

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

DANI RUDNICKI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Érika Mendes de Carvalho; Matheus Felipe de Castro; Dani Rudnicki. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-717-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

Entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, o CONPEDI-Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, realizou o seu XXVII Congresso Nacional na cidade de Porto Alegre, nas luxuosas instalações da UNISINOS/POA. A quantidade de artigos de excelência submetidos ao grande Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição" levou à necessidade de seu desmembramento em três subgrupos de mesmo nome, medida salutar para garantir a apresentação desse universo de pesquisas realizadas nas mais diversas universidades brasileiras. No Subgrupo Direito Penal, Processo Penal e Constituição III, tivemos uma amostra significativa da diversificação da pesquisa brasileira em nosso campo, com artigos que abordaram desde a necessidade de novas (e responsáveis) hipóteses de criminalização, até os impactos que o vetusto sistema inquisitorial ainda continua a provocar na processualística penal brasileira; as grandes modificações que as novas modalidades de colaborações premiadas vem efetivando no Sistema Penal; a política criminal de drogas; a situação da mulher frente ao grande encarceramento; a vitimologia; a situação das crianças e adolescentes frente ao sistema processual penal e a produção de provas; os impactos da diversificação de percepções sobre identidade de gênero na teoria penal; a arte, o cinema, a psicologia e muitos outros assuntos que enriquecem sobremaneira o conhecimento sobre os crimes e as penas e que tornaram o encontro verdadeiramente instigante, revelando uma excelente amostra do significativo amadurecimento das pesquisas realizadas nos programas de pós-graduação que, primando por um lado pela tradição do rigor técnico, estão incorporando cada vez mais conhecimentos transdisciplinares, vindos da Criminologia Crítica, da Filosofia, da Sociologia, da História, considerando mais de perto e seriamente os problemas brasileiros e a necessidade de uma teoria penal a eles conectados. Enfim, desejamos a todas e a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profª. Dra. Érika Mendes de Carvalho – UEM

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UNIRITTER

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O TRATO CONSTITUCIONAL ÀS LIBERDADES E OS LIMITES PARA
CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

**THE CONSTITUTIONAL TREATMENT OF FREEDOMS AND THE LIMITS FOR
THE GRANTING OF THE HABEAS CORPUS IN THE JURISPRUDENCE OF THE
SUPREME FEDERAL COURT**

**Igor Jordão Lima Araújo
Thiago Allisson Cardoso De Jesus**

Resumo

O trato constitucional às liberdades e os limites para concessão do habeas corpus na jurisprudência do STF. Analisa-se, a partir de decisões, os parâmetros utilizados para conceder ou denegar o writ. A pesquisa é exploratória, abordagem qualitativa, com a utilização de procedimentos de pesquisa bibliográfica, documental e análise de discurso. Partindo disso, feito plano de investigação, constatou que o Supremo possui entendimento sedimentado sobre concessão de HC; contudo há hipóteses que sofrem mudanças no sentido e parâmetro. Concluiu-se pela atuação oscilante e descompassada da prática judiciária do STF, gerando instabilidade para o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Habeas corpus, Limites, Concessão, Instabilidade, Stf

Abstract/Resumen/Résumé

The constitutional treatment of freedoms and the limits for granting habeas corpus in the jurisprudence of the STF. It is analyzed, from the decisions, the parameters used to grant or deny the writ. The research is exploratory, qualitative approach, with use of procedures of bibliographic research, documentary and discourse analysis. Based on this, made research plan, found that the Supreme has a settled understanding about HC grant; however there are hypotheses that undergo changes in the sense and parameter. It was concluded by the oscillating and unbalanced performance of the STF judicial practice, generating instability for the Brazilian Democratic State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Habeas corpus, Limits, Concession, Instability, Stf

INTRODUÇÃO

A relevância do tema ora a ser investigado apresenta-se tanto na magnitude do *Habeas Corpus*, em relação à sua natureza jurídica de ação autônoma constitucional apta a proteger a liberdade de locomoção, quanto no seu vultuoso volume de impetrações que movimentam todas as instâncias do Poder Judiciário do Brasil, demarcando a nítida incidência desse mecanismo que corporifica o trato político-criminal das liberdades nesse Estado Democrático de Direito, de 30 anos de uma Constituição dita como garantista.

Em vista disso, objetiva-se por meio do presente artigo analisar a jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal em relação as concessões (possibilidades) e não concessões (limites) de *Habeas Corpus*, analisando as fundamentações das decisões, observando como são aplicados, interpretados, utilizados alguns princípios constitucionais, penais e processuais penais, e as normas constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico do Brasil.

Nesse prisma, para se conseguir o que está proposto, serão colacionados alguns julgados, que servirão de parâmetro para análise, a fim de observarmos os reais limites e possibilidades para concessão de HC nas decisões proferidas pelo STF no contexto pós-1988.

A metodologia a ser utilizada, pressupõe o caráter exploratório dessa pesquisa realizada, bem como fará uso das recomendações da sociologia reflexiva para que se permita o diálogo entre diversos marcos teóricos e metodológicos, por meio de técnicas de pesquisa bibliográfica, documental, análise do conteúdo lastreados e dos discursos das diversas práticas judiciárias aqui eleitas como parte do objeto da investigação.

O plano de investigação do presente artigo subdivide-se em três seções. A primeira, por meio de uma historiografia, apresentará um panorama histórico do instituto do HC, a partir da análise das primeiras manifestações históricas, desde momentos onde somente traços de sua essência são notados, passando por sua evolução, até os contornos teórico-conceituais observados na atualidade. Marcha avante, na segunda seção, distante da doutrina e regulamentação do HC em outros países, será feita uma análise da conceituação e da amplitude do seu objeto de proteção na doutrina brasileira, assim como uma análise da legislação pátria atinente à sua natureza jurídica e hipóteses de cabimentos.

Por último, após percorrer o caminho proposto, passar-se-á análise de julgados realizados pelo STF, com o já declarado objetivo de observar até em que ponto chega a Suprema Corte, dada a oportunidade de denegar ou conceder um HC, se a atuação manifesta ruptura ou não com a jurisprudência já consolidada, se realiza viradas jurisprudenciais com habitualidade,

se amplia direitos e garantias fundamentais, se os restringe, se ignora ou não princípios concebidos sob uma ótica garantista, se julga de forma diferente HC análogos, divergentes apenas quanto ao paciente, se contraria ou não normas em plena vigência no ordenamento jurídico brasileiro. Enfim, indaga-se a partir do problema de pesquisa: quais são os limites da concessão de HC na jurisprudência do STF?

Dada a pertinência da presente investigação e ante a hipótese gerada acerca da instabilidade da prática judiciária no trato – por vezes impreciso - das liberdades, afigura-se o presente texto como um contributo à literatura especializada nesses tempos de desassossego, no livre intento de fomentar o debate e trazer à baila questões pontuais da atuação do Poder Judiciário na efetivação (e proteção) desse direito fundamental tão relevante para o sistema constitucional e Estado contemporâneo.

2 REGIME JURÍDICO DE LIBERDADES E O *HABEAS CORPUS*: aspectos históricos e doutrinários

O atualmente chamado *habeas corpus*, sendo instrumento hábil a tutelar o direito à liberdade de locomoção, não é fenômeno jurídico possuidor de recentes raízes históricas. O atrito entre os fatos, valores e normas que o conceberam remonta a séculos passados. A presente seção analisa, por meio de historiografia, o instituto bem como revela o trato doutrinário relevante à questão.

2.1. A historicidade do instituto do *habeas corpus*

Ao traçar as linhas históricas do HC, pode-se encontrar aqueles que lhe atribuem uma origem romana, logicamente não denominado com tal, tão pouco nos mesmos limites que o encontramos agora, mas através de institutos e valores que exprimem seus fundamentos epistemológicos.

A esse respeito Ishida afirma que “a origem mais longínqua coincide com o interdito de *homine libero exhibendo*, de origem romana, consistente em um mandado do magistrado que objetivaria dar liberdade à pessoa sob poder de outra que a detivesse de má-fé (ISHIDA, 2015, p. 2).

À época a qual nos reportamos era possível uma pessoa deter poder legítimo sobre outra, no entanto, quando este poder provinha da má-fé, existia um instituto aplicável à situação com vistas a tutelar a liberdade. O interdito de *homine libero exhibendo*, no dizer de Ishida:

Tratava-se de uma proteção da liberdade dos homens livres ou libertos, consistente no poder de movimentar-se. Assim, tal interdito vedava o acorrentamento ou a prisão, bem como preservava o direito de transitar em uma via pública. Também protegia a

peessoa quando detida dentro de sua residência ou impedida de entrar nesta (ISHIDA, 2015, p. 2).

Como se vê o interdito de *homine libero exhibendo* é uma das primeiras manifestações de institutos que visavam a tutela da liberdade de locomoção, podendo assim ser posicionado dentre as manifestações jurídicas anteriores ao HC, assim como o conhecemos hoje, que com o passar do tempo culminaram nele. Referindo-se quanto a outras possíveis origens históricas do *habeas corpus* Ishida afirma que “[...] a origem do *habeas corpus*, [...] estaria vinculada aos Fueros de Aragão (Foros de Aragão) ou ainda aos Fueros de Viscaya (Foros de Viscaya), de 1527, estes limitando a prisão à ordem do juiz ou ao caso de flagrante delito” (ISHIDA, 2015, p. 3).

Não obstante se achem os defensores do dito acima, essas são as possíveis primeiras manifestação do HC. A história de consenso, ante aquilo que se repete na literatura especializada, aponta-se para um mesmo momento histórico, com data certa e bem conhecida como sendo o de sua origem mais precisa, 19 de junho de 1215, quando da imposição da *Magna Charta* pelos nobres ao Rei da Inglaterra João Sem Terra. Sobre essa *Charta*, e sua importância para o direito de ir, vir e permanecer, dispõe Mossin:

Sem dúvida, a Carta de 1215 foi um grande marco para o homem e, via de consequência, para todo o corpo societário, já que, por meio dela, o respeito à liberdade física do indivíduo tornou-se uma realidade, deixando de ser esse sonho que sempre criptou a alma humana (MOSSIN, 2013, p. 5).

Nucci ao se referir a este momento de crucial importância ao tema ora tratado expõe o cenário histórico no qual apareceu a *Magna Charta*:

O absolutismo dos reis, na Idade Média, é historicamente reconhecido como um dos males mais visíveis à liberdade individual em todos os seus aspectos. A cobrança abusiva de impostos, muitos dos quais possuíam nítido caráter confiscatório, associada ao poder de prender qualquer pessoa, desprovida do devido processo legal, evidenciava esse totalitarismo (NUCCI, 2014, p. 15).

Mesmo que a aristocracia inglesa tenha obtido êxito com a *Magna Charta*, por vezes o direito à liberdade de locomoção era suplantado por ardis das autoridades, fazendo então nascer a necessidade de uma normatização que concedesse robustez ao direito de liberdade física, vindo assim a surgir, mais de quatro séculos depois, em 1679 o *habeas corpus act*.

Conquanto o *habeas corpus act* fosse um exímio instrumento de garantia das liberdades de locomoção face às arbitrariedades das autoridades, esse se mostrava ainda insuficiente, visto que somente se dirigia a pessoas escusadas de sua liberdade em função de lhe terem imputado a prática de um crime, não podendo assim manejar o HC as pessoas “detidas por outras acusações ou meros pretextos” (MOSSIN, 2013, p. 10). Por este motivo, acima citado, ocorreu a edição do *habeas corpus act* de 1816, que veio suprir as lacunas deixadas pelo *habeas corpus act* de 1679.

2.2. A genealogia do Habeas Corpus no Brasil

Assim como historicamente revelado o HC para a Ciência do Direito, foi a atual ação constitucional consagrada no Brasil. Mossin (2013, p. 19) declara que em momento algum da legislação própria do reino brasileiro tratou-se do instituto referido. Observou-se nuances da tutela dos direitos que acabariam por culminar na implementação do *remédio heroico* na legislação brasileira no decreto de 23 de maio de 1821, sobre o qual escreveu Ishida:

O instituto do *habeas corpus* chegou ao Brasil com D. João VI, no decreto de 23 de maio de 1821. Realizando uma leitura nesse decreto, percebe-se que se tratava de um documento destinado a limitar as arbitrariedades cometidas por juízes criminais e magistrados, não havendo ainda nessa época expressa menção ao *habeas corpus* (ISHIDA, 2015, p. 10).

Ademais, ainda que sem falar expressamente em HC, a Constituição do Império de 1824 foi outorgada. Fortemente influenciada pelo direito europeu, trouxe em seu art. 179, VIII, que nos dizeres de Ishida, exigia “a prisão somente com a existência de culpa formada, ou seja, com o conhecimento da imputação pelo acusado” (ISHIDA, 2015, p. 10). Segundo Nucci (2014, p. 18) apenas em meados de 1832, o HC apareceu expressamente no ordenamento brasileiro; embora o direito à liberdade de locomoção, sensivelmente fosse declarado desde a Constituição de 1824, a ação constitucional apareceu primeiro no Código de Processo Criminal Brasileiro, podendo ser impetrado também por estrangeiros e ganhou o caráter preventivo nos moldes da Lei nº 2.033 de 1871. Alinha-se a este posicionamento Mossin expondo o seguinte:

Somente com o advento do Código do Processo Criminal de 1832 – Lei de 29 de novembro de 1832 – é que instrumentalmente veio regulado o *habeas corpus*, na forma de seu art. 340, *in integrum*: “Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor”. Eis, aqui, portanto, o surgimento do writ no direito brasileiro (MOSSIN, 2013, p. 24).

Constata-se pela leitura do art. 340 do Código de Processo Criminal de 1832 que a visão quanto a importância e amplitude do HC naquela época já era de grande envergadura, pois possível de ser manejado por qualquer indivíduo para tutelar a liberdade própria ou de outra pessoa.

Quanto à inclusão da expressão *habeas corpus* na Constituição Brasileira se deu primeiramente:

[...] na Constituição Brasileira Republicana de 1891 (art. 72, parágrafo 22), verbis: Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. A partir daí, sempre acabou sendo citado nas constituições subsequentes (ISHIDA, 2015, p. 12).

O momento histórico da inserção do HC no corpo constitucional é de inexorável relevância, tendo em vista que passou a ter nível hierárquico superior, com maior vulto e prevalência no ordenamento jurídico brasileiro deste instituto jurídico que ofereceria guarida à

liberdade de locomoção, direito inerente e indispensável à dignidade da pessoa humana, garantido e respeitado nas democracias e sociedades civilizadas, enobrecendo assim o sistema de proteção brasileiro e por conseguinte seu povo.

Chegando à Constituição da República Federativa do Brasil promulgada no ano de 1988, e vigente até hoje, o instituto jurídico encontra assento entre os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º, consagrando cláusula pétrea.

2.3 Análises doutrinárias do *Habeas corpus* na contemporaneidade

A CRFB/88 inseriu o *habeas corpus* no rol dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no art. 5º, inciso LXVIII, que preceitua: “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” (BRASIL, 1988, s.p).

É de calma constatação que o HC, nos moldes do que preceitua a Constituição, é um instrumento de caráter constitucional-processual-penal, que se destina a tutelar a liberdade de locomoção, mais precisamente o direito de ir, vir e permanecer.

Com efeito, o texto constitucional não possui expressões vazias. Todas elas carregam consigo valioso significado que enseja a interpretação precisa do que determina a norma. Destacam-se as palavras violência, coação, ilegalidade e abuso de poder. A propósito,

a palavra violência exprime a *vis corporalis*, a violência física ou material, implicando agressão física, atentado material ou emprego da força indispensável para que a pessoa não tenha liberdade corpórea ou seja constrangida fisicamente. Por seu turno, a coação implica violência moral, *vis compulsiva*, que pode ser decorrente da ameaça, do medo ou da intimação. Em se cuidando da tutela constitucional da liberdade corpórea, tem-se de atribuir à violência ou à coação um sentido e uma 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 forma física (material) ou moral (psicológica), o legislador constitucional, para dar melhor ênfase ao Texto Magno, usou expressamente os termos violência ou coação, procurando não permitir que se lhe dê inteligência restritiva (MOSSIN, 2013, p. 55).

Até mesmo pela natureza do HC o seu texto na CRFB/88 é claro, de fácil compreensão e não dá margem a divergências quanto a seus limites e possibilidades, o que dá a ele segurança jurídica e estabilidade para aqueles que dele precisam lançar mão. Além da violência ou coação, trazidas pela Constituição, incidindo sobre a liberdade de locomoção, também é necessário, para a efetivação da possibilidade de impetração do HC que essa violência ou coação seja perpetrada, calcada na ilegalidade ou abuso de poder. Assim, “a ilegalidade a que se refere o legislador constitucional consiste na falta de observância dos preceitos legais

exigidos para a validade do ato ou de um ou alguns deles exigidos como necessários” (MOSSIN, 2013, p. 56).

Ademais, quanto ao abuso de poder, não obstante esteja inserido dentro do contexto da ilegalidade, o legislador constitucional de 1988 lhe deu ênfase, a fim de que amparadas fossem da melhor forma possível as possibilidades de impetração de HC, tendo em vista que o abuso de poder vem no sentido de execução ilegítima do poder. O HC não está previsto apenas na Constituição Federal, mas também no Código de Processo Penal, no Capítulo X do Título II do Livro III, e embora ele esteja previsto na legislação processual penal, é na realidade uma ação autônoma de impugnação, como nos ensina a Constituição. A respeito de sua natureza jurídica, Nucci afirma:

Não se trata de recurso, como faz crer a sua inserção na lei processual penal, no âmbito dos recursos, mas de autêntica ação autônoma, dando vida a uma relevante garantia humana fundamental. Dentre as principais razões que se podem enumerar para o seu caráter de ação – e não de recurso –, encontra-se a inexistência de prazo para o seu ajuizamento. Pode ser proposta contra decisão com trânsito em julgado. Além disso, pode ser impetrada contra ato de autoridade coatora (delegado de polícia, por exemplo) distinto de decisão judicial – contra a qual poderia caber algum recurso (NUCCI, 2014, p. 21).

Em suma, dada a ocorrência de hipótese de ilegalidade por arbitrariedade e/ou violência perpetrada por particular que prive alguém de sua liberdade de locomoção, esse ato é plenamente reprovável na esfera criminal, pelo que, ocorrendo a ineficiência, falha ou até mesmo a inexistência na prestação dos serviços policiais com o escopo de reestabelecer a liberdade física, o HC venha em auxílio da vítima, tendo essa o direito de ver sua situação resolvida seja pela atuação policial ou pela ordem judicial.

3 A PRODUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* NO CONTEXTO PÓS-1988

Com o fim de lançar um parâmetro de atuação para Poder Judiciário, a CRFB/88, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, determina que: “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” (BRASIL, 1988, p. s.p).

Sendo assim, o intento constitucional para a tutela da liberdade de locomoção determina que o *alguém* alvo dos efeitos do HC possui direito à concessão sempre que estiver vivenciando uma situação que poderá culminar na turbação da sua liberdade de locomoção, ou quando estiver vivenciando uma situação pela qual sua liberdade de locomoção já foi turbada, em ambos os casos, por ilegalidade ou abuso de poder.

Importante se faz ressaltar que a previsão constitucional do remédio heroico, no Brasil, se dá no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, capítulo I – Dos direitos e

deveres individuais e coletivos. Essa organização, de plano, nos mostra o patamar da importância dada à liberdade de locomoção, no ordenamento jurídico brasileiro, sendo ela posta como um direito fundamental¹, que conforme a própria Constituição, em seu artigo 5º, inciso LXI, determina que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988, s.p), parâmetro para valorar como (i)legal a conduta do cerceamento.

3.1 Do não cabimento do *habeas corpus* para discutir questão alheia à liberdade de locomoção

A primeira hipótese abordada em relação ao HC na jurisprudência do STF, na realidade, não se trata de possibilidade de cabimento, mas, justamente o inverso. Em julgados sobre o assunto, de ministros que já passaram pela Suprema Corte e por aqueles que ainda exercem seu ministério, entendimento desenvolveu-se no sentido de que, como decidiu o então ministro Carlos Veloso no *Habeas Corpus* nº 82.880² de sua relatoria:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*: CABIMENTO. C.F., art. 5º, LXVIII. I. - O *habeas corpus* visa a proteger a liberdade de locomoção - liberdade de ir, vir e ficar - por ilegalidade ou abuso de poder, não podendo ser utilizado para proteção de direitos outros. C.F., art. 5º, LXVIII. II. - H.C. indeferido, liminarmente. Agravo não provido (BRASIL, 2003, p. 1).

Reforçando o entendimento quanto ao tema, o Ministro Dias Toffoli decidiu no julgamento do Recurso Ordinário em HC nº 120.571³, de sua relatoria: “[...] a Corte, igualmente, não admite o *habeas corpus* quando se pretende discutir questões alheias à privação da liberdade de locomoção. Precedentes” (BRASIL, 2014, p. 1).

Dando continuidade ao entendimento da inidoneidade do HC para tutelar direito que não o da liberdade de locomoção, o Ministro Dias Toffoli decide no julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.685⁴, de sua relatoria:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ATO IMPUGNADO. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA A COMPANHEIRA VISITAR O PACIENTE (ART. 41, X, DA LEI Nº 7.210/84). MEIO INIDÔNEO PARA QUESTIONAR SUA LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE EFETIVA RESTRIÇÃO AO STATUS LIBERTATIS DO PACIENTE. WRIT DO QUAL NÃO SE CONHECE. 1. O *habeas*

1 “Os direitos fundamentais correspondem aos valores mais importantes para a realização do ser humano, que se traduzem nas principais normas jurídicas da comunidade. Assim, se o direito positivo, num ambiente democrático, reflete as expectativas jurídicas da comunidade, um conceito adequado de direitos fundamentais deve basear-se no direito vigente” (ROTHENBURG, 2014, p. 50).

2 (HC 82880 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2003, DJ 16-05-2003 PP-00092 EMENT VOL-02110-02 PP-00369).

3 (RHC 120571, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 28-03-2014 PUBLIC 31-03-2014).

4 (HC 127685, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 20-08-2015 PUBLIC 21-08-2015).

corpus não constitui meio idôneo para se discutir a legalidade da proibição de a companheira visitar o paciente preso, por inexistência de efetiva restrição ao seu status libertatis. [...] “ (...) *habeas corpus* que tenha por escopo assegurar o direito do condenado de receber visita da companheira no estabelecimento em que cumpre pena (art. 41, X, da Lei nº 7.210/84), hipótese em que esta Corte já assentou a “inadequação absoluta do meio processual utilizado” (HC nº 115.542/DF-MC, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 25/4/13). [...] (BRASIL, 2017, p. 1).

Concluindo os apontamentos sobre os limites de não concessão do remédio heroico nas palavras do Ministro Luiz Fux, no julgamento do *Habeas corpus* nº 108.268⁵, de sua relatoria: “[...] a inadmissibilidade do writ justifica-se toda vez que a sua utilização revela banalização da garantia constitucional ou substituição do recuso cabível, com inegável supressão de instância” (BRASIL, 2011, p. 1).

Marcha avante na proposta ora apresentada, observados estão alguns limites na concessão de HC na jurisprudência do STF, esta corte definitiva e pacificamente, vem decidindo pela não possibilidade da concessão do *mandamus* em hipóteses pelas quais a liberdade de locomoção não esteja ao menos na iminência de ser violada.

3.2 O *habeas corpus* e a inconstitucionalidade do art. 44⁶ da Lei de Drogas (11.343/2006)

O vínculo que pode haver entre o *habeas corpus* e a lei de drogas – 11.343/2006, se dá em relação ao seu artigo nº 44 que institui uma claríssima proibição à liberdade provisória em eventuais casos de cometimento do crime de tráfico de drogas nos liames do caput do art. 33 da mesma lei.

Nos anos iniciais da produção de efeitos da Lei de Drogas, o artigo 44 desta lei foi suficiente para fundamentar legalmente o indeferimento dos pleitos pela concessão da liberdade provisória a suspeitos de cometer o crime de tráfico. Todavia, com o passar do tempo, esse indeferimento passou a ser questionado, e nesse momento o STF entra nesse cenário, pois em sede de controle difuso de constitucionalidade, precisamente no *habeas corpus* nº 104.339⁷ de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na data de 10 de maio de 2012, julgou inconstitucional o referido artigo da Lei de Drogas, cujo julgado expõem-se:

HABEAS CORPUS. 2. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE POR INFRAÇÃO AO ART. 33, CAPUT, C/C 40, III, DA LEI 11.343/2006. 3. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA (LEI N. 11.343/2006, ART. 44). 4. CONSTRIÇÃO CAUTELAR MANTIDA SOMENTE COM BASE NA PROIBIÇÃO LEGAL. 5. NECESSIDADE DE ANÁLISE DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 6. ORDEM CONCEDIDA,

5 (HC 108268, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 04-10-2011 PUBLIC 05-10-2011).

6 Lei nº 11.343/2006, Art. 44: “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos” (BRASIL, 2006, p. s.p).

7 (HC 104139, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-172 DIVULG 06-09-2011 PUBLIC 08-09-2011 EMENT VOL-02582-02 PP-00274).

PARCIALMENTE, NOS TERMOS DA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA. [...] acordam os ministros do STF [...] declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” do caput do art. 44 da Lei 11.343/2006; conceder, parcialmente, a ordem; e, ainda, autorizar os senhores ministros a decidir, monocraticamente, *habeas corpus* quando o único fundamento da impetração for o art. 44 da mencionada lei, nos termos do voto do Relator. [...] (BRASIL, 2011, p. 1).

Esse HC concluiu pela possibilidade da concessão de liberdade provisória ao paciente acusado pelo crime de tráfico de entorpecentes, ao contrário do que claramente determina o artigo nº 44 da Lei de Drogas, desde que estejam presentes os requisitos do artigo nº 312⁸ do Código de Processo Penal.

Este entendimento tem prevalecido homenageando o princípio presunção da inocência⁹ ou, nos dizeres de Nereu José Giacomolli, do estado de inocência¹⁰, atuante na ambiência processual penal, assentado em matriz constitucional, difundido no constitucionalismo pelo mundo, próprio de sociedades livres, consistente em tratar como inocente o indivíduo a quem está sendo imputada a prática de um crime, assegurando-lhe a restrição de sua liberdade apenas quando comprovada legalmente sua culpa.

3.3 O *Habeas corpus* e a prisão civil

Em regra, na ambiência da esfera cível, não há que se perceber oportunidade para atuação do HC, vez que impetrá-lo com o fim de tutelar direito que não o da liberdade de locomoção, não é a forma correta de utilizá-lo, inclusive havendo julgados da Suprema Corte

8 CPP, art. 312: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (BRASIL, 1941, p. s.p).

9 “[...] a garantia constitucional em apreço se caracteriza por ser um instrumento limitador do poder punitivo do Estado (*ius puniendi in concreto*), eis que, a rigor, o condenado somente deve cumprir a *sanctio poenalis* a ele imposta quando não mais couber o emprego de meio impugnativo, ou seja, quando houver a preclusão das vias recursais. Trata-se de autêntico *favor libertatis*, uma vez que, não havendo a plena e irremovível certeza da culpabilidade do autor da infração típica, não há como considerá-lo culpado. É um direito subjetivo do indiciado ou acusado” (MOSSIN, 2014, p. 101).

10 “[...] estado de inocência, na perspectiva de essência do ser, com características indubitáveis, diferentemente da presunção, a qual não passa de uma hipótese, permanecendo até a sentença final tanto na dimensão de culpado quanto de inocente. O conteúdo endoprocessual do estado de inocência destina-se aos agentes oficiais, mormente ao magistrado e ao órgão acusador, mas direcionado ao imputado. Este não pode ser tratado como se já fosse ou nascesse culpado e nem como um objeto do processo, mas como um ser humano e sujeito processual, tanto no plano interno quanto internacional. Nesse aspecto, o estado de inocência incorpora uma importante regra de tratamento a todos os suspeitos e acusados. Partindo-se da inocência e não da culpabilidade do réu, incumbe à acusação o encargo de afastar o estado de inocência e não à defesa demonstrá-lo, em todas as dimensões processuais: autoria, existência do delito, suficiência de provas (bastantes, de bastar) a dar suporte a um juízo condenatório, bem como as exigências de determinadas espécies de pena e sua dimensão. Contudo, isso não retira a chance de a defesa provar no processo [...], no intuito de preservar o estado de inocência” (GIACOMOLLI, 2016, p. 114).

brasileira não conhecendo do HC por não estar evidenciada a possibilidade de prisão, como por exemplo no *habeas corpus* nº 127.725¹¹, de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INEXISTÊNCIA DE ORDEM ATUAL DE PRISÃO. PERDA DO OBJETO DA IMPETRAÇÃO. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO, POR AUSÊNCIA DE ADVOGADO. DESCABIMENTO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO À REVELIA NA AÇÃO DE ALIMENTOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI Nº 5.478/68. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não subsistindo ameaça de prisão civil em execução de alimentos, há que se reconhecer a perda de objeto do *habeas corpus*. [...] 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento (BRASIL, 2015, p. 1).

Todavia, prestando-se esse para tutelar a liberdade de ir, vir e ficar, e não com o escopo de dirimir litígios de natureza cível, encontra cabimento na única hipótese de prisão cível prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Assim,

Em linhas gerais, qualquer que seja o ato que limite o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, se contrário ao direito, na área penal ou na extrapenal, o *habeas corpus* sempre será o instrumento constitucional adequado para não permitir que a coação ilegal seja levada a efeito, ou para fazê-la cessar, caso já tenha sido concretizada (MOSSIN, 2013, p. 166).

Ademais, não é apenas na esfera penal que pode ser encontrada a possibilidade de restrição à liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder, nem mesmo a CRFB/88 ao tratar do HC limita seu campo de atuação a área penal.

Quando se fala da única possibilidade de prisão cível no ordenamento brasileiro, fala-se da hipótese prevista no artigo 5º, inciso LXVII¹², da CRFB/88, ou seja, a prisão do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Vale ressaltar que embora este texto constitucional também preveja a hipótese de prisão do depositário infiel, este não mais é possível pelo que determina a súmula vinculante nº 25, oriundo do controle de convencionalidade.

Analisando de forma mais apurada a prisão civil do devedor de alimentos, seus pressupostos são o *inadimplemento voluntário* e *inescusável*. Preliminarmente, diante de um caso onde o inadimplemento é involuntário e escusável restaria configurado o afastamento da possibilidade de cabimento do *habeas corpus*. Certamente pela própria natureza do remédio heroico, necessitando para sua impetração de provas pré-constituídas, na seara cível do inadimplemento de alimentos, o HC não se prestará a analisar o mérito da causa, contudo, pode perfeitamente incidir sobre a legalidade do ato de decretação da prisão nos estritos termos do

11 (RHC 127725 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 26-08-2015 PUBLIC 27-08-2015).

12 CRFB/88, Art. 5º, LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel [...]” (BRASIL, 1988, p. s.p).

que determina a lei. O artigo 528, §3º¹³, CPC/2015, determina que o magistrado no cumprimento da sentença ou da decisão interlocutória que condene o réu ao pagamento de alimentos deve abrir prazo de 3 (três) dias para o pagamento. Caso o executado não o faça, uma das medidas que o juiz pode adotar é decretar a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Ante a hipótese abarcada pelo texto legal apontado acima, caso ocorra uma decretação de prisão civil do devedor de alimentos que extrapole o prazo legal, estar-se-ia não no confronto do mérito da causa, mas, diante de uma ilegalidade que recairá sobre a liberdade de locomoção do devedor de alimentos, sendo, neste caso, cabível o HC para tutelar o direito de ir, vir e ficar daquele que poderá ser preso, assim como também é possível a impetração do remédio heroico com o nítido escopo de pôr em liberdade o devedor de alimentos que já está preso a mais de 90 (noventa) dias.

3.4 O Habeas corpus e a Comissão Parlamentar de Inquérito

A CPI encontra sua regulamentação legal no artigo nº 58, §3º¹⁴, da CRFB/88 e na lei nº 1.579 de 1.952. É instrumento à disposição do Congresso Nacional, que pode ser manejado pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal ou em conjunto por estes, quando será denominada Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), tendo poder de investigação próprio de autoridades judiciais, mediante requerimento de um terço dos membros da casa que está requerendo a abertura de inquérito legislativo.

Como se vê, os poderes da CPI ou da CPMI são de investigação, o que diretamente não incide sobre a liberdade de locomoção, objeto único da tutela do HC. Não há poder disciplinar ou sancionatório concedido pela CRFB/88 à CPI ou à CPMI, de modo que suas ações resultam em um relatório circunstanciado, que eventualmente gerará a responsabilização civil ou penal de algum investigado, tendo este relatório circunstanciado que ser encaminhado ao Ministério Público, que por sua vez irá verificar se estão presentes os pressupostos da ação

13 CPC, Art. 528: “No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses” (BRASIL, 2015, p. s.p).

14 CRFB/88, art. 58: “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores” (BRASIL, 1988, p. s.p).

penal ensejando ou não o oferecimento de denúncia, que a seu tempo deverá passar por juízo de admissibilidade em órgão jurisdicional competente, que constatará ou não indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva, para então, receber ou não a inicial acusatória.

Pela importância que o ordenamento jurídico brasileiro dispensa ao direito fundamental de ir, vir e ficar, ainda que este não esteja sendo diretamente ameaçado, como ocorre no caso da CPI, é possível a impetração de um HC preventivo.

Ademais, no que diz respeito à CPI, a tutela do HC exerce sua influência justamente nessa hipótese não do dano direto à liberdade de locomoção, mas sobre o que pode vir a se tornar, numa ambiência externa à CPI, uma constrição à liberdade de locomoção.

Frente esta problemática, os indiciados ou as testemunhas da CPI sentiam a necessidade de serem assistenciadas por advogado legalmente constituído e também de terem a produção de efeitos de direitos e garantias fundamentais na ambiência da mesma, o que, em princípio, lhes era negado, sob o argumento de que a CPI, não se dando dentro do Poder Judiciário e não tendo poder de decretar a prisão, seja provisória ou definitiva, não oferecia risco à liberdade de locomoção dos indiciados e das testemunhas, vindo o STF a se pronunciar sobre o assunto no *habeas corpus* nº 100.200¹⁵, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa:

HABEAS CORPUS. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. DIREITO AO SILÊNCIO, GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO E DIREITO DE ASSISTÊNCIA POR ADVOGADO. APLICABILIDADE PLENA E EXTENSÍVEL A FUTURAS CONVOCAÇÕES. O fato de o paciente já ter prestado declarações à CPI não acarreta prejudicialidade do *writ* quando ainda existir a possibilidade de futuras convocações para prestação de novos depoimentos. É jurisprudência pacífica desta Corte a possibilidade de o investigado, convocado para depor perante CPI, permanecer em silêncio, evitando-se a autoincriminação, além de ter assegurado o direito de ser assistido por advogado e de comunicar-se com este durante a sua inquirição (BRASIL, 2010, p. 1).

Vê-se o HC, neste caso, não sendo utilizado contra a lei, mais indo além da lei, como mecanismo fomentador de direitos fundamentais, tais como os que permearam este caso, a saber o direito a permanecer em silêncio, não gerando a autoincriminação¹⁶ e o direito a estar assistido por defesa técnica, muito embora a CPI não seja um ambiente acusatório, ambos de matriz constitucional encontrados precisamente fundamentados no artigo 5º, inciso LXIII¹⁷, da CRFB/88.

15 (HC 100200, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2010, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-02 PP-00257 RT v. 99, n. 902, 2010, p. 513-515).

16 Sobre o direito de não autoincriminação e de permanecer em silêncio: “[...] esse direito conferido ao indiciado, investigado ou acusado de não produzir prova contra si mesmo, como se verá no curso desta exposição jurídica, encontra assento no Pacto de São José da Costa Rica, mencionado anteriormente, que foi recepcionado pelo Brasil e é parte integrante da legislação pátria. O silêncio, por outro lado, alinha-se entre as garantias constitucionais” (MOSSIN, 2014, p. 122).

17 CRFB/88, 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

3.5 O *Habeas corpus* e o princípio da insignificância ou bagatela

Com o escopo de trabalhar a relação entre o *habeas corpus* e o princípio da insignificância ou bagatela se faz mister a conceituação deste princípio, consistindo:

[...] a insignificância ou irrelevância não é sinônimo de pequenos crimes ou pequenas infrações, mas se refere à gravidade, extensão ou intensidade da ofensa produzida a determinado bem jurídico penalmente tutelado, independentemente de sua importância. A insignificância reside na desproporcional lesão ou ofensa produzida ao bem jurídico tutelado, com a gravidade da sanção cominada. (BITENCOURT, 2017, p. 62).

Válido se faz ressaltar que “não existe, do ponto de vista dogmático, uma definição de insignificância, sobretudo por não haver norma legal disciplinando-a. Cuida-se de mera criação doutrinária e jurisprudencial. É, portanto, uma figura supralegal de exclusão da tipicidade” (MOSSIN, 2013, p. 242).

Nesse sentido é estabelecida uma ligação entre a insignificância da lesão causada ao bem jurídico tutelado e o conceito de conduta atípica, justamente pela falta de dano vultuoso ao bem jurídico, o que leva a uma irreprovabilidade da conduta.

Conclusivamente, se o princípio da insignificância ou bagatela é hábil a ensejar o afastamento da tipicidade, mesmo sendo ele uma construção doutrinária e jurisprudencial, é necessário um estabelecimento claro de pressupostos ou condições aptas a ensejar o enquadramento de um fato aparentemente típico como insignificante do ponto de vista do dano ao bem jurídico e da reprovabilidade social, e isso o STF fez. Para a aplicação do princípio da insignificância o STF, em larga jurisprudência, vem adotando alguns critérios, sendo estes os elencados pelo Ministro Ricardo Lewandowski quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, de nº 146.304¹⁸:

[...] a configuração do delito de bagatela, conforme têm entendido as duas Turmas deste Tribunal, exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva (BRASIL, 2018, p. 1).

Uma vez delimitados os requisitos da incidência do princípio ora em comento, se expõem caso de sua aplicação na jurisprudência do STF, no *Habeas Corpus* nº 84.412¹⁹, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no qual o objeto do crime custava, à época, apenas R\$ 25,00 (vinte e cinco reais):

EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE

segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado[...]" (BRASIL, 1988, s.p).

18 (RHC 146304 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 16/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 26-03-2018 PUBLIC 27-03-2018).

19 (HC 84412, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963).

DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. (BRASIL, 2004, p. 1).

Vez que consolidada e pacífica a jurisprudência pela concessão de HC que cuida corretamente de possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, afastando materialmente a tipicidade penal, se consolida a construção jurisprudencial da atipicidade material, que vem sendo aceita nos tribunais brasileiros.

O que leva à compreensão de que na falta de tipicidade, material ou formal, não há que se falar na ocorrência de crime. Por conseguinte, a ocorrência de investigação de crime materialmente atípico, configura a situação flagrante de ilegalidade, que enseja a impetração de HC com o escopo de trancar a ação penal.

Em arremate, o STF construiu em sede de HC uma prática judiciária não expressamente fundada na lei, mas em construção doutrinária e jurisprudência, demonstrando que o termo da possibilidade da concessão do remédio heroico não adota uma posição radicalmente positivista permitindo a construção de teses aplicadas entre as partes e para todos.

3.6 O *habeas corpus* e a possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância

Primeiramente, antes de se passar à discussão objeto deste tópico, se faz necessário o estabelecimento claro do cenário jurídico onde ocorrerá a presente modificação de jurisprudência do STF.

O princípio constitucional trazido à baila é o da presunção de inocência, que a doutrina mais recente paulatinamente vem melhorando no sentido de o conceituar como *estado de inocência*. O referido princípio encontra previsão constitucional no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88, cuja límpida redação anuncia “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, p. s.p).

A redação desse texto constitucional aliada a uma simples interpretação gramatical da norma, não deixa dúvidas quanto à vontade legislativa do constituinte originário, determinando que somente após o *trânsito em julgado* da sentença penal condenatória é que pode ser formada a culpa e, por conseguinte, a possibilidade de o Estado, exercendo o *jus puniendi* com a execução da pena em espécie. A exceção a essa regra constitucional ficava por conta da possibilidade de prisões cautelares.

Dando continuidade à composição do cenário ora proposto, em meados do ano de 2009, a consolidada jurisprudência do STF, chama a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de *inconstitucional*, como se percebe no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078²⁰ de relatoria do então Ministro Eros Grau:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados [...] (BRASIL, 2009, p.1).

Na fundamentação dos acórdãos que vedavam o início da execução da pena após a condenação em segunda instância, se falava da observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III²¹, da CRFB/88, colocado como um dos fundamentos sob os quais é construída a República Federativa do Brasil.

A título de argumento também se ventilou, entre outros, a caracterização da restrição ao exercício da ampla defesa, postulado fundamental do comportamento processual de países democráticos. A ampla defesa, também de caráter constitucional, com previsão no artigo 5º, inciso LV²², da CRFB/88, direito fundamental a respeito do qual se pode falar que uma vez:

[...] formulada a pretensão punitiva, o indigitado autor da conduta ilícita é colocado no polo passivo da relação processual, o que lhe assegura o exercício de uma ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A defesa processual significa, então, o reconhecimento, pelo Estado, da dignidade do acusado, enquanto ser humano, a merecer proteção contra possíveis ingerências abusivas em seus interesses. Representa, por conseguinte, fator de legitimação da atividade jurisdicional, que é validada perante a sociedade apenas se obtida com a participação defensiva do acusado (CRUZ, 2013, p. 133).

Configurado o cenário da virada jurisprudencial acerca da possibilidade do início da execução da pena após a condenação em segunda instância, passa-se a análise do julgado que promoveu a modificação desta jurisprudência, há tanto consolidada no STF. Faz-se

20 (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

21 CRFB/88, 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, p. s.p).

22 CRFB/88, 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: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988, p. s.p).

referência ao *Habeas Corpus* nº 126.292²³, julgado em meados do ano de 2016, de relatoria do então Ministro Teori Zavascki:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado (BRASIL, 2016, p. 1).

Esse julgado manifestadamente declara que a execução antecipada de acórdão penal condenatório não prejudica o princípio constitucional da presunção de inocência. Para tanto o relator se utilizou de vários argumentos, alguns dos quais a seguir se expõem:

[...] o tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade [...] a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária *não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade*, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal [...]. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí [...] a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. [...] cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao STF, garantir que o processo [...] resgate essa sua inafastável função institucional. [...] podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. [...] a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (BRASIL, 2016, p. 4).

O julgamento ora em estudo trouxe à baila preocupações outras que vão além do respeito ao princípio da presunção de inocência, a saber, a eficácia da função jurisdicional penal, tratando do tema não apenas do ponto de vista do acusado, mas, também a sociedade que urge por uma maior efetividade do judiciário, também dispondo nessa equação a realidade do nosso sistema carcerário. Diante do atrito de todos esses valores, mudando diametralmente a jurisprudência consolidada em 2009 pela Suprema Corte, o presente *habeas corpus* autorizou a execução da pena após a condenação em segunda instância, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão ou na pendência de recurso às Cortes Superiores competentes, pelo fato de o réu já ter sido tratado como inocente durante o processo ordinário.

A jurisprudência apresentada vem sendo adotada em julgados análogos desde então, a exemplo se apresenta o recente Recurso Ordinário Constitucional em *Habeas corpus* nº

23 (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

156.733²⁴, julgado no dia 10 de maio do corrente ano (2018), de relatoria do Ministro Edson Fachin, tendo por paciente o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e visava justamente evitar o início do cumprimento provisório da pena, após acórdão condenatório em seu desfavor:

1. Trata-se de recurso ordinário constitucional interposto pela defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA contra decisão colegiada, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 434.766/PR), assim ementada: “*HABEAS CORPUS*. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO STF. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. I - Após o julgamento do *Habeas corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do STF de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. [...] (BRASIL, 2018, p. 1).

Doutra banda, causando no mínimo surpresa, em decisão do dia 21 de maio de 2018, (dezoito dias após a decisão exposta acima), nos autos do *habeas corpus* nº 151.819²⁵, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi deferida liminar para impedir o Tribunal de Justiça do Estado do Pará de expedir mandado de prisão contra o réu, ou se ele já estiver preso, mandar pô-lo em liberdade. Para tal decisão se valendo justamente do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, nos termos da decisão a seguir;

DECISÃO PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. *HABEAS CORPUS* – LIMINAR – DEFERIMENTO. [...] precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. [...] (BRASIL, 2018, p. 1).

Ante o exposto nos casos aqui tratados conclui-se que a jurisprudência do STF, no que diz respeito à concessão de *habeas corpus*, apresenta-se oscilante, ora inovando, ora reiterando o pensamento já consolidado.

24 (RHC 156733, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 10/05/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 11/05/2018 PUBLIC 14/05/2018).

25 (HC 151819 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/05/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 23/05/2018 PUBLIC 24/05/2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento proveniente das análises realizadas no curso da elaboração do presente trabalho em relação aos limites, possibilidades de cabimento, hipóteses de concessão, ou não, de *habeas corpus*, no Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência, fomenta a percepção de que, em hipóteses pontuais, de maior divergência doutrinária quanto ao direito a ser concedido, há uma oscilação na jurisprudência, que muda, antes de chegar a se sedimentar, ao sabor de fatores casuísticos.

Evidente está que o *Habeas Corpus* possui manifestações de sua essência que datam de muitos séculos atrás, oriundas de locais diferentes, ora mais, ora menos abrangente, contudo sempre exercendo sua eficácia com o escopo de proteger direitos sem os quais prejudicada estaria a dignidade da pessoa humana, inserido sempre nesse rol, a liberdade de locomoção, que veio a ser o bem jurídico tutelado pelo remédio heroico na atualidade.

No Brasil, o *habeas corpus* está inserido no ordenamento jurídico em local de destaque, é garantia fundamental, se localiza no corpo fixo da CRFB/88, é denominado ação constitucional, tutela direito inegociável em sociedades democráticas e é cláusula pétrea, não podendo seu núcleo essencial ser suprimido.

A atuação do HC no Poder Judiciário brasileiro possui, e em grande parte, hipóteses de concessão e de não concessão, pacíficas, claras e de jurisprudência bem consolidada. Não está limitado à ambiência jurídica do Direito Penal e Processual Penal, inclusive é possível nos meandros do Direito Civil e seu processamento, porquanto onde a liberdade de locomoção estiver sendo, por ilegalidade ou abuso de poder, avariada, haverá possibilidade de atuação do *habeas corpus*. Entretanto, também há, infelizmente, hipóteses, inclusive na Suprema Corte, instância alvo deste trabalho, de jurisprudência não consolidada, modificada de tempos em tempos.

Em arremate, a jurisprudência do STF, corte máxima brasileira, desempenhadora de papel elementar, considerável, vultoso no ordenamento jurídico brasileiro, principal fomentadora da segurança jurídica, devendo ser a maior interessada na uniformização da jurisprudência, em determinados casos não atua se utilizando de parâmetros bem delineados, em alguns age demonstrando uma conduta garantista, em outros mais parece estar tentando dar uma satisfação ao clamor social, indo além do que claramente está dito na CRFB/88 e em diplomas infraconstitucionais, o que acaba por prejudicar a atuação de todos que estão juridicamente debaixo de sua autoridade, pois esperam do STF julgados fundamentados em entendimentos bem solidificados, com bases que não sejam movidas pelo que o país está

vivendo no campo social, político e econômico, em tempos de instabilidade, insegurança e desassossego.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215927/cfi/0>>. Acesso em: 16 Mai 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**, Rio de Janeiro, 7 Dezembro 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 Mai 2018.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941. **Código de Processo Penal**., Rio de Janeiro, 3 Out 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 3 Mai 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF, 5 Out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 mai 2018.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico**, Brasília, DF, 23 agosto 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 10 mai 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, 16 Março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 16 Mai 2018.

CRUZ, R. S. M. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481064/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 22 Mai 2018.

GIACOMOLLI, N. J. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/cfi/6/2\[vnd.vst.idref=cov er\]!>](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/cfi/6/2[vnd.vst.idref=cov er]!>)>. Acesso em: 15 mai 2018.

ISHIDA, V. K. **Prática jurídica de habeas corpus**. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522496266/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 10 Abr 2018.

MOSSIN, H. A. **Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada**. 9ª. ed. Barueri, SP: Manole, 2013. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444757/cfi/0>>. Acesso em: 10 Abr 2018.

MOSSIN, H. A. **Garantias fundamentais na área criminal**/. Barueri, SP: Manole, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520448519/cfi/0>>. Acesso em: 15 mai 2018.

NUCCI, G. D. S. **Habeas Corpus**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROTHENBURG, W. C. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5544-1/cfi/6/2!/4/2/2@0:38.9>>. Acesso em: 6 Mai 2018.