud TORON, 2017, p. 240).

A reclamação nº 24.116 (TORON, 2017, p. 27) estabelece que “[...] o sigilo de delação não pode ser oposto ao delatado desde que estejam presentes dois requisitos [...]”: o positivo seria que “[...] o ato de colaboração deve apontar para a responsabilidade criminal do requerente (Inq. 3.983 [...])” (BRASIL⁵⁶⁶, 2016, p. 1 apud TORON, 2017, p. 27); já o negativo estaria relacionado a eficácia da colaboração enquanto diligências estivessem em andamento. E isso pode afetar a formulação das perguntas.

Há, portanto, cenário onde os litisconsortes passivos penais formulam reperguntas uns aos outros, não estando obrigados a responderem todavia; o cerceamento desse Direito gera nulidade absoluta (BRASIL⁵⁶⁷, 2008 apud TORON, 2017, p. 240). O rol de testemunhas, ao sabor da acusação, não pode ser limitado e deverá seguir a conformidade do número de imputações dadas e seus respectivos ritos (BRASIL⁵⁶⁸, 2012 apud TORON, 2017, p. 265).

⁵⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 94.016-1. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 set. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁶⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 94.016-1. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 set. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁶⁵ Idem. *Ação penal* nº 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 17 dez. 2012. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁶⁶ Idem. *Inquérito* nº 3.983. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 03 mar. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10940248>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁶⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 94.016-1. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 set. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁶⁸ Idem. *Ação penal* nº 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 17 dez. 2012. Disponível em:

O Direito à prova não pode ser restringido, porquanto legitimante pretendida pela defesa na imprescindibilidade da inquirição das testemunhas, por Direito, arroladas no processo; sua perspectiva é uma das dimensões da cláusula do *due process of law* (BRASIL⁵⁶⁹, 2014 apud TORON, 2017, p. 267). A prova furtada também é ilícita, pois papéis confidenciais de indivíduo ou empresa só podem ser adquiridos com conhecimento e consentimento de seus proprietários; o desentranhamento dos autos criminais é fato (BRASIL⁵⁷⁰, 2008 apud TORON, 2017, p. 267). O mesmo vale para fotos, enquanto documentos que são: “[...] notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política [...]” (BRASIL, 1998⁵⁷¹ 572, 2000⁵⁷³ apud TORON, 2017, p. 268); “[...] ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular.” (BRASIL, 1996⁵⁷⁴, 2000⁵⁷⁵ apud TORON, 2017, p. 268). Assim, pode-se dizer que o *Writ of Liberty* é instrumento para declarar prova ilegal, ao arrepio do devido processo penal (BRASIL⁵⁷⁶, 2004 apud TORON, 2017, p. 33).

Contra quebra ilícita do sigilo bancário, onde num trecho dizia “Nessa linha, não é de recusar a idoneidade do habeas corpus, seja contra o indeferimento de prova de interesse do réu ou indiciado, seja, o deferimento de prova ilícita ou o deferimento inválido de prova lícita [...]” (BRASIL⁵⁷⁷, 1999, p. 206 apud TORON, 2017, p. 54); ainda, vale dizer, que é dada como

<ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 120.676**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 28 mar. 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000190911&base=baseMonocraticas>>.

Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁷⁰ Idem. **Habeas corpus nº 82.862-1**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 19 fev. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=533761>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁷¹ Idem. **Habeas corpus nº 74.299**. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 163, p. 682-694, fev. 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/163_2.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁵⁷² Idem. **Habeas corpus nº 74.639**. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 163, p. 709-734, fev. 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/163_2.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁵⁷³ Idem. **Recurso extraordinário nº 251.445**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 21 jun. 2000. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000048673&base=baseMonocraticas>>.

Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁷⁴ Idem. **Habeas corpus nº 69.912**. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 155, p. 508-516, fev. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/155_2.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁵⁷⁵ Idem. **Recurso extraordinário nº 251.445**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 21 jun. 2000. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000048673&base=baseMonocraticas>>.

Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁷⁶ Idem. **Habeas corpus nº 81.294-5**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 20 nov. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78687>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁷⁷ Idem. **Habeas corpus nº 79.191-3**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 04 maio 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77997>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

carência de justa causa a quebra ilegal do dito sigilo, que por sinal deve valer para outros matizes de rompimento ilícito (BRASIL⁵⁷⁸, 1999 apud TORON, 2017, p. 65-66). Portanto, denotando que há um rigor, enquanto segurança jurídica, sobre a cadeia de custódia da prova, antes e durante o processo, relacionada a sua licitude na coleta, higiene e respeito a reserva da jurisdição, bem como no cotejo em juízo, seja na disposição a ambas as partes para a avaliarem ou na garantia de indeferimento de produção de prova intempestiva enquanto *in malam partem*.

O Direito Fundamental enquanto distinguido na Constituição em Título próprio “[...] denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial.” (BRASIL⁵⁷⁹, 2008 apud TORON, 2017, p. 49); e para além, “[...] o caráter pétreo dos Direitos e Fundamentais dá a nota da sua importância, fazendo-os elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição [...]” (BRASIL⁵⁸⁰, 2008 apud TORON, 2017, p. 49). No espaço processual penal, as Garantias Constitucionais “[...] cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito.” (BRASIL⁵⁸¹, 2008, p. 779 apud TORON, 2017, p. 50).

O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao due process of law, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos. (BRASIL⁵⁸², 2008, p. 268 apud TORON, 2017, p. 52).

As alegações finais são “[...] peça essencial do processo-crime, e o juiz não pode sentenciar sem suprir a omissão [...]” (BRASIL⁵⁸³, 1996, p. 231 apud TORON, 2017, p. 271); a “[...] simples apresentação de contra-razões ao recurso de apelação acusatório não tem força

⁵⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 79.191-3**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 04 maio 1999. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77997>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁷⁹ Idem. **Habeas corpus nº 91.386-5**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 fev. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527317>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁸⁰ Idem. **Habeas corpus nº 91.514-1**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 mar. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527321>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵⁸¹ Idem. **Habeas corpus nº 91.386-5**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 fev. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527317>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁸² Idem. **Habeas corpus nº 94.016-1**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 set. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁸³ Idem. **Habeas corpus nº 73.227-5**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 30 abr. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74341>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

de substituir, à altura, a relevante fase procedimental das alegações finais.” (BRASIL⁵⁸⁴, 2008, p. 431 apud TORON, 2017, p. 272) (BRASIL⁵⁸⁵, 1996 apud TORON, 2017, p. 272). Mas nem sempre foi assim:

É pacífico que a falta de alegações finais não acarreta a nulidade do processo penal, pois esta só se dá na ausência de intimação para o seu oferecimento, nos termos do art. 564, III, “c”, do Código de Processo Penal. – Isso ocorre não só quando o réu tem advogado constituído, mas também tem defensor dativo, pois o Estado tem o dever de suprir a falta de defensor, mas suprir evidentemente não impõe dever superior ao que existe quando não há necessidade desse suprimento. Habeas corpus indeferido. (BRASIL⁵⁸⁶, 1993, p. 130 apud MOSSIN, 1997, p. 281).

“Padece de nulidade absoluta o processo penal em que, devidamente intimado, o advogado patrono constituído do réu deixa de apresentar alegações finais, sem que o juízo, antes de proferir sentença condenatória, lhe haja designado defensor dativo ou público para suprir a falta.” (BRASIL⁵⁸⁷, 2008, p. 1148 apud TORON, 2017, p. 271). E é livre a escolha do acusado a defensor próprio; não pode o juiz, sem prévia intimação do réu, nomear-lhe advogado ou constituir-lhe defensor (BRASIL⁵⁸⁸, 2012 apud TORON, 2017, p. 272) (BRASIL⁵⁸⁹, 1990 apud TORON, 2017, p. 274).

É preciso oportunizar o Direito de defesa substancialmente, com a participação do acusado; seja permitindo-lhe a escolha de seu representante – seja intimando-o, na falta desse, para que se manifeste previamente à constituição de outro. “A garantia constitucional da defesa há de ser observada sob o ângulo efetivo e não simplesmente formal. Veiculada por estagiário, sem a presença de profissional da advocacia quer na fase de instrução, quer na de alegações finais, longe fica de atender aos ditames legais.” (BRASIL⁵⁹⁰, 2007, p. 705 apud TORON, 2017,

⁵⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 94.168-1. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 05 ago. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548631>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁸⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 73.227-5. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 30 abr. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74341>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁸⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 69.431-4. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 04 maio 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71732>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁵⁸⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 92.680-1. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 11 mar. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523367>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁸⁸ Idem. *Ação penal* nº 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 17 dez. 2012. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁸⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 67.755-0. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 jun. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70457>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁹⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 89.222-1. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 set. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558571>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

p. 276); sendo “[...] mister que se apresente adequadamente.” (BRASIL⁵⁹¹, 1985, p. 150 apud TORON, 2017, p. 274) (BRASIL, 1976⁵⁹², 1980⁵⁹³, 1981⁵⁹⁴ apud TORON, 2017, p. 274).

“Defesa. Defensor dativo. Defesa deficiente. Defesa meramente formal, em que o defensor não exerceu seu munus adequadamente.” (BRASIL⁵⁹⁵, 1980, p. 641 apud TORON, 2017, p. 276). Não só a defesa por estagiário sai prejudicada, como a de dativo e igualmente, aquela por advogado sem registro na Ordem (BRASIL, 2005⁵⁹⁶, 2007⁵⁹⁷, 2015⁵⁹⁸ apud TORON, 2017, p. 276).

Assim também procede, por exemplo, quando o defensor pede a pronúncia do réu, gerando nulidade (BRASIL⁵⁹⁹, 1996 apud TORON, 2017, p. 276). A Súmula nº 523 do STF afirma: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.” (BRASIL⁶⁰⁰, 2003, p. 1 apud TORON, 2017, p. 274).

“*Uma vez declarada a nulidade do processo e já estando o acusado preso provisoriamente por mais de sete anos, impõe-se a expedição de alvará de soltura, afastando-se o ato de custódia.*” (BRASIL⁶⁰¹, 2009, p. 271 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 120, grifo

⁵⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de habeas corpus nº 62.870-2**. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 30 abr. 1985. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=100168>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁹² Idem. **Habeas Corpus nº 54.531**. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília, DF, 21 set. 1976. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=64880>>. Acesso em 23 jul. 2018.

⁵⁹³ Idem. **Habeas Corpus nº 57.175**. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 92, p. 641-644, maio 1980. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/092_2.pdf>. Acesso em 23 jul. 2018.

⁵⁹⁴ Idem. **Recurso de habeas corpus nº 58.240**. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 96, p. 109-115, abr. 1981. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/096_1.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁵⁹⁵ Idem. **Habeas corpus nº 57.175**. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 92, p. 641-644, maio 1980. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/092_2.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁵⁹⁶ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 83.800-6**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 05 abr. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102942>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁹⁷ Idem. **Habeas corpus nº 85.717**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3993379>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵⁹⁸ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 119.900**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 05 maio 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=8511179>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵⁹⁹ Idem. **Habeas corpus nº 71.633-4**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 22 abr. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73236>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁰⁰ Idem. **Súmula nº 523**. Brasília, DF, 10 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁰¹ Idem. **Habeas corpus nº 94.292-0**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 maio 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603331>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

nosso). Por fim, pode-se dizer que o *Habeas Corpus* é válido a pretensão direta ou indireta em face do risco à liberdade de locomoção (BRASIL⁶⁰², 2012 apud TORON, 2017, p. 61); no mesmo sentido, acresce ainda julgado obstado por nulidade absoluta do processo (BRASIL⁶⁰³, 2014 apud TORON, 2017, p. 61).

A nulidade relativa, assim, ainda que obstada pela jurisprudência defensiva dos Tribunais, incluindo o STF, é matéria que traz desconfiança quando a assunto é da asta criminal. Todavia, vale dizer, sempre é válida sua arguição, mesmo quando não é possível demonstrar o prejuízo, porque encontra-se pequenas brechas, como nas aqui mencionadas, que podem ser levadas em consideração ao final e a cabo.

8.2.7 Reforma prejudicial, recurso exclusivo da defesa e júri

Ao Tribunal do Júri: segundo o Art. 421 do CPP/41 (BRASIL, 1941), somente após preclusa a decisão de pronúncia é que instala-se a fase subsequente, quando se inicia aquilo que será o Julgamento do Povo; assim, pendentes recursos pertinentes a pronúncia, obstado encontra-se o andamento dessa fase processual (BRASIL⁶⁰⁴, 2015 apud TORON, 2017, p. 170) ou ao menos assim deveria ser. Inclusive em medida liminar provocada por *habeas corpus* (BRASIL, 2014⁶⁰⁵, 2016⁶⁰⁶ apud TORON, 2017, p. 170) já se concedeu a espera de julgamento de recursos a instâncias superiores pendentes, antes de iniciar-se o júri; quando a medida caiu, os ventos mudaram.

Tribunal do júri. Competência. Alteração de Lei estadual por Resolução do Tribunal de Justiça. Não-conhecimento pela autoridade impetrada. Inadmissibilidade. [...] A ação de habeas corpus é adequada para questionar afronta a quaisquer direitos que tenham a liberdade de locomoção como condição ou suporte de seu exercício. A alteração da competência entre Tribunais Populares por Resolução de Tribunal de Justiça, em possível afronta ao princípio do juízo natural da causa, deve ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL⁶⁰⁷, 2008, p. 60 apud ASSIS; ARAÚJO,

⁶⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 112.659. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 29 maio 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=2963841>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁰³ Idem. *Habeas corpus* nº 120.017. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6478870>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁰⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 125.439. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 26 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000243756&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁰⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 132.512. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000192860&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁰⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 130.314. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 26 out. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12156960>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁰⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 93.652-1. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 22 abr. 2008.

2012, p. 34-35).

Para além da competência, a *reformatio in pejus* é outra pertinente questão, pois mesmo quando indireta, também é tema de nulidade (BRASIL⁶⁰⁸, 1994 apud TORON, 2017, p. 277). Sem iniciar a relação processual propriamente, mas já em sua fonte – quando do oferecimento da denúncia rejeitada – é reformada contra o pedido da defesa, em recurso em sentido estrito, demonstrando “[...] insanável contradição, eis que, ao tempo em que relata a interposição de recurso contra a decisão que rejeitou a denúncia, dá provimento ao recurso em sentido estrito para pronunciar o réu [...]” (BRASIL⁶⁰⁹, 2007 apud TORON, 2017, p. 278).

A reforma prejudicial, bom que se diga, não é vedada só no Júri. “Não é lícito ao tribunal, na cognição de habeas corpus, agravar a pena do réu, sob fundamento de corrigir ex officio erro material da sentença condenatória na soma dos fatores considerados no processo de individualização.” (BRASIL⁶¹⁰, 2009 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 124).

Exsurge reforma prejudicial ao Recorrente se o órgão revisor, ao defrontar-se unicamente com inconformismo manifestado pela defesa, impõe a expedição de mandado de prisão, quando a sentença fez-se ao mundo jurídico com previsão de cumprimento da pena em regime aberto ou, inexistente a casa de albergado no Estado, com a observância da prisão domiciliar. (BRASIL⁶¹¹, 1994, p. 29 apud MOSSIN, 1997, p. 297).

Apesar da demora dos Tribunais, uma vez pronunciado, é “[...] firme a jurisprudência do Supremo Tribunal federal no sentido de que a alegação de excesso de prazo da instrução criminal fica superada pelo advento da sentença de pronúncia.” (BRASIL⁶¹², 2010, p. 87 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 78). E quanto ao uso de algemas no Tribunal do Povo, já se concedeu ordem por ter sido desnecessário (BRASIL⁶¹³, apud TORON, 2017, p. 53).

Aliás, a Súmula Vinculante nº 11 do STF consolida:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=532071>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 70.421-2. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 03 maio 1994. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72423>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁰⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 74.588. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 2007.

⁶¹⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 93.689. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 10 mar. 2009.

⁶¹¹ Idem. *Habeas corpus* nº 71.772-1. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 nov. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=&=73321>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁶¹² Idem. *Habeas corpus* nº 100.567. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 23 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621468>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶¹³ Idem. *Habeas corpus* nº 91.952-9. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, 2008).

Há mais precedentes de concessão de ordem pelo uso abusivo da algema (BRASIL⁶¹⁴, 2006 apud CONSTANTINO, 2016, p. 139), não só no Júri. Sobre o Julgamento do Povo, seu veredito é soberano, protegido pela Constituição Federal em seu Art. 5º, inciso XXXVIII, c (BRASIL, 1988); mas há possibilidade de anulação da sentença, conforme o Art. 593, III, d, do CPP/41 (BRASIL, 1941), quando a decisão for manifestamente contrária a prova dos autos (TORON, 2017, p. 175).

Porém, há que atentar-se que verificar “[...] se a decisão dos jurados é ou não manifestamente contrária à prova dos autos exige aprofundado exame do conjunto fático-probatório do feito, o que não é permitido na via estreita do habeas corpus.” (BRASIL⁶¹⁵, 2006, p. 253 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 52). Não é decisão isolada (BRASIL⁶¹⁶, 2011 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 52).

O habeas corpus não é meio hábil à análise da existência de material probatório que corrobore a tese sustentada pela defesa e acatada pelos jurados, posto implicar o revolvimento de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus. É que ao determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, o Tribunal de Justiça procurou demonstrar, nos limites do comedimento na apreciação da prova, que não existe nos autos material probatório a corroborar tese defensiva que foi acolhida pelos jurados. (BRASIL⁶¹⁷, 2011, p. 49-50 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 73).

Acontece que,

[...] referente às decisões do Júri, o Tribunal ad quem, em homenagem à garantia da soberania dos veredictos, ‘se restringe à apreciação sobre a regularidade do veredicto, sem substituir, mas pronunciando ou não pronunciando o sententia rescindenda sit’. A apelação no Júri, dizem os mestres europeus, é uma ‘instância de cassação’ [...] (BRASIL⁶¹⁸, 1989, p. 127 apud TORON, 2017, p. 175).

[...] não incumbe ao juízo de segundo grau um novo julgamento da causa – ofensivo da privativa e soberana competência constitucional do tribunal popular, mas apenas verificar se, como reclama a lei para a cassação, a decisão é ‘manifestamente contrária

⁶¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 89.429-1**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 22 ago. 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁶¹⁵ Idem. **Habeas corpus nº 86.735-9**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 07 mar. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368273>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶¹⁶ Idem. **Habeas corpus nº 104.776**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 02 ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626177>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶¹⁷ Idem. **Habeas corpus nº 103.805**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623032>>. Acesso em: 03 jul. 2018

⁶¹⁸ Idem. **Medida cautelar no habeas corpus nº 67.558-1**. Relator: Paulo Brossard. Brasília, DF, 27 jun. 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80213>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

à prova dos autos ou se o veredito nela encontra algum apoio, bastante a elidir a pecha de arbitrariedade. (BRASIL⁶¹⁹, 1998, p. 462 apud TORON, 2017, p. 175).

Em contrapartida, não cabe recurso da acusação contra veredito absolutório – senão em face de nulidade plena no procedimento – do Tribunal Popular em razão de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (BRASIL⁶²⁰, 2013 apud TORON, 2017, p. 172); isso se dá porque os jurados podem absolver ou não pelos motivos adstritos aos quesitos formulados, incluindo o clamor da piedade, que pode ou não vincular-se a estratégia da defesa, desde que a absolvição esteja como uma das possibilidades nas escolhas.

E se a acusação ou o tribunal ensejar anulação do veredito, determinando novo julgamento, o *habeas corpus* é cabível para obstar tal ilegalidade (BRASIL⁶²¹, 1990 apud TORON, 2017, p. 177); assim, concluir se “[...] a decisão é ou não manifestamente contrária a prova dos autos, importa valoração e não reexame de provas.” (BRASIL⁶²², 1984, p. 338 apud TORON, 2017, p. 175). A decisão que exterioriza desconformidade aos elementos fáticos-probatórios acostados nos autos, em dissonância a defesa da presunção de inocência é, portanto “[...] o julgamento que acolhe versão não contida no processo, decorrente de mera imaginação dos jurados.” (BRASIL⁶²³, 2008 apud TORON, 2017, p. 175); isso desguarnece e surpreende a defesa, que, inviabilizada de suscitar os limites da culpabilidade ou mesmo a presunção de inocência, é cerceada.

Revisitando a peculiaridade da competência no Tribunal do Júri, a possibilidade de desaforamento, versada no Art. 427 do CPP/41 (BRASIL, 1941), caberá quando houver interesse pela ordem pública, dúvida quanto a imparcialidade dos jurados ou ainda, relação à segurança do réu. Quando ensejado e negado, cabe o *writ* pela defesa (BRASIL, 1997⁶²⁴;

⁶¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 77.996-3. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 18 dez. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77680>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶²⁰ Idem. *Medida cautelar no recurso ordinário em habeas corpus* nº 117.076. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 16 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28117076%2E%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/j58zd53>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶²¹ Idem. *Habeas corpus* nº 67.959-5. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, 09 out. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70621>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶²² Idem. Recurso extraordinário criminal nº 99.344. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, v. 109, p. 338-345, jul. 1984. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/109_1.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁶²³ Idem. *Habeas corpus* nº 91.551. Relator: Ministra Jane Silva. Brasília, DF, 2008.

⁶²⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 75.919-1. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 04 nov. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76323>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL, 2000⁶²⁵ apud TORON, 2017, p. 181); mas nem sempre é acolhida a questão.

Competência Júri – Nova circunscrição. A atuação do Tribunal do Júri é norteadada pelo princípio segundo o qual o réu deve ser julgado pelos concidadãos (pares). Esta peculiaridade transmuda a espécie de incompetência, excepcionando a regra referente à definida a partir do elemento territorial. De relativa, passa a absoluta. Desdobrada a área geográfica de um certo Tribunal do Júri, criando-se um outro, para este devem ser remetidos os processos em curso, pouco importando a fase em que se encontrem, no qual evoluem acusados domiciliados na área resultante do desmembramento. Esta conclusão mais se robustece quando haja surgido uma nova circunscrição, uma nova comarca, enfim, um novo foro, como ocorreu relativamente à Organização Judiciária do Distrito Federal – Lei nº 8.185/91 – e, mais especificamente, quanto às Circunscrições de Taguatinga e Ceilândia. Inaplicabilidade da norma vedadora da redistribuição às novas varas. (BRASIL⁶²⁶, 1994, p. 308 apud MOSSIN, 1997, p. 270).

“A defesa há de ser ouvida quanto a pedido de desaforamento formulado pelo Ministério Público.” (BRASIL⁶²⁷, 1994, p. 628 apud MOSSIN, 1997, p. 275). Já sobre o recurso exclusivo da defesa contra fatos manifestamente contrários às provas, surte efeito e o júri é anulado; assim, outra perspectiva exsurge: não é possível a *reformatio in pejus* direta ou indireta, dentro ou não do Júri.

Habeas corpus – Acórdão que, após anular sentença condenatória, proferida pelo juízo singular, pronuncia o réu e determina a remessa dos autos ao Tribunal do Júri. Pretendida declaração de nulidade do iudicium accusationis, com consequente expedição de alvará de soltura do réu, ora paciente, que se acha preventivamente preso. Pedido que se defere tão-somente na primeira parte, tendo em vista que, ao pronunciar o réu, a Corte impetrada excedeu os limites de sua competência e instância pelos meios regulares. Não afetou ela, entretanto, os demais atos processuais, inclusive o decreto de prisão preventiva, acerca dos quais nem sequer se podia dizer que foram praticados por juiz incompetente para a instrução, já que não consta dos autos que, na comarca interiorana de Rio Verde, haja juízo privativo do Tribunal do Júri. Ordem parcialmente deferida. (BRASIL⁶²⁸, 1992, p. 213 apud MOSSIN, 1997, p. 300).

Veda-se, portanto e respectivamente, o acréscimo da pena com novas qualificadoras ou

⁶²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 80.226-5. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 15 ago. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78292>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶²⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 71.810-8. Relator: Ministro Paulo Brossard. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 27 set. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73348>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁶²⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 71.059-0. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 ago. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72868>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁶²⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 69.299-1. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 14 abr. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71620>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

com as mesmas (BRASIL, 1996⁶²⁹, 2013⁶³⁰ apud TORON, 2017, p. 182) (BRASIL⁶³¹, 1996 apud TORON, 2017, p. 187), ainda que baseadas em circunstâncias não ventiladas no julgamento anterior (BRASIL⁶³², 2009 apud TORON, 2017, p. 183). E por incrível que pareça é sobre a direta que pairam dúvidas, dividindo a jurisprudência do STF (BRASIL⁶³³, 2013 apud TORON, 2017, p. 182).

Sanáveis de plano, todavia, pois, se com o recurso exclusivo da defesa, pacífico, se veda a reforma prejudicial indireta, ou seja: aquela que acresce a pena mesmo que mantidas as qualificadoras; como poderia a direta, que adere outras qualificadoras, além de aumentar a sanção? Há que se cuidar, igualmente, com os jurados:

Habeas corpus. Júri. Suspeição de jurado. Nulidade. Júri. Tese de legítima defesa afastada por quatro votos contra três. Suspeição de jurado, que se declara colega e amigo da vítima antes do termo da sessão de julgamento. Nulidade. Habeas corpus conhecido e deferido para anular o julgamento do Tribunal do Júri e determinar que outro se realize. (BRASIL⁶³⁴, 1991, p. 217 apud MOSSIN, 1997, p. 287).

De maneira diametralmente oposta:

A suspeição dos jurados é matéria preclusa, já que relacionada ao julgamento em plenário deveria ser suscitada naquela ocasião (art. 571, inc. I, do CPP). Não procede a alegação de que o óbice apenas foi descoberto posteriormente, visto que, com a publicação da lista de jurados, era plenamente possível à defesa examinar a ocorrência de impedimento ou de suspeição – ou mesmo de mera inconveniência na atuação de determinada pessoa no Conselho de Sentença – para que, em plenário, pudesse requerer as exclusões necessárias. Injustificável, portanto, que, somente do desfavorável, venha a parte alegar nulidade. Procede, no entanto, a alegação de omissão no exame de matéria de defesa, pois a contrariedade da decisão do Júri à prova dos autos teve como apoio fático a situação de legítima defesa e, não, a de negativa de autoria, tal como apreciado e rejeitado pelo acórdão. Habeas corpus deferido, determinando-se à Corte local que supra a omissão, sem prejuízo do restante do acórdão, liberado o paciente, se por tal não se encontrar preso, uma vez que a sentença lhe permitiu apelar em liberdade. (BRASIL⁶³⁵, 1994, p. 278 apud MOSSIN,

⁶²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 73.367-1. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 mar. 1996. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74448>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶³⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 113.627. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 02 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3655063>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶³¹ Idem. *Habeas corpus* nº 73.367-1. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 mar. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74448>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶³² Idem. *Habeas corpus* nº 89.544-1. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 14 abr. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=592520>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶³³ Idem. *Habeas corpus* nº 115.428. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4374320>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶³⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 68.712-1. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 10 dez. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=711174>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁶³⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 71.722-5. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 27 set. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73288>>. Acesso em: 30 jul.

1997, p. 300).

Assim, no Tribunal do Júri é possível dizer-se que caso não afastado jurado suspeito, incorre nulidade; problema é que não há segurança jurídica para dar certeza nessa afirmação. Além disso, a resposta contraditória dos desimpedidos caracteriza nulidade insanável (BRASIL⁶³⁶, 2005 apud TORON, 2017, p. 239), essa sim, com maior segurança jurídica; por isso a necessidade de formulação cuidadosa de quesitos.

Por fim, a “[...] proibição da reformatio in pejus, princípio imanente ao processo penal, aplica-se ao habeas corpus, cujo manejo jamais poderá agravar a situação jurídica daquele a quem busca, exatamente, favorecer.” (BRASIL⁶³⁷, 2014, p. 3 apud TORON, 2017, p. 299). Esses foram alguns julgados que exteriorizam um pouco o entendimento da Corte Suprema sobre esses assuntos.

8.2.8 *Qualificação jurídica e dosimetria*

Nova qualificação jurídica a fatos incontroversos é possível via *writ* (BRASIL, 2003⁶³⁸, 2008⁶³⁹, 2010⁶⁴⁰ apud TORON, 2017, p. 118), sem, contudo, caracterizar-se reexame de prova; exemplos práticos são bem-vindos, a título de ilustração, alguns providos, outros não. Ainda no período da Ditadura, na própria ementa já dizia o Ministro Mayer: “Não se trate de reexame da prova, quando incontroverso o fato se afere o seu correto enquadramento legal.” (BRASIL⁶⁴¹, 1984, p.35 apud TORON, 2017, p. 124).

Habeas corpus. Desclassificação, no julgamento da apelação, do crime de receptação qualificada (Art. 180, §§ 1º e 2º, do CP) para o delito de receptação simples (Art. 180, caput, CP). Entendimento reformado pelo E. STJ no julgamento do recurso especial. Revolvimento de fatos e provas na via extraordinária. Inocorrência. Nova qualificação

2018.

⁶³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 85.150-9**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 03 maio 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358707>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶³⁷ Idem. **Habeas corpus nº 121.907**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 30 set. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7045659>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶³⁸ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 83.548-1**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 04 nov. 2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102920>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶³⁹ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 91.691-1**. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 19 fev. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523349>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁴⁰ Idem. **Habeas corpus nº 98.816**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 29 jun. 2010.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613891>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁴¹ Idem. **Habeas corpus nº 61.826-0**. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, DF, 22 jun. 1984. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=67961>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

jurídica dos fatos. [...] O exame da prova distingue-se do critério de valoração da prova. O primeiro exame da prova) versa sobre mera questão de fato; o segundo (valoração), ao revés, sobre questão de direito. [...] Os recursos de natureza extraordinária são examinados a partir do quadro fático delineado soberanamente pelo tribunal a quo na apreciação do recurso de ampla cognição, como é, por excelência, a apelação. [...] No caso sub judice, o STJ não alterou o panorama fático constante no acórdão recorrido, mas apenas procedeu à releitura da qualificação jurídica atribuída aos fatos considerados pelo Tribunal de Justiça no julgamento da apelação, no sentido de que o paciente teria praticado o crime em atividade comercial (art. 180, § 1º, do CP). (BRASIL⁶⁴², 2011, p. 203 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 70-71).

O habeas corpus é instrumento idôneo para o questionamento do cálculo da pena. Precedentes. Não havendo necessidade de dilação probatória para o exame da tese segundo a qual a pena-base foi fixada em patamar exacerbado, sem a devida fundamentação, o Tribunal a quo deve examinar a matéria. (BRASIL⁶⁴³, 2006, p. 174 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 50-51).

Em que pese o enunciado, há jurisprudência tortuosa que rechaça o *habeas corpus* como instrumento para questionar os critérios analíticos do conjunto fático-probatório de fixação da pena-base acima do mínimo legal (BRASIL, 2010⁶⁴⁴ 645, 2012⁶⁴⁶ apud TORON, 2017, p. 195) já que basta, segundo o Egrégio, a “[...] motivação de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão [...]” (BRASIL⁶⁴⁷, 1992 apud TORON, 2017, p. 195).

Já na redemocratização, os Ministros dobram a fala, onde há “[...] cabimento para dar à versão do fato acertada pela instância de mérito a sua correta classificação jurídica, mais favorável ao paciente [...]” (BRASIL, 2003⁶⁴⁸, 2004⁶⁴⁹ apud TORON, 2017, p. 125).

A classificação [...] como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influenciando na liberdade [...], mercê de alterar o procedimento da persecução [...] em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas [...] A reavaliação dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento [...] (BRASIL⁶⁵⁰,

⁶⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 96.820. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 28 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626324>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁴³ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 88.288-9. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 02 maio 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=383599>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁴⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 98.900. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 05 out. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617297>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁴⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 101.590. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 28 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617299>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁴⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 111.987. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 18 dez. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3413413>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁴⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 69.419-5. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 23 jun. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71722>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁴⁸ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 83.548-1. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 04 nov. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102920>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁴⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 84.217-8. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 10 ago. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79517>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁵⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 107.801. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Relator para o acórdão: Luiz Fux.

2011, p. 1-2 apud TORON, 2017, p. 125).

Este Tribunal possui jurisprudência assente no sentido de que o Habeas corpus não se presta ao revolvimento do conjunto fático-probatório da causa. No caso sob exame, porém, não há falar em revolvimento de provas e, sim, de sua reavaliação. A Corte estadual reformou a sentença de primeiro grau, que havia concluído pela caracterização da infração de porte de entorpecente para uso próprio para condenar o paciente pelo crime de tráfico sem a existência de prova inequívoca que o réu tentara comercializar a droga apreendida. Ordem concedida. (BRASIL⁶⁵¹, 2010, p. 513 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 84).

Em sentido oposto, para não revalorar as provas, há entendimentos. Também atuais, que aportam-se na ideia de que haverá revisão criminal após trânsito em julgado (BRASIL, 2009⁶⁵², 2010^{653 654 655 656} apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 43), o problema, todavia, é o tempo de espera pelo julgamento da ação Constitucional. Noutros, há óbice no entendimento sobre a leitura legal:

A via processualmente contida do HC não se presta para o revolvimento do quadro fático-probatório da ação penal em curso. Quero dizer: a Constituição Federal de 1988, ao cuidar do Habeas corpus no inciso LXVII do art. 5º, autoriza o respectivo manejo ‘sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção’. Mas a Constituição não para por aí e arremata o seu discurso: ‘por ilegalidade ou abuso de poder’. Ilegalidade e abuso de poder não se presumem; pelo contrário, a presunção é exatamente inversa. Pelo que, ou os autos dão conta de uma violência indevida (cerceio absolutamente antijurídico por abuso de poder ou por ilegalidade), ou de habeas corpus não se pode socorrer o paciente, a que a ação constitucional perde sua prestimosidade. Em suma: o indeferimento do habeas corpus não é uma exceção; exceção é o per saltum da ação penal, à luz de elementos interpretativos que ressaem diretamente da Constituição. (BRASIL⁶⁵⁷, 2009, p. 1020 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 111-112).

Se impede pela demora e pelo trânsito em julgado desde as instâncias inferiores.

Brasília, DF, 06 set. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1509910>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 98.816**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 29 jun. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613891>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁵² Idem. **Habeas corpus nº 95.019-1**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 15 set. 2009.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603598>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁵³ Idem. **Habeas corpus nº 96.804**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614784>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁵⁴ Idem. **Habeas corpus nº 98.412**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 31 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614456>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁵⁵ Idem. **Habeas corpus nº 101.588**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 01 jun. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613713>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁵⁶ Idem. **Habeas corpus nº 97.083**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611746>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁵⁷ Idem. **Habeas corpus nº 98.928-0**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 08 set. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605450>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

A via [...] do habeas corpus não comporta o reexame do conteúdo empírico-probatório da condenação já transitada em julgado. Não há ilegalidade ou abuso [...] a ser afastado, se o Superior Tribunal de Justiça denegou o writ ali ajuizado por entender que o pedido do paciente é próprio da revisão criminal. Recurso improvido. (BRASIL⁶⁵⁸, 2007, p. 142 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 41-42).

Também há uma relutância do uso do remédio em face do regime prisional estipulado ou atualmente em andamento, ou ainda, à substituição de pena privativa de liberdade (BRASIL⁶⁵⁹, 2010 apud TORON, 2017, p. 195); mas há que se dizer de outra sorte que “[...] descabe tomar como circunstância judicial dado fático que integra a própria definição legal do crime [...]” (BRASIL⁶⁶⁰, 2005, p. 425 apud TORON, 2017, p. 197) e o bem jurídico tutelado pelos elementos típicos (BRASIL⁶⁶¹, 2013 apud TORON, 2017, p. 197), propriamente ditos, porque “[...] não pode ser levada em consideração para aumentar a reprimenda, sob pena de bis in idem.” (BRASIL⁶⁶², 2003, p. 1355 apud TORON, 2017, p. 197). Da mesma maneira a atenuante pode ser considerada para imposição do *remedium juris* (BRASIL⁶⁶³, 2012 apud TORON, 2017, p. 197) (BRASIL⁶⁶⁴, 2007 apud TORON, 2017, p. 199), já que diretamente vinculada ao Princípio da Culpabilidade.

“A confissão extrajudicial retratada em juízo constitui circunstância atenuante (alínea “d” do inciso III do art. 65 do CP), quando embasar a sentença penal condenatória. O que se deu no caso concreto. 3. Ordem concedida.” (BRASIL⁶⁶⁵, 2008, p. 380 apud TORON, 2017, p. 199). O STF entende inidôneo relacionar a personalidade do agente ou sua crônica em vida com a

⁶⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 88.682-5**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 19 jun. 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=490450>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁵⁹ Idem. **Habeas corpus nº 96.500**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 02 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609518>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁶⁰ Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 85.879-1**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 02 ago. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102992>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁶¹ Idem. **Habeas corpus nº 106.380**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 14 maio 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4190730>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁶² Idem. **Habeas corpus nº 83.510-4**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 07 out. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79374>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁶³ Idem. **Habeas corpus nº 101.909**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2193156>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁶⁴ Idem. **Habeas corpus nº 86.685-9**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 19 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489878>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁶⁵ Idem. **Habeas corpus nº 91.654-6**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 08 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559829>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

descrição dos fatos que lhe são imputados (BRASIL, 2009⁶⁶⁶, 2010⁶⁶⁷ apud TORON, 2017, p. 198); é a assunção do Direito Penal dos fatos e não do autor.

“O Habeas corpus não é a via adequada para a análise da pena-base quando sua exasperação tiver apoio nas circunstâncias judiciais constantes do artigo 59 do Código Penal.” (BRASIL⁶⁶⁸, 2009, p. 411 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 96). Há mais precedentes (BRASIL, 1995⁶⁶⁹, 2008^{670 671}, 2009^{672 673}, 2010^{674 675} apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 96-97).

“O habeas corpus, ressalvadas hipóteses excepcionais, não pode servir para a correção da dosimetria da pena imposta pelo magistrado, mormente se observadas as determinações legais pertinentes ao sistema trifásico de cálculo.” (BRASIL⁶⁷⁶, 2010, p. 640 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 85-86). Na mesma cadência (BRASIL, 2010⁶⁷⁷, 2011⁶⁷⁸ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 86).

Vale mencionar também, a situação dos corréus: “A concessão de Habeas corpus a determinados co-réus, em situações processuais diversas, não implica violação ao princípio da

⁶⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 99.446-6. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 18 ago. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602371>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁶⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 102.486. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 06 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611563>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁶⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 95.056-6. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 03 fev. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=580983>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁶⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 71.491. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 07 fev. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606511>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁷⁰ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 93.469-2. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 28 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584794>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁷¹ Idem. *Habeas corpus* nº 95.796-0. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 25 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593709>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁷² Idem. *Habeas corpus* nº 97.776-6. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 02 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597192>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁷³ Idem. *Habeas corpus* nº 90.045-3. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 10 fev. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582664>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁷⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 101.785. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 27 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611040>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁷⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 95.238. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 06 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611011>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁷⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 101.918. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 11 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612043>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁷⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 104.178. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 23 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620923>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁷⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 106.388. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 08 fev. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1405375>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

isonomia.” (BRASIL⁶⁷⁹, 2007, p. 540 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 42). “A extensão da decisão em habeas corpus para co-réu somente pode abranger aquele que esteja em situação objetivamente e/ou subjetivamente idêntica à do beneficiado.” (BRASIL⁶⁸⁰, 2006, p. 1082 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 45). Há precedentes (BRASIL, 2008⁶⁸¹, 2009^{682 683 684}, 2010^{685 686} apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 45-46).

Habeas corpus. Co-autoria. Desmembramento do processo. 2. Tratando-se de dois crimes de roubo, em co-autoria, desmembrado o processo e condenado um dos co-réus por delitos tentados, o outro co-réu não poderá ser condenado por um crime tentado e outro consumado. 3. Aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal. Sendo, no caso, idêntica a situação de dois co-réus no processo, não pode prevalecer, contra um dos acusados, condenação mais gravosa, resultante da natureza diversa atribuída ao mesmo fato, nos dois julgamentos. 4. Caberá às instâncias ordinárias o ajustamento da pena imposta ao paciente, a partir da consideração de ambos os crimes como tentados. 5. Habeas corpus deferido para, mantida a condenação, anular a decisão na parte referente à definição da pena, determinando-se que outra seja proferida, relativamente ao paciente, tidos os dois crimes como tentados. (BRASIL⁶⁸⁷, 1994, p. 219 apud MOSSIN, 1997, p. 275-276).

“Os efeitos benéficos decorrentes da concessão do habeas corpus podem ser estendidos a corréus, alheios à impetração do writ, desde que presentes as circunstâncias referidas art. 580 do CPP. Essa norma excepcionalmente aplicável ao processo de habeas corpus – persegue um claro objetivo: efetividade, no plano processual penal, à garantia da equidade.” (BRASIL⁶⁸⁸,

⁶⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 90.138-7. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 11 set. 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=488678>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁸⁰ Idem. *Extensão no habeas corpus* nº 89.105-5. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 nov. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395756>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁸¹ Idem. *Habeas corpus* nº 85.360-9. Relator originário: Ministro Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 09 dez. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602612>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁸² Idem. *Extensão no habeas corpus* nº 93.056. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605048>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁸³ Idem. *Habeas corpus* nº 96.131-2. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604594>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁸⁴ Idem. *Extensão no habeas corpus* nº 86.489-0. Relator: Ministro Cesar Peluso. Brasília, DF, 04 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604064>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁸⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 102.690. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 14 dez. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618741>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁸⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 97.599. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 09 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610051>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁸⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 71.480-3. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 20 set. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73134>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁶⁸⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 68.570-6. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 set. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71057>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

1991, p. 283 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 65-66). Na mesma esteira (BRASIL⁶⁸⁹, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 66).

São bastante estritos os pressupostos de aplicabilidade da norma inscrita no art. 580 do CPP, que somente se estende ao réu – que não recorreu — em quatro situações específicas: ausência de materialidade do fato; atipicidade do comportamento do agente; descaracterização da natureza infracional ato objeto da imputação penal; e configuração de causa extintiva de punibilidade. (BRASIL⁶⁹⁰, 1992, p. 269 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 64).

Na mesma direção, há jurisprudência (BRASIL⁶⁹¹, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 64). O *habeas corpus* “[...] constitui remédio [...] inadequado, quando ajuizado com objetivo (a) de [...] análise penal, (b) [...] reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) [...] reapreciação da matéria de fato e (d) [...] revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo de conhecimento.” (BRASIL⁶⁹², 1992, p. 122 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 62); mais precedentes úteis (BRASIL, 2009⁶⁹³ 694, 2010⁶⁹⁵ 696 697 698 699, 2011⁷⁰⁰ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 62-63).

O Tribunal a quo fez mera constatação de um fato que pode ser verificado por meio de uma singela análise dos documentos juntados pela própria impetrante, sem maiores incursões no conjunto fático probatório, não havendo, assim, qualquer afronta à

⁶⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extensão no recurso ordinário em *habeas corpus* nº 97.458**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 26 out. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617296>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁹⁰ Idem. ***Habeas corpus* nº 69.570-1**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 set. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388734>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁹¹ Idem. **Extensão no recurso ordinário em *habeas corpus* nº 97.458**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 26 out. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617296>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁹² Idem. ***Habeas corpus* nº 69.780-1**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 01 dez. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71978>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁹³ Idem. ***Habeas corpus* nº 99.040-0**. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 06 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605074>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁹⁴ Idem. ***Habeas corpus* nº 98.666-8**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 15 set. 2009.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603605>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁹⁵ Idem. ***Habeas corpus* nº 102.497**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 10 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614126>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁹⁶ Idem. ***Habeas corpus* nº 94.817**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613884>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁹⁷ Idem. ***Habeas corpus* nº 98.231**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 27 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611022>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁹⁸ Idem. ***Habeas corpus* nº 92.702**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 18 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609639>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁹⁹ Idem. ***Habeas corpus* nº 99.052**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616927>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁰⁰ Idem. ***Habeas corpus* nº 103.658**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 30 ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627302>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

Jurisprudência consagrada pelo STJ e por esta Suprema Corte, que proíbe a dilação probatória na via estreita do habeas corpus. (BRASIL⁷⁰¹, 2011, p. 98 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 75).

“Não cabe o Habeas corpus para solver controvérsia de fato dependente da ponderação de provas desencontradas; cabe, entretanto, para aferir a idoneidade jurídica ou não das provas onde se fundou a decisão condenatória.” (BRASIL⁷⁰², 2005, p. 600 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 54). Na mesma esteira, decisão parecida (BRASIL⁷⁰³, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 54), o que permite perceber, pelos anteriores mencionados coligidos a esses, o movimento pendular decisório.

No mesmo sentido alhures, apontam ainda outros precedentes (BRASIL, 1984⁷⁰⁴, 1990⁷⁰⁵, 2011⁷⁰⁶ apud TORON, 2017, p. 125); inclusive os que permitem dizer que é possível afastar qualificadora penal sem revolvimento fático-probatório via *writ*, apenas reavaliando aquilo presente nas provas pré-constituídas nos autos (BRASIL, 2005⁷⁰⁷, 2011⁷⁰⁸, 2012⁷⁰⁹ apud TORON, 2017, p. 166). Noutro acórdão, frente a Guerra às Drogas, lê-se: “[...] No caso sob exame, porém, não há falar em revolvimento de provas, e sim, de sua reavaliação. [...] A Corte estadual reformou a sentença [...], que havia concluído pela caracterização da infração de porte de entorpecente para uso [...], para condenar [...] pelo crime de tráfico sem a existência de prova inequívoca [...]” (BRASIL⁷¹⁰, 2010, p. 513 apud TORON, 2017, p. 125).

⁷⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 106.397**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 15 fev. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621435>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁰² Idem. **Habeas corpus nº 85.457-5**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 22 mar. 2005.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79912>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁰³ Idem. **Habeas corpus nº 94.806**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 09 mar. 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610044>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁰⁴ Idem. **Recurso extraordinário nº 99.590-1**. Relator: Ministro Alfredo Buzaid. Brasília, DF, 16 mar. 1984.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=192022>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁰⁵ Idem. **Recurso extraordinário nº 122.011-2**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 12 jun. 1990.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207450>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁰⁶ Idem. **Habeas corpus nº 96.820**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 28 jun. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626324>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁰⁷ Idem. **Habeas corpus nº 86.163-6**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 22 nov. 2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363834>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁰⁸ Idem. **Habeas corpus nº 95.136**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 01 mar. 2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621206>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁰⁹ Idem. **Habeas corpus nº 111.442**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 28 ago. 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2765640>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷¹⁰ Idem. **Habeas corpus nº 98.816**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 29 jun. 2010.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613891>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

O *Remedium Juris* também serve contra excessos na acusação, como por exemplo, quando há qualificadoras desproporcionais (BRASIL⁷¹¹, 2005 apud TORON, 2017, p. 59). A iniciativa do Estado está condicionada a limites cognitivos e operativos mesmo em procedimentos investigatórios, onde o ingresso do advogado, em vista aos autos, ostenta *status* de interesse público, o *munus*; estando os responsáveis pelo aparelho penal responsáveis por ambas: a segurança coletiva e o Direito individual (BRASIL⁷¹², 2008 apud TORON, 2017, p. 56).

Apesar de hediondo, o atentado violento ao pudor, bem como outros exemplos na categoria inicialmente indicada, merecem fundamentação jurídica na sentença condenatória e mandado de prisão, no sentido de afastar o Direito de apelação em liberdade, sob pena de *writ* concessório; inclusive o Tribunal *ad quem* dever aguardar determinarem o encarceramento, antes de conhecer ou não o apelo (BRASIL⁷¹³, 1994 apud MOSSIN, 1997, p. 263). A arma imprópria para o assalto, como a que não dispara ou o simulacro, apesar do poder psicológico de grave ameaça sobre a vítima, desconhecadora da ilusão, ótica da aparência, não descaracteriza o crime de furto (BRASIL⁷¹⁴, 1994 apud MOSSIN, 1997, p. 263).

Concurso formal. Ação única, ainda que desdobrada em atos diversos, da qual resulta a lesão patrimonial de vítimas diferentes. Jurisprudência do STF, firmada para elidir a tese do crime único, mas que afasta também a existência em tais hipóteses do crime continuado, que reclama pluralidade de ações, conseqüente descabimento da duplicação da pena-base, fundada no art. 71, parágrafo único da qual, em se tratando de desígnios autônomos (CP, art. 70, “in fine”), da qual não se cogitou na espécie. (BRASIL⁷¹⁵, 1992 apud MOSSIN, 1997, p. 274).

Todavia, vale dizer, por mais que haja excesso ou outras pertinências, não é fácil adequar ao instrumento a pretensão, seja em relação a representante ou a própria vítima. “Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Representação. Embriaguez da representante. Art. 39 do Código de Processo Penal. Art. 227, caput, e § 4º, da Constituição [...]

⁷¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 86.163-6. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 22 nov. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363834>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷¹² Idem. *Habeas corpus* nº 91.514-1. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 mar. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527321>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷¹³ Idem. *Habeas corpus* nº 71.105-7. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 14 jun. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72895>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁷¹⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 71.051-4. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 20 jun. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72860>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁷¹⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 68.728-8. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 28 abr. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71188>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

O habeas corpus não constitui via adequada para a apreciação de fatos e provas, no caso, a eventual embriaguez completa da representante da vítima.” (BRASIL⁷¹⁶, 2008, p. 812 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 132).

Eventuais vícios do laudo pericial que atestou a debilidade mental da vítima de estupro, praticado com violência presumida, não são passíveis de exame em habeas corpus. Igualmente, não pode ser apreciado na estreita do writ o argumento conducente a excluir o dolo, na perspectiva de que a insanidade mental é relativa e, portanto, não retirou a plena capacidade da vítima de entender o conteúdo ético-social dos fatos ligados ao sexo. Precedentes. O rito processual apropriado para o exame das questões trazidas nesta impetração é o da revisão criminal. (BRASIL⁷¹⁷, 2004, p. 142 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 54-55).

“Não é possível, na via do habeas corpus, fazer incursão sobre a correta tipificação dos fatos imputados ao paciente na ação penal objetivando desclassificar o crime de uso de documento falso (art. 315 do CPM) para o de estelionato (art. 171 do CP).” (BRASIL⁷¹⁸, 2010, p. 510 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 85). “A solução da controvérsia a respeito da ausência de animus laedendi – intenção de causar lesão corporal – e da fuga, ou não, do réu do local do acidente demanda aprofundado reexame de fatos e provas, inviável em Habeas corpus.” (BRASIL⁷¹⁹, 2009, p. 1083 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 114).

Não há como acolher, na via de verdadeiro atalho que é o habeas corpus, a tese da atipicidade da conduta imputada ao paciente. Tese embasada na alegação de que a ação dele, paciente, não foi dolosa. A ação constitucional de proteção da liberdade de ir e vir dos indivíduos não é o espaço processual próprio para o revolvimento do quadro empírico da causa. Quadro que, segundo as instâncias competentes, é revelador da conduta de ‘colocar moeda falsa em circulação’ (inciso I do § 1º do art. 289 do CP). (BRASIL⁷²⁰, 2009, p. 442 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 115-116).

“Habeas corpus. Concurso de agentes. [...] Inteligência do art. 580 do CPP. A absolvição de um dos réus por inexistir prova de tenha concorrido com a infração penal não aproveita aos demais que se encontrem em situação diversa.” (BRASIL⁷²¹, 2009, p. 375 apud ASSIS;

⁷¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 93.535-4. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 27 maio 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=533829>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷¹⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 84.007-8. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 17 ago. 2004. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384870>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷¹⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 98.526. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 29 jun. 2010.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613566>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷¹⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 98.318. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 04 ago. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604607>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷²⁰ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 93.817-5. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601596>>.

Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷²¹ Idem. *Habeas corpus* nº 87.743-5. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 02 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597893>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

ARAÚJO, 2012, p. 116-117). “Quando dependa de exame profundo dos fatos à luz da prova, não se admite reconhecimento de crime continuado em processo de habeas corpus.” (BRASIL⁷²², 2009, p. 163 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 117); não faltam julgados assim (BRASIL, 1994⁷²³, 2010⁷²⁴ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 117).

“O habeas corpus não é a via adequada para a análise de pedido de mitigação da pena quando sua fixação tiver apoio nas circunstâncias constantes do § 4º do art. 33 e do art. 42, ambos da Lei 11.343/2006 [Lei das Drogas].” (BRASIL⁷²⁵, 2010, p. 118 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 82-83). No mesmo caminho (BRASIL, 2010⁷²⁶ 727 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 83).

“A matéria relativa à ocorrência de bis in idem não foi apreciada pelas instâncias inferiores, o que impede sua análise por esta Corte sob pena de dupla supressão de instância.” (BRASIL⁷²⁸, 2010, p. 1 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 77).

Não há como se reconhecer, na via processualmente estreita do habeas corpus, a incidência do princípio da absorção do delito menos grave pelo crime mais grave. É que o quadro fático assentado pelas instâncias ordinárias revela a independência entre as condutas protagonizadas pelo paciente. (BRASIL⁷²⁹, 2010, p. 198 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 83-84).

Dando-se por satisfeita as ideias possíveis sobre qualificação e dosimetria, passa-se a discussão sobre o cumprimento da sentença e o porvir.

8.2.9 Execução, reincidência e antecedentes

⁷²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.302-6**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 02 jun. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597882>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷²³ Idem. **Habeas corpus nº 70.580-4**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 10 maio 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602261>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷²⁴ Idem. **Habeas corpus nº 96.804**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614784>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷²⁵ Idem. **Habeas corpus nº 102.924**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 24 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616222>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷²⁶ Idem. **Habeas corpus nº 102.487**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 01 jun. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612384>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷²⁷ Idem. **Habeas corpus nº 98.167**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 27 abr. 2010.

⁷²⁸ Idem. **Habeas corpus nº 105.836**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 dez. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=950360>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷²⁹ Idem. **Habeas corpus nº 94.443**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 29 jun. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615169>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

Não é óbvio a um iniciante, por isso é importante dizer: o STJ e o STF fazem reavaliação da dosimetria para uma execução justa, legal e seu cumprimento Constitucional.

Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrarias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. (BRASIL⁷³⁰, 2013 apud TORON, 2017, p. 195).

Na execução e no que concerne a avaliação dos antecedentes também é possível afirmar que sim; nesse sentido, novamente exemplos esparsos, a título de introdução ao campo jurisprudencial da Suprema Corte brasileira.

Desde o início da intervenção do Estado, pode haver execução, mesmo ainda que o processo não esteja findo: “A ameaça a testemunha pelo acusado – cuja realidade, afirmada pelo Juiz da causa, não cabe infirmar em habeas corpus – é idôneo para a prisão preventiva, sendo irrelevante indagar do propósito ou não de efetivá-la.” (BRASIL⁷³¹, 2000 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 59); é a necessidade de resguardar a sociedade com a aferição do *fumus commissi delicti* e o *periculum in libertatis*. Assim, seguem julgados (BRASIL, 2008⁷³² 733, 2009⁷³⁴ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 59).

Em sentido diferente, num *habeas corpus* concedido na Operação Navalha, revogou-se a preventiva de um dos investigados, onde o Ministro Mendes suscitou que “[...] ‘a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole autoritária’. Em outra passagem, realça que a escorreta aplicação das garantias constitucionais ‘é que permite [...] distinguir civilização de barbárie’.” (BRASIL⁷³⁵, 2008, p. 695-696 apud TORON, 2017, p. 29).

A insanidade mental é outro aspecto interessante, pois infere nos meios de execução da pena (ou medida de segurança); por isso o “[...] Incidente [...] não pode ser objeto de

⁷³⁰ BRASIL. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 118.008**. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 24 set. 2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4881968>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷³¹ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 79.388**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 08 fev. 2000.

⁷³² Idem. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 94.805-7**. Relator: Ministro Cesar Peluso. Brasília, DF, 25 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573761>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷³³ Idem. **Habeas corpus nº 95.601-7**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 04 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570283>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷³⁴ Idem. **Habeas corpus nº 94.615-1**. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 10 fev. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=582692>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷³⁵ Idem. **Habeas corpus nº 91.386-5**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 fev. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527317>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

determinação de instauração na via estreita do habeas corpus, *salvo manifesta arbitrariedade na denegação da realização da perícia.*” (BRASIL⁷³⁶, 2011, p. 204 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 74, grifo nosso). “Surgindo como pano de fundo do habeas corpus interdição devidamente formalizada e questionada no campo cível, estando pendente recurso no Tribunal de Justiça, cumpre ter como inadequada a impetração.” (BRASIL⁷³⁷, 2011, p. 38 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 72-73).

Apesar da contradição, é possível perceber o cabimento do *habeas corpus* para ensejar ou cancelar medida de segurança, inclusive para dar efeito a Lei nova mais benigna; ainda quando caracterizado o divórcio decisório, ou melhor: a contradição entre o não conhecimento e a concessão *ex officio* (BRASIL⁷³⁸, 1994 apud MOSSIN, 1997, p. 264). É que o Tribunal pode reconhecer a ilegalidade, o abuso, o constrangimento e conceder a ordem, ainda que por oficiosidade; assim, não há que falar em descabimento, se o motivo for idêntico ao preterido – e isso não é raro.

A motivação para a fixação da pena-base, tema central, com o fim do processo na instância competente, trata-se “[...] de garantia constitucional que junte o magistrado a coordenadas objetivas da imparcialidade e propícia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido.” (BRASIL⁷³⁹, 2010, p. 1 apud TORON, 2017, p. 199). Nesse mesmo julgado, com base em precedente (BRASIL⁷⁴⁰, 2010 apud TORON, 2017, p. 200), ordenou que se reavaliasse a dosimetria da pena, incluindo a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de Direitos.

Em contrapartida: “Habeas corpus. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. [...] A via de habeas corpus é incompatível com o exame dos requisitos de ordem subjetiva do art. 44, III, do CP, sob pena do revolvimento de matéria fático-probatória, sem prejuízo de a matéria ser submetida ao juízo das execuções criminais.” (BRASIL⁷⁴¹, 2009,

⁷³⁶ BRASIL. *Habeas corpus* nº 102.936. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622295>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷³⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 98.435. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622461>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷³⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 70.550-2. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 03 maio 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72518>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁷³⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 105.278. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 19 out. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=849541>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁴⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 97.256. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 01 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁴¹ Idem. *Habeas corpus* nº 94.936-3. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 31 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589339>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

p. 443 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 100). Vai na mesma linha (BRASIL⁷⁴², 2007 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 100).

Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que ‘a superveniência da sentença condenatória prejudica o habeas corpus quando esse tenha por objeto o decreto de prisão preventiva, dado que passa a sentença a constituir novo título para a prisão’. O prosseguimento do feito após a superveniência da sentença condenatória implicaria em inadmissível supressão de instância, uma vez que o novo título prisional não foi submetido à análise das instâncias inferiores. (BRASIL⁷⁴³, 2009, p. 369 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 106-107).

Inúmeros julgados no mesmo sentido (BRASIL, 2008⁷⁴⁴, 2009^{745 746 747 748 749 750 751}, 2010⁷⁵², 2011⁷⁵³ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 107-108).

O superveniente trânsito em julgado da condenação acarreta a perda do objeto do habeas corpus, na parte em que visa a impedir a execução provisória da pena imposta à paciente. Habeas corpus não conhecido quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade e julgado prejudicado no tocante à execução provisória. (BRASIL⁷⁵⁴, 2009, p. 984 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 111).

“Fica prejudicado o habeas corpus dirigido ao afastamento de custódia preventiva

⁷⁴² BRASIL. *Habeas corpus* nº 92.240. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 dez. 2007.

⁷⁴³ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental no habeas corpus nº 97.649-2*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 15 set. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603603>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁴⁴ Idem. *Agravo regimental no habeas corpus nº 95.439-1*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 25 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=587015>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁴⁵ Idem. *Agravo regimental no habeas corpus nº 93.023*. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 28 out. 2009.

⁷⁴⁶ Idem. *Habeas corpus nº 95.119-8*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605050>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁴⁷ Idem. *Habeas corpus nº 96.655-1*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 09 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=598736>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁴⁸ Idem. *Habeas corpus nº 96.712-4*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 02 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601191>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁴⁹ Idem. *Habeas corpus nº 96.018-9*. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599250>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁵⁰ Idem. *Habeas corpus nº 93.518-4*. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 03 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600717>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁵¹ Idem. *Habeas corpus nº 97.819-3*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591367>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁵² Idem. *Agravo regimental no habeas corpus nº 101.644*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 25 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613714>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁵³ Idem. *Habeas corpus nº 100.989*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624402>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁵⁴ Idem. *Habeas corpus nº 96.612-8*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 08 set. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604597>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

quando haja ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória.” (BRASIL⁷⁵⁵, 2011, p. 43 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 74-75). Em contrapartida: não “[...] é causa de prejudicialidade do habeas corpus a superveniência de sentença condenatória que mantém a prisão cautelar dos pacientes, com base nos fundamentos expostos no decreto preventivo.” (BRASIL⁷⁵⁶, 2008, p. 763 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 131-132); na mesma linha (BRASIL, 2004⁷⁵⁷, 2010^{758 759} apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 132).

A insignificância é outro assunto latente:

Habeas corpus. Penal. Crime de furto de água potável mediante ligação clandestina. Princípio da insignificância. [...] A superveniência de extinção da punibilidade decorrente do reconhecimento, pelo Tribunal Estadual, de prescrição da pretensão punitiva, torna prejudicada esta impetração. (BRASIL⁷⁶⁰, 2010, p. 16 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 78).

“Carece de interesse de agir o habeas corpus que tem por objeto a aplicação do princípio da insignificância a ato infracional em relação ao qual já foi reconhecida a prescrição da pretensão sócio-educativa do Estado, uma vez que esta apaga todos os efeitos decorrentes de sua prática.” (BRASIL⁷⁶¹, 2009, p. 256 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 98).

“Se a alegação da eventual incidência do Princípio da insignificância não foi submetido às instâncias antecedentes, não cabe ao Tribunal delas conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância.” (BRASIL⁷⁶², 2009, p. 634 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 122). Mais

⁷⁵⁵ BRASIL. *Habeas corpus* nº 98.192. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 mar. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621931>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁵⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 93.345-9. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 03 jun. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539141>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁵⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 84.778-1. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 07 dez. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79660>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁵⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 104.459. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616086>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁵⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 101.778. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 25 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613895>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁶⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 99.054. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 30 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620918>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁶¹ Idem. *Habeas corpus* nº 96.631. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605912>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁶² Idem. *Habeas corpus* nº 96.520-2. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589371>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

precedentes (BRASIL, 2009⁷⁶³ ⁷⁶⁴, 2010⁷⁶⁵ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 122).

Quando a questão é a progressão ou tipos de regime, cabe *writ*, mas só é possível face constrangimento ilegal demonstrado através da prova pré-constituída.

Habeas corpus. 2. Pedido de progressão para cumprimento de pena em regime aberto. Impossibilidade. Paciente que não reúne requisitos para obtenção do benefício. 3. Pedido de prisão domiciliar, considerado o grave estado de saúde do paciente. *Circunstância não demonstrada nos autos*. 3. Ordem denegada. (BRASIL⁷⁶⁶, 2012, p. 1 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 34, grifo nosso).

Se a co-réu em situação idêntica foi assegurada a progressão para o regime semiaberto, sem necessidade de ingressar no sistema penitenciário, em face de ainda não ter havido o trânsito em julgado da decisão condenatória, não há como recusar-se ao paciente, à vista do art 580 do CPP, o mesmo benefício, já que nenhuma dúvida foi posta acerca da identidade objetiva de situação de ambos no mesmo processo. (BRASIL⁷⁶⁷, 1996 apud MOSSIN, 1997, p. 298).

Habeas corpus. O condenado que fizer jus ao regime aberto tem direito a prisão albergue domiciliar quando inexistir, no Estado, estabelecimento compatível. Precedente da 2ª Turma do STF. Concessão da ordem. Extensão a co-réu em igual situação. Habeas corpus deferido. (BRASIL⁷⁶⁸, 1990 apud MOSSIN, 1997, p. 291).

“Incumbe ao Estado aparelhar-se, visando à observância irrestrita das decisões judiciais. Se não houver sistema capaz de implicar o cumprimento da pena em regime semiaberto, dá-se a transformação em aberto e, inexistente a casa do albergado, a prisão domiciliar.” (BRASIL⁷⁶⁹, 2009, p. 331 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 31).

Pena Cumprimento. Progressão. Casa do Albergado. Prisão albergue domiciliar. Tendo-se que o réu já possui méritos subjetivos e requisitos de ordem subjetiva, como veio a ficar apurado, para que progrida do regime semi-aberto, para aberto, com recolhimento em Casa do Albergado, mas o Estado não possui estabelecimento de tal natureza e nem mesmo é possível colocá-lo em dependência que possa substituir naquela – há de a pena passar a ser cumprida em prisão albergue domiciliar, o que se oferece como opção mais justa e consentânea, com o objetivo, previsto na lei de Execuções Penais que é, também, o de ressocialização do preso. (BRASIL⁷⁷⁰, 1991, p. 226 apud MOSSIN, 1997, p. 291).

⁷⁶³ BRASIL. *Habeas corpus* nº 94.816. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 04 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604588>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁶⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 97.254-3. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 02 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597189>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁶⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 103.245. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 31 ago. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616932>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁶⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 110.417. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1795003>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁶⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 74.131-5. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 20 ago. 1996.

⁷⁶⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 68.218-9. Relator: Ministro Célio Borja. Brasília, DF, 18 set. 1990.

⁷⁶⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 96.169-0. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603599>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁷⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 68.119-1. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, v. 137, p. 226-230, jul. 1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/137_1.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

“Se o paciente já cumpriu a pena imposta na condenação, não cabe habeas corpus por lhe faltar o objeto específico de sua tutela: a liberdade de locomoção – atual ou ameaçada.” (BRASIL⁷⁷¹, 1991, p. 222 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 65). Mais precedentes (BRASIL, 1991⁷⁷², 1995⁷⁷³, 2002⁷⁷⁴, 2010⁷⁷⁵ apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 65-71).

Com o cumprimento da pena privativa de liberdade, não mais se revela admissível a ação de habeas corpus, por lhe faltar o objeto específico de sua tutela: a imediata proteção ao direito de ir, vir e permanecer do indivíduo. O processo de habeas corpus, uma vez cumprida, integralmente, a pena de prisão, se revela meio juridicamente idôneo à discussão de eventual ocorrência de nulidade processual na causa de que resultou a condenação criminal, pois, em referido contexto, o exame de tal matéria comporta-se no âmbito da ação de revisão criminal, que constitui, para essa específica finalidade, o instrumento processual adequado. (BRASIL⁷⁷⁶, 1995, p. 187 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 63-64).

O movimento pendular: “O habeas corpus pode ser conhecido mesmo após o cumprimento da pena [...], por isso que na espécie, apesar de a pena ter sido extinta, pelo cumprimento, a condenação poderá implicar vedação de benefícios em eventual nova condenação.” (BRASIL⁷⁷⁷, 2011, p. 21 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 71). Em sentido equivalente (BRASIL⁷⁷⁸, 2011 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 65).

É que reincidência, por exemplo, já foi utilizada para aumentar a pena durante a primeira fase da dosimetria, enquanto circunstância judicial desfavorável e posteriormente, na segunda etapa, como agravante, já que constante no Art. 61, I, do CP/40 (BRASIL, 1940); o que levou a concessão parcial da ordem (BRASIL⁷⁷⁹, 2010 apud TORON, 2017, p. 200), pois evidente o

⁷⁷¹ BRASIL. *Habeas corpus* nº 68.715-6. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 10 dez. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71177>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁷² Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 68.715-6. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 10 dez. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71177>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁷³ Idem. *Habeas corpus* nº 71.597. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 14 mar. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606665>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁷⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 80.648. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 08 maio 2002.

⁷⁷⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 104.105. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 05 out. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616137>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁷⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 71.597. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 14 mar. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606665>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁷⁷ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 104.588. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 07 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626871>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁷⁸ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 104.588. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 07 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626871>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁷⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 94.692. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615170>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

abuso na dupla valoração, circunstância- agravante, do mesmo objeto.

A Súmula nº 718 do STF deixa claro que a “[...] opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” (BRASIL, 2003d, p. 1). Enquanto que a de nº 719 diz: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.” (BRASIL, 2003e, p. 1).

Desde que preenchidas as condições do Art. 64, I do CP/40 (BRASIL, 1940), cabe *remedium juris* para apagar a pecha de maus antecedentes (BRASIL⁷⁸⁰, 2015 apud TORON, 2017, p. 150); e não para por aí: passados os 5 anos, lapso temporal da Lei, a existência de anteriores condenações não caracteriza maus antecedentes (BRASIL⁷⁸¹, 2014 apud TORON, 2017, p. 151). O banimento Constitucional à pena perpétua cai no vazio da inexistência, se nulifica, caso os efeitos de passadas condenações permaneçam; ademais, a ideia se cinge ao Direito ao esquecimento, *the right to be let alone* (BRASIL⁷⁸², 2015 apud TORON, 2017, p. 151).

A liberdade juridicamente relativa é a que diferencia os regimes de cumprimento de pena ou mesmo as espécies, ou ainda, seus locais e meios; podem ser analisados, via *habeas corpus*, desde que aspectos subjetivos da promoção da pena prescindam e que as provas pré-constituídas deem conta de ilustrar o horizonte de perspectiva ao magistrado. A falta de segurança num presídio, bem como instituição penitenciária próxima da família do apenado são relevantes para o pedido de remoção, inclusive via remédio (BRASIL⁷⁸³, 2010 apud TORON, 2017, p. 203); já que a ressocialização é a meta declarada no Brasil.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFICIÊNCIA DO ESTADO. REGIME MAIS BENÉFICO. ORDEM CONCEDIDA. I – Consignado no título executivo o regime semi-aberto para o da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II – À falta de local adequado para o semi-aberto, os condenados devem aguardar em regime mais benéfico até a abertura de vaga. III – Ordem concedida. (BRASIL⁷⁸⁴, 2008, p. 647 apud TORON, 2017, p. 203).

⁷⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 126.315. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁸¹ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* nº 118.977. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 18 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5595009>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁸² Idem. *Habeas corpus* nº 126.315. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9947298>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁸³ Idem. *Habeas corpus* nº 100.087. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 16 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609908>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁸⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 94.526-1. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 24 jun. 2008. Disponível em:

Os ex-policiais, outro exemplo, tem Direito a prisão especial, tendo em vista o risco que correm em instituição comum (BRASIL⁷⁸⁵, 1978 apud TORON, 2017, p. 202); assim, fixou-se, pela Súmula Vinculante nº 56 do STF (BRASIL⁷⁸⁶, 2016, p. 1 apud TORON, 2017, p. 204), que a “[...] falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”. O excesso de horas encarcerado também gera constrangimento ilegal, seja policial ou não (BRASIL⁷⁸⁷, 1973 apud TORON, 2017, p. 202); é necessário um tempo e espaço para banhos de sol e exercícios físicos, além da convivência com outros indivíduos.

I – É garantia dos advogados, enquanto não transitada em julgado a decisão condenatória, a permanência em estabelecimento que possua Sala de Estado Maior. II – Inexistindo Sala de Estado Maior na localidade, garante-se ao advogado seu recolhimento em prisão domiciliar. III – Caracterizada, no caso, a flagrante ilegalidade, que autoriza a superação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. IV – Ordem concedida. (BRASIL⁷⁸⁸, 2010, p. 402 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 31).

Configura-se igualmente constrangimento ilegal, por excesso na execução, quando da manutenção em regime mais gravoso apenado cujo detenha Direito de liberdade relativa. Sem a capacidade para seguir o rito no estabelecimento atual, o preso deve ser transferido ou posto em regime mais brando e, inclusive, se não tiver outra opção, em domiciliar (BRASIL⁷⁸⁹, 2002 apud TORON, 2017, p. 204).

1. Autos instruídos com documentos comprobatórios do debilitado estado de saúde do paciente, que provavelmente definhará na prisão sem a assistência médica de necessita, o estabelecimento prisional conhecendo não ter condições de prestá-la. 2. O artigo 117 da Lei de Execução Penal determina, nas hipóteses em seus incisos, o recolhimento do apenado, que se encontre no regime aberto, em residência particular. Em que pese a paciente não se enquadrar nas hipóteses legais, a excepcionalidade do caso enseja da Súmula 691-STF e seja a prisão domiciliar deferida, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana [artigo 1º, inciso III da

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=544111>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁸⁵ BRASIL. Recurso de *habeas corpus* nº 56.059. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 86, p. 463-469, nov. 1978. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/086_2.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁷⁸⁶ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. Brasília, DF, 29 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁸⁷ Idem. Recurso de *habeas corpus* nº 50.262. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 63, p. 382-390, nov. 1973. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/063_2.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁷⁸⁸ Idem. **Habeas corpus nº 96.539**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610577>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁸⁹ Idem. **Habeas corpus nº 81.707**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 07 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2081707%20ENUME%20E+OU+81707%20EDMS%20E%29%29+NAO+S%20EPRES%20E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ybe2r3g2>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Constituição do Brasil]. Ordem concedida. (BRASIL⁷⁹⁰, 2009, p. 1023 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 31-32).

Quando a imposição de regime fechado não fora idoneamente respaldada, há possibilidade, via *writ*, de semi-aberto (BRASIL⁷⁹¹, 2016 apud TORON, 2017, p. 204). Outrossim, para libertar à saída temporária (BRASIL⁷⁹², 2014 apud TORON, 2017, p. 205).

É possível aplicação de privativa de liberdade ou mesmo cerceamento de liberdade locomotora relativa juridicamente no âmbito dos Especiais Criminais; vislumbre-se a possibilidade de conversão da restritiva por privativa, caso inobservado o limite estabelecido pelo judiciário e pronto: poderá haver abuso ou mesmo ilegalidade da autoridade – por isso cabe *habeas corpus* nessa alçada (BRASIL⁷⁹³, 2000 apud CONSTANTINO, 2016, p. 132). Vale dizer, resta superada a Súmula n° 690 do STF (BRASIL⁷⁹⁴, 2003 apud CONSTANTINO, 2016, p. 133), já que o Supremo considerou os Tribunais como competentes para avaliar a coação das turmas recursais (BRASIL⁷⁹⁵, 2006 apud CONSTANTINO, 2016, p. 133).

As regras despenalizadoras da Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995) não cabem em face de violência doméstica e isso é compatível à Constituição, porquanto a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) é medida especial de proteção a mulher (BRASIL⁷⁹⁶, 2011 apud CONSTANTINO, 2016, p. 134-135). Mas com relação a transação penal, não “[...] cabe Habeas corpus quando já extinta a punibilidade pelo cumprimento da obrigação assumida [...]” (*Súmula 695-STF*).” (BRASIL⁷⁹⁷, 2004, p. 312 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 55, grifo nosso).

A Lei n° 9.099/95 consubstancia, no que versa sobre matéria penal, lei mais favorável

⁷⁹⁰ BRASIL. *Habeas corpus* n° 98.675-7. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 09 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601208>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁷⁹¹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n° 138.862. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 14 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28138862%2ENUME%2E+O+U+138862%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7cnjkqc>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁷⁹² Idem. *Execução penal* n° 12. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 2014.

⁷⁹³ Idem. *Habeas corpus* n° 80.218-4. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 08 ago. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78285>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁷⁹⁴ Idem. *Súmula* n° 690. Brasília, DF, 24 set. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1502>>. Acesso em: 07 maio 2018.

⁷⁹⁵ Idem. *Habeas corpus* n° 86.634-4. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 18 dez. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408108>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁷⁹⁶ Idem. *Habeas corpus* n° 106.212. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 24 mar. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁷⁹⁷ Idem. *Recurso ordinário em habeas corpus* n° 84.413-8. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 29 jun. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382866>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

ao réu. No particular, a aplicação mostrou-se imediata e também retroativa, não cabendo distinguir normas consideradas a dualidade material e instrumental. Ao alcançarem, de forma imediata, ou não, a liberdade do réu, ganham contornos penais suficientes a atrair a observância imperativa do disposto no inciso XL do rol das garantias constitucionais – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. (BRASIL⁷⁹⁸, 1996, p. 510 apud MOSSIN, 1997, p. 287).

“Não há como ser conhecido o pedido de livramento condicional, por reclamar a satisfação de requisito subjetivo (art. 131 do. Lei 7.210/1984 e art. 83 do Código Penal), cuja análise é inviável no âmbito da estreita via do habeas corpus.” (BRASIL⁷⁹⁹, 2009, p. 349 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 98-99). “Habeas corpus. Pena. Regime de Cumprimento. Progressão. Prejuízo. Vindo à baila comprovação de o paciente haver alcançado livramento condicional, ocorre o prejuízo da impetração.” (BRASIL⁸⁰⁰, 2010, p. 95 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 77).

O habeas corpus, [...] em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser utilizado como sucedâneo da revisão criminal, salvo em situações quais se verifique flagrante nulidade processual seja na sentença condenatória, seja no acórdão que a tenha confirmado. (BRASIL⁸⁰¹, 2010, p. 1149 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 87);

Mais precedente (BRASIL⁸⁰², 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 87). “A análise sobre a correta tipificação dos atos praticados pelo Paciente esbarra na inadequação da via eleita, em flagrante transformação do habeas corpus em revisão criminal.” (BRASIL⁸⁰³, 2006, p. 511 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 46).

Em direção oposta: “Habeas corpus. É cabível, fazendo as vezes de revisão criminal, ainda quando a condenação haja transitado em julgado, e, inclusive, para a obtenção, se cabível, da declaração de prescrição ou de nulidade processual.” (BRASIL⁸⁰⁴, 1982, p. 166 apud

⁷⁹⁸ BRASIL. *Habeas corpus* nº 73.837-1. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 jun. 1996.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74789>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

⁷⁹⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 96.593. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 20 out. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605602>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁸⁰⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 96.246. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 14 dez. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623093>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁸⁰¹ Idem. *Habeas corpus* nº 101.542. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 04 maio 2010.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611772>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁸⁰² Idem. *Habeas corpus* nº 94.376. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618095>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁸⁰³ Idem. *Habeas corpus* nº 89.925-1. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 18 dez. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=406384>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁸⁰⁴ Idem. *Recurso de habeas corpus* nº 60.264-9. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 10 set. 1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=98940>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

TORON, 2017, p. 305).

1. Habeas corpus. Sentença condenatória. Nulidade processual absoluta. Coisa julgada. Irrelevância. Conhecimento e concessão. Prevalência da tutela constitucional do direito individual da liberdade. [...] constitui remédio hábil para arguição e pronúncia de nulidade do processo, ainda que já tenha transitado em julgado [...] (BRASIL⁸⁰⁵, 2008, p. 910 apud TORON, 2017, p. 305).

A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de que ‘a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de Habeas corpus por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir decisão coberta pela preclusão máxima’ [...] (BRASIL⁸⁰⁶, 2008, p. 291 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 130).

Na mesma esteira (BRASIL⁸⁰⁷, 2010 apud ASSIS; ARAÚJO, 2012, p. 130) (BRASIL, 1982⁸⁰⁸, 2008⁸⁰⁹ apud TORON, 2017, p. 68).

Essas foram algumas abordagens sobre a jurisprudência no STF. Volumosa e antagônica, permite à coleção de resultados cogitar algumas hipóteses; mas antes, é preciso conhecer mais uma das possíveis fontes do *habeas corpus*.

⁸⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 93.942-2. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 06 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539181>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸⁰⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 94.903-7. Relator: Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 26 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553785>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁸⁰⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 95.570. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 01 jun. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613699>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁸⁰⁸ Idem. *Recurso em habeas corpus* nº 60.264-9. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 10 set. 1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=98940>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸⁰⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 93.942-2. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 06 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539181>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

9 APORTES INTERNACIONAIS

De fato, a dignidade humana tem sido proeminentemente inserida no preâmbulo ou no texto de uma grande quantidade de declarações e tratados [...] incluindo a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) [segundo o documento, pequena correção, dos ‘Direitos Humanos’], a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984), a Convenção de Direitos da Criança (1989), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), e a Carta Árabe de Direitos Humanos (2004), entre outros. (BARROSO, 2012, p. 29-30).

Como outrora abordado, o Princípio reitor dos Direitos Humanos, a Dignidade de nosso ser, faz parte permanente do Direito e sistema Constitucional brasileiro, bem como de nossas relações internacionais; é inerente ao Estado Democrático de Direito instituído desde 1988. Mas esse sistema jusfilosófico, jusnatural e antropocêntrico alargado (que abarca a natureza como detentora de Direitos igualmente), como se vê, fora reconhecido e positivado em tratados por inúmeras nações e inspirou o Brasil em sua redemocratização vigente; o interessante é a amplitude de questões amparadas por esse valor, que congloba uma série de outras virtudes (é Princípio geral, fonte de específicos que se densificam), muito proveitosos e relacionados como numa malha – diretamente – atrelados ao *writ*.

Assim, hoje, para o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2012, p. 14) – cujo dedicara obra exclusiva ao assunto – a “[...] dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo.”. Num breve mergulho histórico e comparado, o Ministro aprecia o contexto francês, que nos influenciou antes mesmo de sua época revolucionária e que continua importante até os dias atuais:

[...] a dignidade da pessoa humana não aparece no texto da Constituição de 1958. Foi apenas em 1994 que o Conselho Constitucional, combinando diferentes passagens do Preâmbulo da Constituição de 1946, proclamou que a dignidade era um princípio com status constitucional. Os autores franceses, com maior ou menor entusiasmo, têm se referido à dignidade humana como elemento necessariamente subjacente a todo o direito positivo francês, como um conceito, ao mesmo tempo, fundante, fundamental e normativo, e como a pedra filosófica de todos os direitos fundamentais. [...] Desde então, o princípio da dignidade da pessoa humana foi invocado em diferentes contextos [...] até a validação de leis permitindo o aborto durante as primeiras doze semanas de gravidez. (BARROSO, 2012, p. 23-24).

Especialmente após a Segunda Grande Guerra, “[...] numerosas constituições vieram a apresentar uma linguagem que exige a proteção da dignidade, sendo esse o caso de países como

a Alemanha, Itália, Japão, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, entre muitos outros.” (BARROSO, 2012, p. 20). Analisando julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão, pós-Segunda Grande Guerra, Barroso (2012, p. 21-22) traça um paralelo do conteúdo que o preceito tem para aqueles Ministros:

[...] a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado. Considerada como o fundamento de todos os direitos mais básicos, a cláusula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado. [...] Baseado nesse entendimento da dignidade da pessoa humana, o Tribunal Constitucional Federal Alemão tem proferido um conjunto amplo e variado de decisões que incluem: a definição do alcance do direito à privacidade tanto no que se refere à proteção contra o Estado quanto a interferência privada, proibição da negação do Holocausto, o entendimento de que a pena de prisão perpétua não pode desconsiderar a capacidade individual para a reabilitação e reinserção social [...] proibição do abate de aeronaves sequestradas por terroristas que poderiam pretender utilizá-las como armas em crimes contra vidas humanas [...] (BARROSO, 2012, p. 21-22).

A Corte Maior do Canadá, em sua jurisprudência, cita a dignidade humana de maneira recorrente, em diversos casos:

Ela tem sido reconhecida como um valor fundamental, subjacente tanto ao *common law* quanto à Carta de Direitos e Liberdades de 1982, mas não como um direito constitucional autônomo. A Corte também tem destacado que a dignidade humana possui uma dimensão comunitária, sendo acompanhada por uma série de responsabilidades. [...] Por exemplo, a dignidade humana esteve no centro de discussões moralmente carregadas envolvendo a derrubada de dispositivos do Código Penal que proibiam o aborto, a negação do direito ao suicídio assistido para pessoas em estado terminal e a determinação de transfusão de sangue para uma criança mesmo contra a vontade dos seus pais, que alegaram objeções religiosas para se oporem a esse procedimento. Direta ou indiretamente, a dignidade humana também esteve marcadamente presente em decisões envolvendo os direitos à privacidade e contra a autoincriminação, a recusa em conceder a proteção da liberdade de expressão para comentários antissemitas de um professor de escola pública e a criminalização da posse de material ligado a pornografia infantil. (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Pontifica, Barroso (2012, p. 26-27), o *locus* e a importância do preceito também em Israel:

[...] a dignidade humana se tornou um conceito constitucional expresso em 1992. Ao longo dos anos, a dignidade tem sido percebida como um valor supremo - embora não absoluto -, assim como um direito específico. A Lei Básica protege a dignidade do homem como um membro de sua comunidade e, portanto, também funciona como uma restrição sobre outros direitos. [...] Por outro lado, a peculiar situação de Israel, rodeada por vizinhos agressivos desde a sua fundação, tem levado a casos mais dramáticos, envolvendo questões morais altamente complexas. Uma delas envolveu a discussão sobre detenção prolongada de prisioneiros libaneses, que não representavam uma ameaça à segurança nacional, como moeda de troca em negociações pelo retorno de soldados israelenses que haviam desaparecido no Líbano. Depois de certa hesitação, a Corte finalmente considerou que a prática era inaceitável, devido aos danos que causava sobre a dignidade humana. Outro caso delicado levou a uma decisão que reafirmou a absoluta proibição da tortura, sem exceções e sem

espaço para ponderações, mesmo na hipótese de interrogatório de suspeitos de terrorismo.

“Na África do Sul, onde a dignidade está expressamente incluída na Constituição, ela tem sido considerada tanto um valor fundacional quanto um direito exequível.” (BARROSO, 2012, p. 27); e aprofunda dizendo que essa

[...] tem sido usada pela Suprema Corte da África do Sul em diferentes contextos, como nos casos em que declarou a inconstitucionalidade da pena de morte, acolheu uma lei que permitia o aborto durante o primeiro trimestre de gravidez, derrubou legislação que criminalizava relações homossexuais [...] (BARROSO, 2012, p. 27-28).

“Na Colômbia, a Corte Constitucional, divergindo de cortes constitucionais de outros países, como Canadá e África do Sul, por exemplo, considerou a prostituição voluntária como profissão legítima.” (BARROSO, 2012, p. 29).

Nos Órgãos Judicantes Internacionais, como no Tribunal mais elevado da União Européia, a Corte Europeia de Justiça, “[...] a presunção de inocência e a proteção de sigilo profissional exigem ‘respeito pela reputação e pela dignidade’ dos indivíduos envolvidos[...]”. (BARROSO, 2012, p. 30).

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), baseada em Estrasburgo, foi instituída para aplicar a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950). Embora a Convenção não incorpore expressamente o conceito de dignidade humana no seu texto, [...] tem frequentemente empregado [...] na sua interpretação do documento. (BARROSO, 2012, p. 31).

No conhecido caso Tyrer, a CEDH considerou que a decisão proferida por um tribunal da infância do Reino Unido de submeter alguém de quinze anos de idade a castigos corporais (‘três açoites com vara’), violava o artigo 3 da Convenção sobre Direitos Humanos. Apesar da punição não resultar em ‘efeitos graves ou de longa duração’, ‘constituía uma agressão sobre [...] a dignidade da pessoa e a integridade física’. Para apoiar essa conclusão, a Corte apontou, em particular, o fato de que o jovem ‘foi tratado como um objeto em poder das autoridades’. Ao longo das décadas seguintes, a Corte considerou que a dignidade produzia efeitos em casos como o de [...] rejeição da imunidade conjugal para a acusação de estupro, no uso da força excessiva contra prisioneiro, em relação às condições de vida ou de detenção degradantes, na persecução penal da conduta homossexual privada e consentida entre adultos [...] Em 1997, contudo, a Corte acolheu uma decisão da Câmara dos Lordes do Reino Unido segundo a qual o consentimento não era uma defesa válida contra acusações de lesões e agressões criminosas ocorridas no contexto de participação voluntária em atividades sadomasoquistas realizadas em ambiente privado. A Corte observou que ‘a proteção da vida privada significa a proteção da intimidade e da dignidade da pessoa, não a proteção de sua baixeza ou a promoção de imoralidade criminosa’. (BARROSO, 2012, p. 31-32).

Essa transposição jurídica é cada dia mais comum na sociedade em rede da globalização pós Segunda Guerra Mundial; o fenômeno da internacionalização do Direito extravasa fronteiras, relativiza a soberania das nações e garante o Direito das Gentes, justamente correlacionando-os à novas leituras Constitucionais (criando novas teorias nesse ramo de saber

jurídico) e Internacionais Públicas. Segundo Barroso (2012, p. 34-35, grifo nosso), os

Tribunais Constitucionais e cortes supremas de todo o mundo começaram a se engajar em um crescente diálogo constitucional envolvendo citação mútua, conferências de intercâmbio acadêmico e organização de fóruns públicos como a Comissão de Veneza. Dois fatores têm contribuído para o aprofundamento desse processo. Em primeiro lugar, os países onde o Estado de Direito foi instaurado mais recentemente se espelham, com frequência, na experiência de democracias mais sedimentadas. [...] O segundo fator envolve o compartilhamento de experiências entre as democracias mais maduras e tradicionais. [...] Decisões judiciais estrangeiras podem oferecer novas informações e perspectivas, e também ajudar na construção de consensos.

Citando a Suprema Corte do Canadá novamente, demonstra o Ministro Barroso um caso concreto dessa transposição jurídica propriamente penal, que se compara a forma brasileira em relação aos limites da extradição e a comutação de pena, quais não poderão caracterizar o chamado *supplicium extremum*:

Em *Kindler v. Canada*, num caso que dizia respeito à extradição de um réu americano que poderia ser condenado à morte, os votos divergentes mencionaram a abolição da pena capital no Reino Unido, na França, na Austrália, na Nova Zelândia, na antiga Tchecoslováquia, na Hungria e na Romênia, como um reforço do ‘reconhecimento internacional da importância da dignidade humana’. (BARROSO, 2012, p. 35-36).

“Em *R. v. Smith*, a Corte decidiu que a pena mínima de prisão obrigatória prevista pela Lei de Controle dos Narcóticos não passava no teste de proporcionalidade e constituía uma punição cruel e inhumana.” (BARROSO, 2012, p. 36). Nesse diapasão, na esfera Processual Penal dos Estados Unidos, é inegável a influência do Princípio ora em tela quando da análise do caso *Miranda v. Arizona*⁸¹⁰, apesar da relutância de alguns juízes mais conservadores no paradigma estadunidense; “[...] a Suprema Corte decidiu que os suspeitos em investigações criminais devem ser informados dos seus direitos de consultar um advogado, permanecer em silêncio e não produzir provas contra si mesmos.” (BARROSO, 2012, p. 46).

Em um voto do Chief Justice Warren, a Corte afirmou que o ambiente do interrogatório, mesmo na ausência de intimidação física, é ‘destrutivo da dignidade humana’. A maioria acrescentou que ‘o fundamento constitucional subjacente ao direito é o respeito que o governo – estadual ou federal – deve ter para com a dignidade e a integridade dos seus cidadãos’. (BARROSO, 2012, p. 46).

O Ministro Barroso (2012, p. 47-48) traz, ainda, outros casos Penais norte-americanos interessantes à nossa análise, quais serão expostos em sequência a fim de sintetizar:

Nos casos envolvendo a proibição de buscas e apreensões arbitrárias [...] uma decisão de 1952, *Rochin v. California*, estabeleceu uma conexão direta entre as formas pelas

⁸¹⁰ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. **Miranda v. Arizona**, 384 U.S. 436. Washington, D.C., 12 June 1966. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

quais as provas são obtidas e a dignidade humana. A Corte considerou que o bombeamento compulsório do estômago do recorrente para extrair cápsulas de drogas violava a cláusula do devido processo [...] O Justice Felix Frankfurter redigiu a decisão pela Corte e ressaltou que tal conduta era ‘tão brutal e ofensiva para a dignidade humana’ que ‘choca a consciência’. [...] Em *Winston v. Lee*, por exemplo, a Corte julgou inconstitucional forçar um indivíduo a se submeter a um procedimento cirúrgico para a remover uma bala alojada em seu corpo que poderia servir de prova contra ele.

“No entanto, o destino da dignidade humana [...] se tornou mais sombrio a partir da segunda metade da década de 1980, depois da deflagração da ‘guerra contra as drogas’.” (BARROSO, 2012, p. 48); nesse sentido, o Brasil seguiu o caminho da Hegemonia Global, instaurando Leis severas em relação ao problema de saúde pública, convergindo-o em questão de segurança, erroneamente. A partir daí, os índices de violência subiram e a pena capital chegou ao Brasil de forma velada: seja pela Lei do Tiro de Destruição (BRASIL, 1998), seja pela perseguição política dos pobres e transtornados, portadores de adicção, seja pelo encarceramento em massa em instituições onde a tuberculose (VALENÇA et al., 2016) e a podridão os comem vivos.

“A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição autônoma da Organização dos Estados Americanos, cujo objetivo é a interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos.” (BARROSO, 2012, p. 32); jurisdição essa qual o Brasil se encontra assujeitado, já que é signatário do documento de adesão. Como elencado em nossa Lei Maior, esse e os demais tratados e documentos similares que versem sobre Direitos Humanos, após o rito de adesão completo, externa e internamente, adquirem *status* de Emenda Constitucional e ganham, igualmente, caráter fundamental.

Essa Corte também tem citado a dignidade em muitas ocasiões, no que se refere, por exemplo, à violência psicológica, sexual e física contra detentos em uma prisão peruana, confinamento solitário e outras formas de encarceramento em condições desumanas, desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais. A Corte tem também observado que a dignidade desempenha um papel não apenas na caracterização do dano causado por violações aos direitos humanos, mas também na responsabilização do Estado em reparar o dano. [...] Em 1999, a Corte considerou que o direito fundamental à vida ‘inclui não apenas o direito de cada ser humano não ser privado de sua vida arbitrariamente, mas também o direito de que ele não seja impedido de ter acesso às condições que garantam uma existência digna’. (BARROSO, 2012, p. 32).

No fim de 2010, a Corte decidiu que crimes contra a humanidade perpetrados pela ditadura militar no Brasil (assassinatos, tortura e desaparecimento [...]), de 1964 até 1985, devem ser investigados, processados e punidos. A decisão desautorizou a Lei de anistia que foi promulgada pelo Congresso e mantida pelo Supremo [...]. (BARROSO, 2012, p. 32).

Além dessa instituição, outros órgãos internacionais são capazes de receber denúncias de abusos do Estado brasileiro enquanto parte, ou de seus representantes quando relacionados ao

exercício público, bem como, outros documentos podem servir de parâmetro de legalidade ao interprete daqui, mesmo quando o país não tenha aderido a determinado Tratado (o que ocorre nesse sentido é a falta de garantia da força normativa do determinado texto).

O Ministro Barroso (2012, p. 28) na

[...] Suprema Corte do Brasil tem invocado a dignidade humana em uma vasta gama de situações, incluindo o direito contra a autoincriminação, a proibição da tortura e do tratamento degradantes e cruel, o direito de não ser algemado injustificadamente, a falta de proteção constitucional para o discurso antissemita [...]

Aliás, os Ministros, em geral, usam de fontes internacionais: “ ‘Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:’ [...] ‘g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada’ (artigo 14, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos)”. (BRASIL⁸¹¹, 2008, p. 380 apud TORON, 2017, p. 199).

A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, “d” e “f”), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 14, n. 3, “d”), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas [...] (BRASIL⁸¹², 2012, p. 52.215 apud TORON, 2017, p. 23).

A razoável duração do processo, tema outrora abordado, fora também suscitado e defendido a nível internacional, já que flagrante o desrespeito a esse valor em nosso sistema de justiça. A referência sobre essa questão está no Art. 8, n° I, do Pacto de São José da Costa Rica (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), qual tornara-se Lei através do Decreto n° 678/92 (BRASIL, 1992), quando o legislador respeitou o assinado e inseriu, outrossim, em mandamento Constitucional no Art. 5º, LXXVIII (BRASIL, 1998), reservando lugar especial no palco dos Direitos Fundamentais da República (CONSTANTINO, 2016, p. 63).

Por sua vez, como o legislante não fez qualquer referência ao que considera tempo processual em excesso e observando que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm invocado alguns critérios para decifrar a delonga (como a complexidade do caso, a atividade processual do imputado, a conduta das autoridades judiciárias), alguns julgados nacionais passaram a adotar estes aspectos para dizer sobre o excesso de tempo processual. Por certo, tais critérios não

⁸¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n° 91.654-6. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 08 abr. 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559829>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸¹² Idem. *Ação penal n° 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 17 dez. 2012. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

são exaustivos, já que outros podem ser avaliados, como a idade do acusado, seu estado de saúde, etc. (PASTOR⁸¹³, 2002, p. 139 apud CONSTANTINO, 2016, p. 63).

Encaminhando-se ao fim desse singelo capítulo, que visava aclarar um horizonte mais amplo de possibilidades, em consonância ao devido processo, a dignidade da pessoa humana e as fontes internacionais, vale a menção de alguns julgados num último trecho do livro do Ministro Barroso (2012, p. 116-117):

[...] a) à não autoincriminação⁸¹⁴, b) à presunção de inocência⁸¹⁵, c) à ampla defesa⁸¹⁶^{817 818 819}, d) contra o excesso de prazo em prisão preventiva⁸²⁰, e) ao livramento condicional⁸²¹, f) às saídas temporárias do preso⁸²², g) à não utilização injustificada de algemas⁸²³, h) à aplicação do princípio da insignificância⁸²⁴ e i) ao cumprimento de prisão domiciliar⁸²⁵. A ideia Kantiana de fim-em-si foi utilizada em acórdão em que se discutiu a competência para julgamento de crime de redução de pessoas à condição análoga à de escravo⁸²⁶. [...] à proibição da tortura e de tratamento desumano, degradante ou cruel⁸²⁷.

Assim, mesmo sem aprofundamento, já é possível perceber no espaço internacional a rica fonte de Direito que jorra recursos à defesa da liberdade de locomoção; seja em julgados de outras Cortes, seja em Tratados ou em órgãos jurisdicionais das nações. Satisfeita a premissa singela, passa-se ao último capítulo conceitual, antes da abordagem dos resultados conclusivos.

⁸¹³ PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable em el proceso del estado de derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002, p. 139.

⁸¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 79.812-8. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 08 nov. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸¹⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 93.782. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2008.

⁸¹⁶ Idem. *Habeas corpus* nº 85.327-7. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 ago. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79846>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸¹⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 86.000-1. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 12 dez. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402410>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸¹⁸ Idem. *Habeas corpus* nº 84.768-4. Relator originário: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 08 mar. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79652>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸¹⁹ Idem. *Habeas corpus* nº 89.176-4. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 22 ago. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385968>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸²⁰ Idem. *Habeas corpus* nº 98.579. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 2010.

⁸²¹ Idem. *Habeas corpus* nº 99.652. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 2009.

⁸²² Idem. *Habeas corpus* nº 98.067. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 06 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611531>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸²³ Idem. *Habeas corpus* nº 91.952. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2008.

⁸²⁴ Idem. *Habeas corpus* nº 90.125-5. Relator originário: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Eros Grau. Brasília, DF, 24 jun. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546049>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁸²⁵ Idem. *Habeas corpus* nº 83.358. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 04 maio 2004.

⁸²⁶ Idem. *Recurso extraordinário* nº 398.041. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 dez. 2008.

⁸²⁷ Idem. *Habeas corpus* nº 70.389-5. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 jun. 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72400>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

10 AS OUTRAS CIÊNCIAS CRIMINAIS

Há criminologias, entendidas como pluralidade de discursos sobre o crime, o criminoso, a vítima, a criminalidade, os processos de criminalização e as violências institucionais produzidas pelo sistema penal. A premissa permite, inclusive, sustentar a fragilidade epistemológica de qualquer discurso criminológico que se pretenda científico, visto não ser factível a visualização dos pressupostos mínimos que possam auferir esta qualificação – v.g. unidade e coerência metodológica, definição de objeto, delimitação de horizontes de pesquisa, direcionamento teleológico das investigações. (CARVALHO, 2015, p. 40-41).

Como aponta Carvalho (2015), a Criminologia no Brasil mal passou da sua raiz etiológica (ou criminológica positivista), inspirada em Lombroso (2007) (dentre outros), ‘traduzida’ para cá por Rodrigues (2008), para quando parcialmente refutada, progredir timidamente a apontamentos culturais, sociológicos, mas ainda sim tratada como ‘beleza’ das ciências criminais. É dizer que, quando a criminologia daqui, passou, pretensamente, dessa proto ou pseudociência – a etiológica – para, propriamente, ciência, na virada sociológica, essa fora tratada como objeto dispensável dos saberes criminais; é como se a dogmática penal e processual sedimentadas, ao longo dos anos, fossem suficientes para os sistemas de justiça e encarceramento funcionarem.

Acontece que a negrofobia, já instaurada desde a escravidão, era necessária de ser extirpada de nossa cultura e retomada a criminologia a partir de um novo olhar vigoroso (para além do *criminological turn*), apontando para novas perspectivas de política criminal, de dogmática e de processualística penal, entre outras ciências e saberes da humanidade. Era imprescindível, não só do ponto de vista da violência, tecer reparações históricas aos afrodescendentes, enquanto dever Constitucional; o que nos atrela à garantia fundamental declarada no *writ* ora em estudo.

Não obstante, nas explicações da sociologia da violência e dos mecanismos de controle social e de punição, embora a questão racial esteja mencionada, o racismo e a formação específica das relações raciais tem tido menor peso analítico do que categorias como classe, território e desempenho de gênero (ou de masculinidade). As relações raciais, quando aparecem nos estudos sobre violência e controle social, muitas vezes são representadas como atributos individuais dos protagonistas dos conflitos violentos ou dos assujeitados pelas instituições de punição. (SINHORETTO; MORAIS, 2018, p. 2).

Infere-se das diretrizes indicadas que todos os conceitos partem da mesma ideia de que a exclusão social constitui uma forma de afastar certos tipos de pessoas da fruição de benefícios e privilégios, geralmente de ordem econômica, privando-as de proteções existentes em sociedade. Essa exclusão teria base em questões sociais não só ligadas a condições financeiras, mas também a fatores sociais, políticos, culturais, étnicos, etc. (MADRID; PRADO, 2014, p. 109).

E como se sabe pela história brasileira, os afrodescendentes sofreram pela escravidão e

tiveram um processo de abolição também criminoso, no sentido do Estado e seus governos esquivarem-se das reparações não só necessárias para que a abolição em sua plenitude resplandecesse, mas juridicamente relevantes; dentre outras perspectivas científico-sociais aplicadas.

A exclusão social manifesta-se crescentemente como um fenômeno transdisciplinar que diz respeito tanto ao não acesso de bens e serviços básicos como à existência de segmentos sociais sobrando de estratégias restritas de desenvolvimento socioeconômico, passando pela exclusão dos direitos humanos, da seguridade e segurança pública, da terra, do trabalho e da renda suficiente. (CAMPOS et al.⁸²⁸, 2003, v. 2, p. 33 apud MADRID; PRADO, 2014, p. 108).

“Exclusão econômica dos mercados de trabalho, exclusão social entre pessoas na sociedade civil, e nas atividades excludentes sempre crescentes do sistema de justiça criminal e da segurança privada.” (YOUNG⁸²⁹, 2002, p. 11 apud MADRID; PRADO, 2014, p. 108). “Esse panorama tem influência sobre as causas da criminalidade e as reações contra o crime. As exclusões que ocorrem durante esse processo seriam uma tentativa de lidar com o problema da criminalidade e se fundamentam em uma percepção equivocada desse fenômeno.” (MADRID; PRADO, 2014, p. 109).

Talvez a escassez de dados e a dificuldade em obtê-los, ou o quadro teórico que predominou entre os intelectuais que procuraram interpretar a violência e o funcionamento das instituições, ou a escassez de intelectuais negros nas universidades, ou ainda por outras razões que não são evidentes, tenham feito com que a raça sempre estivesse presente nos enunciados sobre a violência no Brasil como um atributo dos indivíduos capaz de descrever a desigualdade de tratamento, mas as relações étnico-raciais raramente tenham sido acionadas como elemento explicativo ou como componente indissociável da interpretação dos fenômenos violentos e de seu tratamento institucional. (SINHORETTO; MORAIS, 2018, p. 2).

Apesar dos poucos indicadores, a sociedade científica brasileira já se volta a essa realidade outrora esquecida e começa a prestar mais atenção aos vulneráveis; Waiselfisz⁸³⁰ (2012 apud SINHORETTO; MORAIS, 2018), nesse sentido, teve muito a contribuir. No Gráfico 3, organizado por Sinhoretto e Morais (2018, p. 19), a partir dos dados de Waiselfisz (2012), num estudo de encarceramento por 100 mil habitantes, que teve como lapso temporal os anos de 2005 a 2012, vê-se uma notável disparidade entre esses grupos, negros e brancos, apesar da relativa igualdade no que se refere a quantidade populacional (aproximadamente a

⁸²⁸ CAMPOS, André; POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo; SILVA, Ronnie. **Atlas da exclusão social no Brasil: dinâmica e manifestação territorial**. São Paulo: Cortez, 2003.

⁸²⁹ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

⁸³⁰ WAISELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2012: a cor dos homicídios no Brasil**. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPP/PR, 2012. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_cor.pdf>. Acesso em: 15 set. 18.

metade para cada); além de crescente a prisão para os dois, essa foi ainda maior para os negros, que sofreram 292 (por 100 mil habitantes), enquanto os brancos, 191, em 2012 (WASELFISZ⁸³¹, 2012 apud SINHORETTO; MORAIS, 2018, p. 5).

A grande quantidade de prisões provisórias (quase 40%) indica que estas são resultado de policiamento ostensivo baseado em ‘identificação de suspeitos’ e flagrantes, e não em investigação policial. Se há muitos jovens e muitos negros na prisão não é porque a polícia esteja vigiando em suas atividades cotidianas os mais violentos, os que cometem os crimes bárbaros. Só 12% dos presos brasileiros estão cumprindo penas por terem cometido homicídios. O centro da política criminal é pautado pela punição aos crimes patrimoniais e ligados às drogas ilícitas, seguindo a doutrina de ‘guerra às drogas’. A punição recai desigualmente sobre negros e brancos, jovens e não jovens. (SINHORETTO; MORAIS, 2018, p. 5).

De acordo com Waiselfisz⁸³² (2012 apud SINHORETTO, MORAIS, 2018, p. 3), (no Gráfico 1), nessa mesma linha, é possível, outrossim, para além do encarceramento em massa, perceber uma violência ainda pior e institucional: de 2002 a 2010 o percentual de negros vítimas de homicídio no Brasil cresceu, enquanto o de brancos diminuiu; em 2010 foram 71,1% contra 28,5 – isso permite perceber que não gozamos de segurança pública igualmente. Quando a análise foi sob indivíduos jovens, os índices foram ainda piores: (Gráfico 2) em 2010 foram 75,1% contra 24,6 (WASELFISZ⁸³³, 2012 apud SINHORETTO; MORAIS, 2018, p. 4).

Duas evidências podem ser extraídas dos números apresentados. A primeira delas é que a desigualdade racial – traduzida em injustiça, morte violenta e degradação dos direitos humanos – indica tendência de crescimento no presente século, especialmente entre os jovens (15 a 29 anos). O que significa, de outro modo, que o racismo teve sua relevância ampliada para a compreensão das causas e dinâmicas da violência no Brasil. [...] Em segundo lugar, as políticas públicas de segurança e justiça contribuem para a desigualdade, o que afasta explicações que apostaram em reminiscências da escravidão que estariam em declínio com a modernização da sociedade brasileira. As evidências apontam o contrário: o racismo é um fenômeno do presente e se agravou no período contemporâneo, muito em razão de políticas de segurança que denotam o racismo institucional em seus resultados: mais mortos, mais vulnerabilidade a violência e mais presos entre os jovens negros. (SINHORETTO; MORAIS, 2018, p. 5).

“Para além da extinção física, há milhares de mortes simbólicas por trás das perdas de oportunidades e de crescimento pessoal que muitos indivíduos sofrem, apenas pela sua cor de pele. São vidas perdidas em face do racismo no Brasil.” (CERQUEIRA; MOURA⁸³⁴, 2014, p. 10 apud SINHORETTO; MORAIS, 2018, p. 5). Pode-se dizer que essas ‘mortes simbólicas’

⁸³¹ WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2012**: a cor dos homicídios no Brasil. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPIR/PR, 2012. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_cor.pdf>. Acesso em: 15 set. 18.

⁸³² Ibidem.

⁸³³ Ibidem.

⁸³⁴ CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo. Vidas perdidas e racismo no Brasil. **Publicatio UEPG: Ciências Sociais Aplicadas**, Ponta Grossa, v. 22, n. 1, p. 73-90, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/sociais/article/view/6320/4137>>. Acesso em: 15 set. 18.

afetam a consciência e percepção da realidade desses indivíduos de maneira prejudicial: sejam dos pobres, sejam dos negros, principalmente; o que pode explicar a amplitude de incidência em comportamentos destrutivos, como por exemplo, de uso abusivo de drogas (adição) e a consequente imersão em comportamentos antissociais (crimes).

Em conformidade com uma concepção sistêmica, a reorientação do modelo de atenção à saúde deve resultar da conjugação de propostas e estratégias sinérgicas nas três dimensões [político-gerencial, organizacional e tecnológica], ainda que mudanças parciais, operadas em dimensões isoladas, possam propiciar o desencadeamento de transformações mais amplas. Nesta perspectiva, depreende-se que a reorientação do modelo de atenção à saúde consiste em um processo extremamente complexo, cuja concretização exige tanto iniciativas nas esferas político-gerencial e organizacional quanto tecnológica. (ALVES, 2009, p. 2309).

A assistência social, *lato sensu*, contra a exclusão que a aporofobia, a negrofobia e a dementofobia culturalizadas no Brasil, bem como a redução do uso da força pelo Estado na conversão da política criminal da Guerra às Drogas a uma política de saúde pública, é a real legitimidade Constitucional que o ente coletivo outrora pactuado e formado conferem ao uso da Lei; lembre-se do Princípio do Saneamento Genealógico, outrora mencionado pela cátedra de Zaffaroni (2006, p. 243-244). “A formulação e implementação de políticas públicas, por exemplo, pode contribuir para a reprodução de um modelo de atenção à saúde hegemônico ou propiciar condições para a reinvenção das práticas e dos processos de trabalho em saúde.” (ALVES, 2009, p. 2309-2310).

Nesta perspectiva, a política de drogas brasileira aproxima discursos antagônicos. Por um lado, compartilha do discurso proibicionista legitimado por convenções internacionais quanto à redução da oferta e da demanda de drogas, mediante mecanismos de repressão e criminalização da produção, tráfico e porte de drogas ilícitas. Por outro lado, mostra-se aderente à abordagem de redução de danos. (ALVES, 2009, p. 2316).

A criminalização do porte e do consumo de drogas ilícitas tem se revertido em sobrecarga ao sistema de justiça, onerando-o tanto pela lotação de unidades prisionais quanto pelo aumento de investimentos financeiros para a militarização das ações policiais de “combate” às drogas. (ALVES, 2009, p. 2311).

São resquícios da antropologia ou medicina legal, ou ainda, da psiquiatria punitiva, com raízes comuns àquelas da criminologia positivista negrofóbica, instaurada por Nina Rodrigues aqui. Elas transcendem o racismo, as pseudociências e se transformam de maneira líquida em outras exclusões, readaptando-se enquanto justificativa científica presunçosa, mas na verdade não passam de pânico moral, medo da perda de poder e excesso de liberdade da classe alta; passam despercebidas nessa mistura entre a repressão e a suposta ajuda médica, social, político-pública. Para citar outro exemplo dessa liquidez, há uma nova ascensão nos índices de criminalidade e forma de exclusão enrustida, que engole outro grupo vulnerável e o mais grave:

pilar fundamental em nossa cultura familiar – as mulheres (LEVANTAMENTO..., 2014); essa recente disfunção tem um impacto ainda maior nas questões sociais, gera efeitos colaterais na infância e juventude, multiplicando fatores multigeracionais de exclusão e violência (RODRIGUES et al., 2012).

Isso sem mencionar o problema de outros grupos, como os deficientes físicos ou dos refugiados, que também estão na malha prisional, entre outros. Assim, continuando, “[...] a formulação da Política do Ministério da Saúde para Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas, em 2003, admite-se o atraso histórico de inserção do uso prejudicial e/ou dependência do álcool e outras drogas na agenda da saúde pública.” (ALVES, 2009, p. 2316).

A ênfase na redução da oferta de drogas, por meio da criminalização tanto do tráfico quanto do uso de drogas ilícitas, conferiu uma importância secundária à redução da demanda promovida mediante as intervenções de prevenção e tratamento aos dependentes químicos. [...] Esta talvez possa ser apontada como a mais profunda das contradições das políticas proibicionistas. (ALVES, 2009, p. 2311).

“O proibicionismo encontra-se atrelado a dois modelos explicativos para a questão do consumo de drogas: o modelo moral/criminal e o modelo de doença.” (ALVES, 2009, p. 2311). Para Carvalho (2016), pode-se falar num binômio médico-psiquiátrico ou jurídico-político; ambos dão origem a um terceiro termo, agora trinômio: o usuário-dependente-delinquente –há essa aceleração e redução do conteúdo e indiferença entre um usuário, um dependente químico (adicto crônico) e um delinquente (é como se eles fossem as três coisas ao mesmo tempo e a cabo).

O modelo de atenção à saúde de usuários de álcool e outras drogas construído com base na racionalidade proibicionista caracteriza-se, então, pelo autoritarismo das intervenções propostas. A criminalização dos usuários de drogas repercute na garantia de direitos sociais e de cidadania, dentre os quais o de livre acesso aos serviços de saúde e tratamento e mesmo o de fazer uso de drogas em condição não prejudicial ao indivíduo e à sociedade. (ALVES, 2009, p. 2312).

Para Alves (2009, p. 2311), o primeiro modelo, o moral/criminal “[...] configura [o consumo de drogas] um problema moral, uma prática delituosa cujo enfrentamento consiste no encarceramento dos imorais/criminosos.”. Já para Carvalho (2016), em sua leitura própria, cria-se uma fratura artificial na sociedade, entre o cidadão e o outro, que atinge pessoas de classes sociais diferentes de maneiras também peculiares; percebe-se que “[...] [a]os jovens de classe média, que consomem [cocaína], aplica-se o estereótipo médico, e aos jovens pobres, que comercializam, o estereótipo criminal” (BATISTA⁸³⁵, [1998?], p. 74 apud CARVALHO, 2016,

⁸³⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, [1998?], p. 74.

p. 63).

As vicissitudes na trajetória discursiva das políticas públicas de drogas no Brasil decorrem de tensionamentos entre fatores externos e internos. Por um lado, o compromisso do país, mediante firmamento de acordos e convenções internacionais, com o combate ao tráfico e consumo de drogas ilícitas lhe confere um posicionamento de *guerra às drogas* com adoção de ações repressivas intensamente militarizadas. (ALVES, 2009, p. 2317, grifo do autor).

Por outro, o discurso já inicia o ingresso num trato de saúde pública, onde fica num espectro que não lhe retira, todavia, seu caráter autoritário; apesar da suposta descriminalização, ela ainda continua ocorrendo em face de usuários. É a política criminal capitaneada pelos Norte-Americanos, hegemônicos nas relações internacionais ocidentais, principalmente no contato a países subdesenvolvidos da América; o que confere uma outra análise de importância, mas que mormente é deixada de lado quando se trata de *habeas corpus*.

Afirma-se a responsabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS) em garantir atenção especializada aos usuários de álcool e outras drogas, até então contemplada predominantemente por instituições não governamentais, como as comunidades terapêuticas e os grupos de auto-ajuda e de ajuda mútua. (ALVES, 2009, p. 2316).

“Em razão disso, esta legislação aponta para a reorientação de um modelo de atenção referenciado na abstinência como objetivo terapêutico exclusivo, na segregação sócio familiar e na exclusão social de usuários e dependentes de drogas, que ainda se faz expressivo no país.” (ALVES, 2009, p. 2317).

Alguns pressupostos básicos da Política Nacional Antidrogas [órgão que já mudou de nome, como a própria autora aborda] mostram-se de grande relevância para a construção de um modelo de atenção à saúde de usuários de álcool e outras drogas orientado pela lógica da redução de danos e compromissado com a garantia de seus direitos de cidadania. Assim, propõe-se reconhecer as diferenças entre usuário, a pessoa em uso indevido ou dependente e o traficante de drogas, considerando-se que esta distinção implica abordagens igualmente diferenciadas. Ademais, refere-se como necessário evitar a discriminação de indivíduos pelo fato de serem usuários ou dependentes de drogas e garantir o seu direito à atenção à saúde especializada. (ALVES, 2009, p. 2316).

“O modelo de doença concebe o consumo de drogas e a dependência como uma patologia biologicamente determinada e, como tal, deve ser abordado com a oferta de tratamento e reabilitação.” (ALVES, 2009, p. 2311).

A alta exigência em torno da abstinência implica ainda censuras e recriminações aos episódios de recaída ou reincidência ao uso de drogas, tornando as instituições de saúde espaços pouco acolhedores àqueles estigmatizados como ‘fracos’, ‘vagabundos’, ‘sem-vergonha’, ‘imorais’. (ALVES, 2009, p. 2311-2312).

Embora os modelos explicativos diverjam quanto às suas propostas de intervenção, ambos compartilham do propósito de eliminação do consumo de drogas – seja pelo encarceramento seja pelo tratamento. De acordo com uma perspectiva de não-

tolerância às drogas, as ações de prevenção objetivam especialmente a redução da demanda por drogas e o tratamento admite a abstinência como única meta plausível. [...] Destaca-se a indistinção feita pelos adeptos desta vertente entre o consumo de drogas ocasional daquele considerado abusivo e/ou prejudicial, caracterizado como um padrão de consumo capaz de produzir danos sociais e à saúde, inclusive a dependência química. Nenhum padrão de consumo é tolerado e a abstinência desponta como condição, meio e finalidade do tratamento [...] (ALVES, 2009, p. 2311).

Apesar dos avanços institucionais, é preciso ainda outros esforços;

[...] [no] que se refere à atenção à saúde, a estruturação e fortalecimento de uma rede pública de saúde especializada na assistência a usuários de álcool e outras drogas e às suas famílias, centrada na atenção comunitária, orientada pela concepção ampliada de redução de danos e articulada com outras redes de serviços sociais e de saúde constitui, na atualidade, um importante desafio. (ALVES, 2009, p. 2317).

No que tange a questões sociais, *strictu sensu*, o fortalecimento de políticas públicas educacionais e o abrandamento da atuação das agências criminais, numa conversão para modelo de polícia cidadã comunitária com justiça restaurativa; é preciso empurrar de volta o Direito Penal ao seu lugar de *ultima ratio*.

“O aumento desenfreado do consumo de drogas ilícitas e a escalada do uso de drogas ‘leves’ para as drogas ‘pesadas’, por exemplo, são fenômenos não observados nos países e regiões que adotaram a perspectiva da redução de danos.” (ALVES, 2009, p. 2313). Assim, como se percebeu na experiência desses países (o autor refere aos europeus, mais especificamente, os escandinavos), para além de novos olhares sociológicos, criminológicos, médico-legais (psiquiátricos), outras foram as abordagens político-criminais, dogmáticas penais e processuais; por fim, ainda que de maneira também sintética, uma abordagem qualitativa de procedimentos criminalísticos guarda relação com o *writ of habeas corpus*.

De acordo com a SENASP [Secretaria Nacional de Segurança Pública], as etapas da cadeia de custódia se distribuem nas fases externa e interna. A fase externa compreenderia: preservação do local de crime; busca, reconhecimento, fixação, coleta, acondicionamento e transporte do vestígio, até a entrega desse ao órgão pericial encarregado de processá-lo. Enquanto que a fase interna se daria após a entrada do vestígio no órgão pericial, compreendendo a recepção e conferência do vestígio; classificação, guarda e/ou distribuição; análise pericial; registro da cadeia de custódia, e a devolução juntamente com o laudo pericial ao requisitante da perícia. (MACHADO, 2017, p. 10).

Um adequado isolamento e preservação da *scena criminis* é necessário para evitar a perda de vestígios ou assegurar sua autenticidade: sem esses procedimentos, a segurança contra arbitrariedade cai por terra; inclusive, é possível criminalizar um inocente, sob alegações da ciência laboratorial, sem a devida garantia da cadeia de custódia.

Os vestígios são todos os elementos, como objetos, corpo, matéria, etc., que possam ter ligação com o crime ou criminoso e que possam auxiliar na elucidação do crime e determinação da autoria. Após a análise pelos Peritos, os vestígios que tiverem relação

com o fato investigado tornam-se evidências ou indícios. (MACHADO, 2017, p. 9).

Embora não esteja definida claramente no Código de Processo Penal a expressão ‘Cadeia de Custódia’, o artigo 6º destaca que ‘logo que tiver conhecimento daprática da infração penal, a autoridade policial deverá dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos Peritos Criminais’, iniciando-se assim a cadeia de custódia. O artigo 11 ainda prevê que ‘os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito’, o que confere à autoridade policial competente a responsabilidade da custódia das provas materiais. (BRASIL⁸³⁶, 1941 apud MACHADO, 2017, p. 9).

“Para que as evidências sejam admitidas como provas no processo, os vestígios devem ser coletados seguindo princípios e procedimentos estabelecidos, anotando e fotografando, visando identificá-los e/ou descrevê-los minuciosamente, como o local da coleta.” (MACHADO, 2017, p. 9). “A ausência ou até mesmo erros nos procedimentos relacionados à cadeia de custódia geram imensos prejuízos ao processo por causar dúvidas sobre a autenticidade da coisa submetida a exame, abrindo espaços para obtenção de provas por métodos ilícitos.” (MACHADO, 2017, p. 9).

No Chile, as instituições que participam do processo da cadeia de custódia utilizam um formulário que possui um número único de evidência definido como ‘NUE’. Nesse formulário são documentados dados como: dia, hora, lugar em que foi identificada a evidência, assim como uma breve descrição dessa; observações, caso existam; nome, cargo e instituição de quem selecionou determinado elemento que será convertido em evidência. Essa pessoa, que faz a seleção da evidência, será a que deu origem à cadeia de custódia. As demais pessoas envolvidas, que recebem a evidência para transporte, análise ou custódia dessa, devem ter seus dados registrados também, assim como o dia, hora e lugar, todas as vezes em que se tenha procedido a alguma nova etapa. (MACHADO, 2017, p. 9).

Os policiais responsáveis pelo isolamento e preservação do local de crime (*first responders*) desempenham um papel de extrema importância na cena do crime, porém muitas vezes desconhecem procedimentos básicos para evitar que vestígios materiais sejam perdidos, destruídos ou mesmo contaminados. (MACHADO, 2017, p. 10, grifo do autor).

“De acordo com Marinho, muitas vezes o Perito Criminal não exige a preservação do local do fato, o que contribui para a não percepção da importância da preservação do local por parte dos policiais.” (MARINHO⁸³⁷, 2014 apud MACHADO, 2017, p. 10).

Em julho de 2014, a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) do Ministério da Justiça publicou a portaria nº 82, de vigência nacional, que estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. [...] Essa portaria vem suprir a necessidade de instituir a padronização de procedimentos no âmbito nacional, trazendo importantes conceitos e também os procedimentos a serem adotados no rastreamento do vestígio, bem como

⁸³⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 de jul. 2014.

⁸³⁷ MARINHO, G.V. Cadeia de custódia da prova pericial: uma exigência do mundo contemporâneo. **Segurança, Justiça e Cidadania**, Brasília, DF, v. 9, p. 9-26, 2014.

as etapas da cadeia de custódia. (BRASIL⁸³⁸, 2014 apud MACHADO, 2017, p. 9-10).

“A implementação desse tipo de formulário, onde todas as informações são registradas e que acompanha a prova a todo momento, é uma ferramenta importante para a execução da cadeia de custódia, permitindo a rastreabilidade e transparência dos procedimentos.” (MACHADO, 2017, p. 9).

Falhas nos procedimentos da cadeia de custódia têm sido detectadas até mesmo entre os profissionais forenses. Apesar de existir a portaria nº 82 da SENASP, que padroniza os procedimentos de custódia pericial, esses ainda não foram implementados por muitas unidades de perícia do Brasil, o que tem acarretado diferentes procedimentos até mesmo entre Peritos de uma mesma instituição. (BRASIL⁸³⁹, 2014 apud MACHADO, 2017, p. 10).

De acordo com a SENASP, a maioria das unidades de Criminalística relata não haver rastreabilidade das evidências, apontando a inexistência de procedimentos de cadeia de custódia. Foi explicitado inclusive que em alguns estados os vestígios não eram lacrados quando coletados nos locais de crime e que não há um local seguro para a guarda dos vestígios. A maioria das Unidades de Criminalística e Medicina Legal pesquisadas não possuía um sistema que monitorasse a custódia de vestígios. (BRASIL⁸⁴⁰, 2014 apud MACHADO, 2017, p. 11).

“A padronização dos procedimentos é importante para determinar a forma correta de se realizar um exame e ainda permitir que diferentes profissionais cheguem a um mesmo resultado.” (MACHADO, 2017, p. 10). “Outro aspecto relevante é o de que muitas unidades de perícia ainda pertencem à Polícia Civil, e a ausência de normatização dos exames aumenta o poder discricionário do Perito, levando ao questionamento da neutralidade científica nos exames periciais.” (MACHADO, 2017, p. 11).

Cunha, em sua pesquisa em 2012, demonstrou que várias unidades de perícias enfrentam dificuldades relacionadas à precariedade de materiais e procedimentais para implementação da cadeia de custódia, implicando na necessidade de aquisição e/ou edificação de instalações apropriadas e com segurança adequada; aquisição de equipamentos e sistemas informatizados para controle do trâmite dos vestígios. A pesquisa também aponta que, das unidades da federação pesquisadas, somente o Distrito Federal e o Rio Grande do Norte afirmaram possuir uma unidade central própria para armazenamento de vestígios. (CUNHA⁸⁴¹, 2012 apud MACHADO, 2017, p. 11).

Assim, abordados de forma singela e resumida, mas suficientemente satisfativa para os fins dessa investigação, fica denotável que a sociologia, a criminologia, a medicina legal (principalmente a psiquiatria), a política criminal e a criminalística dialogam diretamente com

⁸³⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 de jul. 2014.

⁸³⁹ Ibidem.

⁸⁴⁰ Ibidem.

⁸⁴¹ CUNHA, P. L. L. **Implantação de cadeia de custódia de vestígios: implicações para a gestão da polícia civil do Distrito Federal**. 2012. 103 f. Dissertação (Mestrado)–Fundação Getúlio Vargas, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Brasília, DF, 2012.

o remédio conquistado e constitucionalizado, documento mais que político – jurídico – de todos nós. Chega-se, portanto, ao momento de apontar resultados conclusivos a essa pesquisa.

11 RESULTADOS

Nesse capítulo pretende-se resumir os achados das fontes pesquisadas; enquanto na conclusão, não única, mas preponderantemente, aquilo abstraído, conotado dessas nascentes. Nota-se pelas doutrinas da abertura que o *ethos* do início se estende ao fim.

É ainda presente e atual a proposta de dialética desde a origem constitucional do Estado moderno e contemporâneo. Seja na ideia de Poder Constituinte, seja no embate entre o ser e dever-ser, e a vontade de Constituição; seja na constante luta do Constitucionalismo Popular.

Assim, entre fatores constitucionais reais (ser) e formais (dever-ser), há uma tensão que se desenvolve mediante certa elasticidade e confere o espaço de tolerância, incerteza e desigualdade social aceitável e mantenedora da paz civil. A vontade de constituição democrática em consonância aos valores humanos pactuados nas cúpulas de paz entre as nações e harmônicos ao espírito de sua época cultural e regional, criam o amálgama entre as ideias jurídicas e tomam forma estrutural de Estado institucional legítimo e legal; não significando, todavia, paz absoluta.

Esse embate entre instituições, principalmente entre as três funções de poder, também se desdobra numa altercação onde participam indivíduos em seus interesses e trunfos particulares ou a sociedade civil organizada, muitas vezes na forma de movimentos sociais, ou ainda, as demais formações oligopolísticas diferentes. A história do povo Inglês, mas não apenas: também dos povos que recepcionaram as ideias constitucionais, liberais, iluministas, sociais, democráticas, entre outras correntes correlatas, sinaliza essa constante dialética que amolda as instituições e os indivíduos em alguma medida.

Todavia, também conota um movimento pendular ou cíclico helicoidal, de repetições parciais, mas não absolutas, onde as tecnologias exatas, pode-se dizer, realmente evoluem, enquanto as questões humanas, permanecem nessas idas e vindas constantes; com momentos de supressões e noutros, de dilações de Direitos, inclusive do próprio *Habeas Corpus*. Mas não necessariamente acompanhados em outros horizontes, no sentido de haver estreitamentos e folgas ao mesmo tempo em questões diversas, como que numa troca de plataformas de luta, de perdas e ganhos simultâneos.

Contudo, é certo e importante dizer que dessa história de formação organizacional e teórica de Estado, a legitimidade do *Writ of Liberty* é destacada; talvez antes mesmo da tripartição das funções de poder. O *Mandamus* é parte vital da constitucionalização contemporânea: viga mestra desse edifício jusfilosófico; seu pontapé inicial.

Sem o remédio heroico, a soberania individual não teria asas: seria cerceada pela Estatal,

que a engoliria e tornaria-se novamente às suas origens bárbaro-romanas ou medievais; ou ainda, tão viz quanto aquelas antigas e outras semelhantes, mas modernas, contemporâneas. Conseqüentemente, atrelados a esse instituto todo o restante dos freios e contrapesos que surgiram *a posteriori* ao *mandamus*, que limitam e distribuem as atribuições, prerrogativas, funções, deveres, que diluem o excesso de poder do Estado.

Na Ilha de Veracruz, contexto diverso da Ilha da Rainha, seja geográfico, temporal, cultural, histórico, econômico, político, jurídico, internacional, hodierno, entre tantas outras observações, conseqüentemente, há peculiaridades; por óbvio. Com sua formação não espontânea, mas forçosa, assimilacionista, outrora palco de prisões, desterros, o Brasil é essa espécie de espaço de utilidade em sua origem.

Primeiro para depósito, depois para expropriação de riquezas, em seguida enquanto colônia, refúgio da família real; ao mesmo tempo que campo de escravização. Assim, o Brasil se formara, nesse misto de vontade alheia com vontade própria, com uma independência estranha, numa declaração republicana também *sui generis*.

E ainda hoje, situado como mercado consumidor e fornecedor de *commodities* pouco trabalhadas com relação aos demais produtores do espaço internacional desenvolvido, encilhado economicamente desde a formação dessa república; sem a mesma virada liberal da nascente inspiradora do modelo político-jurídico-econômico ocidental. O que é fator de problemas nacionais, vinculados, inclusive, a violência nesse mundo globalizado que se volta desde séculos às metrópoles; e que o *Habeas Corpus* não consegue libertar.

Por isso, em sua constitucionalização sinuosa e instável, com problemas sociais profundos e mal – ou sequer – resolvidos, o *Mandamus*, daqui, se fez em alguma medida crescente, mas ainda sim, sem a mesma força de amparo; de maneira disforme, desmedida. Em sua chegada, o *Writ*, destacado dos inúmeros demais, veio solitário e foi levado a uma ampliação bizarra, naquilo que já não mais se justifica, da chamada ‘Doutrina do *Habeas Corpus* brasileira’.

Provavelmente pelo diapasão entre a teoria constitucional em sua natural cadência histórica, local, cultural e conseqüente hermenêutica nascente, diferente de cá, é o que o levou as dessemelhanças práticas judiciais e a sua desvalorização, por incrível que pareça; pois às mais insignificantes querelas era passível. Há de se salientar, por fim, sobre essa história nacional complexa, destoada e tardia, que as chagas do passado se expressam claramente, ainda hoje, no aparelho de repressão criminal; no caso em tela, perceptível, desde então – não se pode olvidar – em nosso processo penal de ares inquisitoriais.

Embora condicionado a uma rica estrutura sistêmica principiológica – inspirada em

fontes internacionais, onde a raiz comum, o preceito cerne, a dignidade da pessoa humana, que conecta o Brasil com o mundo e internamente cria a malha que colmata regras, Leis e demais fontes jurídicas – padece de uma inexpressiva vontade de garantias constitucionais; portanto e em grande medida, de Direitos Humanos e de devido processo penal. Outrossim, de virtudes éticas no exercício das prerrogativas de função, nas falhas de cumprimento de deveres e excessivos abusos de poder generalizados.

Mas há que se falar, de outra perspectiva, que a cúpula das nações e os países que a preenchem, sabem muito bem da inviabilidade de cumprir-se com esses deveres, funções rigorosas, sem os mesmos recursos, ocupando um *locus* de desprestígio e supressão internacional. Mesmo assim, impingem cobranças em políticas criminais que afetam o *Writ*, as vezes verdadeiramente brandas e pacíficas, noutras antagônicas à paz social e sem a extensão do apoio logístico para tanto; mas a fim e a cabo, é verdade, o interesse principal da segurança pública deve ser nosso e não deles.

E enquanto parte vital da constituição de Estado liberal, republicano (também do monárquico-constitucional) e demais democráticos, é líquido que escorre e se realoca ao lado dos que estão em situação política e/ou jurídica desfavorável; o *Habeas Corpus* é isso: algo fundamental na balança dos pesos e medidas. Mas que resta fadado a um certo fracasso nacional, devido ao contexto global brasileiro; sem a mesma cultura, história e porte econômico, padece de uma posição de violência interna e externamente.

Com relação as suas características teóricas herdadas, que na prática nem sempre são, é instrumento teorizado para o alcance de todos: informal; gratuito; de direito material; processual; cláusula pétrea; inafastável; ação constitucional, autônoma e *sui generis*; remédio sumaríssimo, célere; proteção generalíssima; assegurada em caráter de garantia fundamental; reconhecida histórica e internacionalmente; de carga eficaz que pode ter um raio desde mandamental, a satisfativo, ou apenas declaratório e inclusive, constitutivo ou mesmo condenatório; posta à disposição de quaisquer que ensejem sofrer ameaça, coação, abuso ou constrangimento ilegal, desde que, em sua liberdade de ir, ficar e vir. Esse é o âmago do *Habeas Corpus*.

Não se resumindo o conceito de ilegalidade naquilo que se concebe por ausência de disposição legislativa que permita o agente Estatal intervir, mas numa complexa leitura de constitucionalidade do ato expedido pelos vários órgãos e poderes públicos, desde que concernentes ao objeto ‘liberdade de locomoção’. Igualmente, não abreviando-se aos demais conceitos que gravitam em torno da ideia simples de abuso, coação, constrangimento ou ameaça, senão numa hermenêutica que leve em consideração a proporcionalidade e

razoabilidade da espécie de cerceamento, repressão, coibição, intimidação, apartação, escolta, entre outros em cada caso concreto; também análise essa que perpassa pelo prisma da legitimidade.

Remédio que serve para homens e mulheres, não sendo admitida a pessoas jurídicas (ao menos não no Brasil), tampouco a animais (*idem*); que vale contra agentes públicos ou privados, em áreas muito além das criminais. Em que pese necessite, é bom que o diga, da comprovação *ictu oculi* da suposta ilegalidade, por prova pré-constituída, em Direito líquido e certo.

Fulcrado na ótica individual, mas que sem dúvida perpassa as demais dimensões do Direito: a social e a coletiva difusa ou transindividual; mas que ainda falha nessas últimas instâncias. E por isso mesmo, ação que pode ser interposta em benefício de terceiros, já que o dano pode representar ameaça ao Estado Constitucional, a paz civil e, conseqüentemente, ao Direito Penal, que vem não só para punir, mas para limitar o uso do poder.

Todavia, a depender das circunstâncias do caso concreto, iniciativa que pode sujeitar-se a aceitação do beneficiário alvo. É que arrisca-se, devido as veleidades e desdobramentos do processo penal, a ser-lhe estrategicamente desvantajosa em determinados momentos; quando por uma análise voltada a teoria dos jogos ou mesmo às questões atinentes a prescrição, a decadência, a execução da sentença, entre outras tantas.

E é bom que o destaque, por isso remédio heroico, porque Direito que se perde quando embaraçado junto aos demais. Pode-se expressar num alvará de soltura, no Direito de ser julgado em liberdade, de ser exonerado, de estar prevenido, ou mesmo relativamente liberto, dentre outras inúmeras possibilidades.

E assim, é subdividido no Brasil em duas ou três espécies, com classificações também diversas em suas nomenclaturas e perspectivas, a depender da doutrina escolhida. Sendo a maioria, senão todas, muito interessantes em alguma medida e especificidade, que a título de simplificação, a mais clara seria: o preventivo, o profilático e o liberatório.

Sendo só a justa-causa, legítima e legal, inabalável a esse remédio. E além dessa, mas excepcionalmente, os artifícios usados durante o Sistema Constitucional de Crises, ainda que de maneira temerária ao assumir, para muitos, tal possibilidade; porém capaz de suspendê-lo, enquanto garantia, ou mesmo afastá-lo, pelo tempo que a convulsão durar.

Sistemas de crise que sempre levantaram, em todas as épocas e locais, problemas do ponto de vista da legitimidade e da legalidade. Mas vale a lembrança, igualmente, da miséria que as guerras civis e as situações similares trazem.

Como garantia, mais que Direito: dever dos magistrados, que detém poderes *ex officio* para concedê-los. O que tem, outrossim, deixado espaço aberto a outra forma de abuso de poder

e que a doutrina tem chamado de ‘divórcio decisório’.

Esse sintetiza-se quando o judiciário, inadmitindo-o ou mesmo negando seu cabimento diretamente ao objeto fundamento da ação, o concede de plano e ofício por questões indiretas, mas necessariamente relacionadas. Por vezes omitindo razões em falta de clareza nas sentenças prolatadas.

Outra peculiaridade é que: jamais será mero recurso, por isso, igualmente, é ação de competência sempre originária; em que pese o erro técnico no Código de Processo Penal, bem como do judiciário, que tem assim o assujeitado, contra sua teoria de formação e sentido histórico. O que permite perceber, nesse diapasão, a intrincada cadeia de postulados que definem a superposta hierarquia de competência do *Mandamus*.

Esses postulados são principalmente legais e dividem-se em absolutos e relativos. Todavia, mesmo algumas assunções absolutas são alteradas por posicionamentos decisórios dos Tribunais, conservadas pela mais alta Corte; de forma também inversa, é possível dizer que, jurisdições relativas por vezes são mantidas, ao arrepio dos fundamentos de pedidos preliminares, quais deveriam, em prol da segurança jurídica, da cláusula protetiva contra possíveis julgamentos de exceção e à ampla defesa, em tese, serem providos – pelo próprio espírito do *Habeas Corpus*.

Assim, de maneira sintética, pode-se falar que, contra privados ou agentes públicos cabe provocação judicial em pedido de *Habeas Corpus*, desde que ao menos supridos, teoricamente, seus pressupostos de cabimento e admissibilidade. Contudo, as vezes as práticas judiciais, como dito anteriormente, não os acolhem, sequer os examinam, sob racionalizações e justificações que ao fim e a cabo, resumem-se no que a doutrina chama de ‘defensividade judicial’.

Outro ponto importante, à saber, é que os agentes públicos imputáveis como coatores são vários, mas não se confundem, necessariamente, com os personagens que detém os pacientes, como no caso dos carcereiros ou similares. Há que se falar, ainda, que para além das Cortes brasileiras, existem Tribunais que podem ajudar contra abusos de Estados parte em Tratados e outros documentos de mesmo calibre, pois a verdade é que nem sempre o coator deixa de ser abstrato.

E pelos julgados analisados, mesmo que pequenos em apanhado, comparados ao montante real, é possível reforçar a ideia de que há, sim, uma problemática ‘jurisprudência defensiva’, como a doutrina diz e por vezes o próprio judiciário assume de fato. Por isso mesmo as teses de inadmissibilidade são várias, assim como as de descabimento e por vezes contrárias, patentemente, a teoria histórica e demais fontes solidificadas do *Habeas Corpus*.

Elas oscilam, vem e vão, são afastadas e outrora reaproximadas à prática e conveniência

dos Tribunais; nesse caso, bastante perceptível pelo estudo do Supremo Tribunal Federal. Manejando politicamente, para além da incumbência própria à jurisdição que o Egrégio exerce, como que assumindo uma função extensiva a teoria de tripartição e sua reserva residual, rasgando a Constituição a própria sentinela.

É a contrapartida de entregar-se a justiça a serviço de outros; o Supremo por vezes se afasta do seu dever-função jurisdicional, assumindo postura de poder abusivo e político. Não se nega, todavia, que por vezes o judiciário vai em prol de Direitos Humanos e Garantias Fundamentais, no que se chama corretamente de ‘ativismo judicial’, afastando diplomas legais inconstitucionais; noutras, por diversos fatores, o STF atua politizando o judiciário e judicializando a política.

Outrossim, é possível perceber a chamada ‘loteria judicial’, onde no mesmo Excelso as turmas divergem, diametral e concomitantemente, em determinados assuntos. Pode-se dizer também, de forma mais clara, como outrora apontado, que há um movimento brusco e incoerente de posicionamentos alternantes de precedentes.

Muitas vezes, os Ministros, internamente, em suas próprias turmas, divergem do seu núcleo colegiado; tomam decisões gritantes, negando ou concedendo a ordem de maneira desrespeitosa ao princípio da equidade. O que leva a outra nomenclatura conceitual, já citada alhures: a ‘insegurança jurídica’; como se no sistema *Civil Law*, Romano-Germânico, a desnecessidade dos magistrados atarem-se aos precedentes fosse o mesmo que desconsiderar sua importância.

Igualmente, é possível perceber que desde os séculos a formação dos sistemas Constitucionais contemporâneos ocidentais, alocativamente, adaptaram-se ao *Habeas Corpus* num formato espaço-temporal; assim, pode-se falar que o *Writ* ocupa-se como que de uma função de escoamento dos processos. Ao menos no Brasil, inversamente, portanto, quando se restringe o uso do *mandamus*, sob os auspícios do abalroamento judicial, pode-se dizer que o efeito colhido nem sempre é o desafogamento processual; já que aqueles trâmites maculados patentemente terão a tendência de escalonar às instâncias, retardando a velocidade e levando a mais trabalhos burocráticos, por vezes inúteis e pensos a erros graves judiciais, em toda a cadeia hierárquica, bem como às anexas – o que causará, também, mais gastos e ineficiência a máquina pública.

Em relação as fontes internacionais, vê-se gradual conexão no mundo globalizado das tecnologias informacionais. Vinculada ao *Habeas Corpus*, é possível dizer também, bastante visível a perspectiva geral de dignidade da pessoa humana, já que substância geral desse entendimento jusnaturalístico, antropocêntrico alargado, Tratado nas cúpulas das nações, bem

como Garantia Fundamental em tantas outras Constituições.

E a partir desse baluarte, que densificações levam a princípios específicos, muitas vezes também fixados como regras, permitindo seu uso ou navegação como cruzeiro aos Direitos necessários de se indagar em juízo no caso concreto. Inclusive em situações onde a perspectiva das fontes internas não seja favorável, oferecendo meios alternativos, talvez não prováveis, mas maneiras litigáveis de busca por fissuras, brechas jurídicas positivas ao paciente.

Já no trato sociológico, no plano presente brasileiro, assim como noutras nações, é possível perceber determinados grupos vulneráveis. Mais especificamente aos processos de criminalização, aqui, pode-se falar em pobres, jovens, afrodescendentes, adictos e de sexo masculino, majoritariamente.

Mulheres tem sofrido uma maior perseguição recentemente, é verdade; ainda que distantes de serem o grupo identificado como alvo principal, apesar da ascensão exponencial sobre elas na última década. Isso sem adentrar no mérito dos refugiados, que sem dúvida encontram-se em situação precária atualmente; noutro exemplo, dos deficientes, ou transtornados mentais (não necessariamente adictos).

Novamente, as mulheres, mas agora em adendo, os LGBTs, por sua vez, encaram o problema de prisões, penitenciárias e locais parecidos sem a devida segurança e sanidade a sua condição de gênero e sexualidade. Pode-se dizer, assim, de uma falta diferente de adaptações, também aos outros grupos vulneráveis mencionados e alvos do Direito Penal; das penitenciárias da exclusão social.

Todavia o remédio tem sido frustrado nesse alcance. Talvez por falta de engajamento político social, talvez por abuso de poder político e, portanto, coação abstrata; num misto dessas e outras questões complexas.

O que leva a cogitar uma possível e necessária refundação teórica do instituto a todos esses grupos, conseqüentemente, ensejando força popular em movimento civil organizado e engajamento científico-jurídico. Que poderia levar, com ou sem essa possível e nova teorização do *writ*, embate por outra política criminal, atingindo direta ou indiretamente a substância pretendida: a redução da violência sofrida e a garantia de segurança pública a todos, isonomicamente.

12 CONCLUSÃO

A primeira conclusão que se chega é que os problemas sociais brasileiros, mal resolvidos, seriam ainda mais graves sem o remédio em comento; apesar de não ter a mesma força para todos os cidadãos. De forma paradoxal, todavia, independente de raça, classe, gênero, entre outras características, toma forma de proteção generalíssima, gratuita, informal, além das demais peculiaridades salientadas tanto no âmago desse estudo, quanto sintetizadas nos resultados; e por isso mesmo esse instrumento é indispensável para a soberania popular.

Se o processo penal brasileiro e antes dele, os outros dispositivos do aparelho de repressão, sempre foram autoritários e desleais a seu verdadeiro propósito, a segurança pública, há que se dizer que sem o *Mandamus* o progresso conquistado não seria e os grupos vulneráveis estariam em situação ainda pior. A dignidade da pessoa humana depende desse instituto que infelizmente tem dois pesos e duas medidas no plano prático.

Mas é possível pensar a respeito de uma nova teoria e prática ao instituto, sem dúvidas, onde todos esses grupos vulneráveis tivessem um olhar especial. Todavia, não se pode ensejar isso sem levar em consideração a força abusiva e abstrata que ainda resta na cultura brasileira.

Movimentos da sociedade civil organizada, junto de juristas gabaritados, quem sabe pudessem, não só pelos meios oficiais, mas também através da pressão pela desobediência civil, alcançar, gradativamente êxito. Quem sabe isso pudesse levar, direta ou indiretamente, à substância de interesse: a segurança pública, a redução da violência e da exclusão social; não só pela ideia de refundação do *Writ* em postulados que alargassem a perspectivas sociais, mas pela guinada em políticas criminais minimalistas e antimanicomiais.

Talvez possa se dizer que a terceira conclusão que se extrai da doutrina é que a ideia de justa-causa em nosso processo penal não é tão clara e cristalina; tampouco a de legalidade ou ainda, de legitimidade Constitucional. Além dessas, vale dizer – com receio, é verdade – que há um problema situado na incerteza dos limites do Sistema Constitucional de Crises.

Outro apontamento imprescindível, de conclusão que se segue em sentido idêntico a doutrinária, é aquela concernente ao chamado ‘divórcio decisório’. Ele simboliza, por vezes, dentro do decisório do próprio remédio contra arbitrariedades, o tamanho antagonismo judicial brasileiro; espaço de abuso e exercício de poder.

Sua verdadeira transformação em recurso, contra sua teoria, espírito e história, dentro do próprio Código de Processo Penal e do Poder Judiciário é outro problema patente. O defensivismo judicial, com teses e mais teses verdadeiramente de cerceamento de defesa, exprimem uma incoerência e desrespeito popular com ideias estapafúrdias de

inadmissibilidade e descabimento; desprestigiam a mais alta Corte e também alimentam a descrença nas instituições democráticas.

O manejo político dessas teses, para além das prerrogativas jurisdicionais, afastando-se do dever em exercício, quando não, é péssima estratégia de gestão administrativa do volume processual; isso para não dizer, por um viés menos ingênuo, que é forma extensiva de abuso de poder, como outrora dito e exercício de polícia: não de justiça. A ‘loteria judicial’ é a expressão máxima disso: insegurança jurídica, falta de equidade e julgamento de exceção.

A formação dos sistemas Constitucionais dos quais o Brasil aderiu, adaptaram-se de maneira temporal-alocativa ao *Habeas Corpus*, que ocupa função de escoamento dos processos. Quando os Ministros justificam o abalroamento para teses de defensividade, inversamente alimentam o problema e não o extinguem; o efeito colhido é escalar.

Já em relação ao fenômeno da internacionalização do Direito, pode-se concluir pela abundância crescente das fontes que se desembocam no *Habeas Corpus*. O que se espera, todavia, é a densificação do valor dado a essas nascentes que, ainda sim, são levadas com timidez aos Tribunais e vice-versa, pouco refletidas pela oficiosidade.

Essas foram as singelas considerações finais, que pretendiam ser, senão, apenas ponderações, suscitar debates, diálogos. Foram dentre inúmeras impressões, *insights*, as que pareceram mais salientes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Vânia Sampaio. Modelos de atenção à saúde de usuários de álcool e outras drogas: discursos políticos, saberes e práticas. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 11, p. 2309-2319, nov. 2009. Disponível em:
<<https://pdfs.semanticscholar.org/b530/9aae0a78f4469cf3c327af36ce4d294fe52f.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

AMARAL, Thiago Bottino do. **Habeas corpus nos tribunais superiores**: análise e proposta de reflexão. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em:
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17508/Habeas%20corpus%20nos%20tribunais%20superiores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 set. 18.

ASSIS, Jefferson Alves de; ARAÚJO, Antonio Fábio Medrado de. **Dogmática do habeas corpus na suprema corte brasileira**. São Paulo: Pillares, 2012.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BIRNFELD, Carlos André Hüning. **A arquitetura normativa da ordem constitucional brasileira**. Pelotas: Delfos, 2008.

BITAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código criminal do Imperio do Brazil, de 16 de dezembro de 1830. **Planalto**, Brasília, DF, 16 dez. 1830. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. **Planalto**, Brasília, DF, 24 fev. 1891. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. **Planalto**, Brasília, DF, 16 jul. 1934. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Planalto**, Brasília, DF, 07 dez. 1940.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>.
Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Planalto**, Brasília, DF, 03 out. 1941.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>.
Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Planalto**, Brasília, DF, 18 set. 1946. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 160**. 13 dez. 1963a. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2747>>.
Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 208**. 13 dez. 1963b. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=208.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. 13 dez. 1963c. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>.
Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 282**. 13 dez. 1963d. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496>>.
Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 283**. 13 dez. 1963e. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=283.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 431**. 01 jul. 1964. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2763>>.
Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. **Planalto**, Brasília, DF, 13 dez. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969. **Planalto**, Brasília, DF, 01 fev. 1969a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm>. Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 606**. 17 out. 1984. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2290>>.
Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Planalto**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Planalto**, Brasília, DF, 25 jul. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Planalto**, Brasília, DF, 27 dez. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Planalto**, Brasília, DF, 06 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Último acesso em 5/8/2016.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Planalto**, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

_____. Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998. **Planalto**, Brasília, DF, 05 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9614.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Planalto**, Brasília, DF, 12 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc23.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 690**. 24 set. 2003a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1502>>. Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 691**. 24 set. 2003b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1480>>. Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 699**. 24 set. 2003c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1482>>. Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 718**. 24 set. 2003d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=718.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 719**. 24 set. 2003e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=719.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Lei nº 11.340, 7 de agosto de 2006. **Planalto**, Brasília, DF, 07 ago. 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 31 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 11**. 13 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 14**. 02 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 07 maio 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do poder judiciário**: VIDE: Vetores iniciais e dados estatísticos. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes/outros-artigos-e-publicacoes/censo-do-poder-judiciario-2014/at_download/file>. Acesso em: 17 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**: consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília, DF: STF, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: atualização: junho de 2016. Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**: 2018. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRITISH LIBRARY. **English translation of Magna Carta**. 28 July 2014. Disponível em: <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>>. Acesso em: 17 ago. 2018.

CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas corpus**: admissibilidade nas transgressões disciplinares. Curitiba: Juruá, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. et al. (Coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Habeas corpus*: liberatório, preventivo, profilático. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Habeas corpus no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Aide, 1990.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto; PARANHOS, Ranulfo; ROCHA, Enivaldo C. da. *Habeas Corpus*: como julga o Supremo Tribunal Federal? **Revista de Estudos de Política**, Campina Grande, v. 1, n. 1, p. 130-150, 2012. Disponível em: <<http://revistas.ufcg.edu.br/ch/index.php/REP/article/view/23/17>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

GERRITISZON, Gerrit. *Chiliades adagiorvm*. Coloniae: Ex Officina Ioannis Gyminici, 1540.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. **Princípios constitucionais penais à luz da constituição e de tratados internacionais**. [S.l.]: LivroeNet, 2015.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Elements of the philosophy of right**. [8. ed.]. Cambridge: Cambridge Press, [2003?]. Disponível em: <http://www.inp.uw.edu.pl/mdsie/Political_Thought/Hegel%20Phil%20of%20Right.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Ordem e progresso**: a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

KRAMER, Larry. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University press, 2004.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação: aprender a pensar o direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** São Paulo: CL EDIJUR, 2012.

LEVANTAMENTO nacional de informações penitenciárias: INFOPEN mulheres: junho de 2014. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Michelle Moreira. Importância da cadeia de custódia para prova pericial. **Revista de Criminalística e Medicina Legal**, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 8-12, 2017. Disponível em: <<http://revistacml.com.br/wp-content/uploads/2018/04/RCML-2-01.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

MADRID, Fernanda de Matos Lima; PRADO, Florestan Rodrigo do. A função ativa do cárcere no sistema penal brasileiro. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 107-122, dez. 2014. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/art_funcao_ativa_carcere.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

McDOWALL, David. **An illustred history of Britain**. United Kingdom: Longman, 2004.

MENEZES, Isabela Aparecida de; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr., 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas-corpus**: direito constitucional e processual comparado. 7. ed. corr. e melh. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 2 v.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 07 maio 2018.

OVÍDIO, Públio Naso. **Amorum**. México: UNAM, 2018. Disponível em: <<http://www.humanidades.unam.mx/bibliotheca/amores-de-ovidio.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

RODRIGUES, Raymundo Nina. **Os africanos no Brasil**. São Paulo: Madras, 2008.

RODRIGUES, Viviane Isabela. et al. Gênero e privação de liberdade: as condições de vida das mulheres na prisão. **Revista de Iniciação Científica da ULBRA**, Canoas, n. 10, p. 83-89, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/ic/article/view/284/242>>. Acesso em: 23 set. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. **El habeas corpus**: garantía de la libertad. 2. ed. Editorial Perrot: Argentina, 1956.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O poder constituinte: a natureza e titularidade do poder constituinte originário**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SHAKESPEARE, William. **Sonnets**. [S.l.]: DjVu Editions E-books, 2001. Disponível em: <<http://triggs.djvu.org/djvu-editions.com/SHAKESPEARE/SONNETS/Download.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2018.

SIDOU, J. M. Othon. **Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos, segundo a nova constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SINHORETTO, Jacqueline; MORAIS, Danilo de Souza. Violencia e racismo: novas faces de uma afinidade reiterada. **Revista de Estudios Sociales**, Bogotá, n. 64, p. 15-26, abr./jun. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.7440/res64.2018.02>>. Acesso em: 15 set. 2018.

TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ**. São Paulo: Revista dos Tribunais; [S.l.]: Thomson Reuters, 2017.

TUSHNET, Mark Victor. Popular constitutionalism as political law. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, v. 81, p. 991-1006, 2006. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/233>>. Acesso em: 21 set. 2018.

VALENÇA, Mariana Soares. et al. Tuberculose em presídios brasileiros: uma revisão integrativa da literatura. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2147-2160, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2147.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig Joseph Johann. **Notebooks 1914-1916**. New York: Harper & Brothers Publishers, 1961. Disponível em: <<https://ia800207.us.archive.org/11/items/notebooks191419100witt/notebooks191419100witt.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio. et al. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.