

CAIO DOMINGUES

HABEAS CORPUS

NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

**PREFÁCIO
CAIO PAIVA**

**APRESENTAÇÃO
NATHAN CASTELO BRANCO**

**POSFÁCIO
JOSÉ FLÁVIO FERRARI**

2023

**EDITORIA
CEI**

INTRODUÇÃO

O *Habeas Corpus* é, sem dúvida, o remédio mais eficaz na proteção de direitos e garantias fundamentais - muito mais do que qualquer outro instrumento jurídico que existe no sistema de justiça criminal. Isso ocorre não apenas pela ausência de formalidade para redigir uma peça de *Habeas* (em comparação com a formalidade que tem a redação do Recurso Especial ou Extraordinário), mas sobretudo pela rapidez de seu julgamento.

Muitos foram os temas que se sedimentaram na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento de algum *Habeas Corpus*. A título de exemplo, cito aqui o afastamento da hediondez do tráfico privilegiado³, a quantidade e natureza das drogas apreendidas na dosimetria da pena⁴, a imprescindibilidade de apreensão de drogas para materialidade do crime do Artigo 33 da Lei 11343/2006⁵, a obrigatoriedade de seguir as formalidades do Artigo 226 do Código de Processo Penal⁶, os requisitos para realização de busca domiciliar⁷ ou pessoal⁸ sem mandado, entre tantos outros.

As estatísticas mostram, cada vez mais, que a jurisprudência defensiva das cortes superiores em relação às formalidades para cognoscibilidade dessa ação constitucional de nada tiveram efeito prático. A título elucidativo, o número de impetrações, após primeira turma do Supremo Tribunal Federal não mais admitir o *Habeas Corpus* substitutivo de instrumento próprio, não diminuiu. Aumentou.

3. Habeas Corpus 118533/MS, rel. min. Carmén Lúcia, Pleno, DJe 23/06/2016.

4. Habeas Corpus 725534/SP, rel. min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, STJ, j. 01/06/2022

5. Habeas Corpus 686312/MS, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, STJ, 10/04/2023 (houve interposição de Recurso Extraordinário pelo MPF).

6. Habeas Corpus 598886/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020

7. Habeas Corpus n. 598051/SP, rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021

8. Recurso em Habeas Corpus 158580/BA, rel. min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 25/04/2022

Para se ter uma ideia, vejam os números de *Habeas Corpus* impetrados somente no Superior Tribunal de Justiça⁹:

Ano	Número de Habeas Corpus impetrados
2017	84.256
2018	100.760
2019	117.159
2020	124.276

Isso decorre de muitos fatores e um deles certamente é a insistência das instancias ordinárias em desprezear entendimentos consolidados dos Tribunais Superiores, em temas que vão desde o inquérito policial à execução penal. O problema pode ir, portanto, desde uma negativa de acesso aos autos de um inquérito policial à exigência de realização de um exame criminológico absolutamente desnecessário e infundado.

O importante é: tudo isso pode ser questionado por meio da ação constitucional do *Habeas Corpus*.

Um dado interessante apresentado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, mostra que mais de 40% dos Habeas Corpus impetrados no STJ questionando a aplicação da minorante do tráfico privilegiado tiveram ordem concedida.¹⁰ Imagina mostrar esse dado para aquele defensor ferrenho da execução antecipada de pena após esgotados os recursos de segundo grau?

Nosso sistema evidentemente está doente, pelo menos é assim que interpreto e imagino que você também. Como defensor do Direito Penal como ferramenta de CONTROLE do poder punitivo, não consigo concordar com prisões preventivas decretadas com base na gravidade em abstrato do delito, com o afastamento da insignificância pela reincidência

9. Número citados pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, da 6ª Turma do STJ, no julgamento do RHC 126.272/MG, que tratava de um furto de 4 reais. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=22CtouWGUHM&t=52s> acesso em 03/04/2023

10. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-jul-02/stj-concede-44-hcs-julga-traffic-privilegiado#:~:text=De%202016%20para%20c%C3%A11%2C%20os,conhecido%20com%20%22tr%C3%A1fico%20privilegiado%22> acesso em 12/09/2023

do agente, com reconhecimentos que não seguem o 226 do CPP, e tantas outras coisas.

Nesse sentido, a proposta desse livrinho é começar do básico. Desde as hipóteses de cabimento e evolução jurisprudencial no cabimento do *Habeas Corpus*, para até os entendimentos gerais atualizados e, ao final, casos concretos em cada tipo de infração penal. A jurisprudência muda todos os dias, e é sua obrigação como criminalista se manter atento a isso.

Eu não pretendo com este breve ensaio esgotar todos os temas já decididos em *Habeas Corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Aliás, sinceramente acho que isso seria impossível. Meu objetivo é, na primeira parte, tentar explicar da forma mais didática possível tudo que conheço sobre cabimento e manejo de *Habeas Corpus* (inclusive recursos). Na segunda parte, pretendo trazer algumas decisões que mais vejo na prática serem repetidas pelos Tribunais Superiores.

Espero que você consiga, ao final, enxergar um constrangimento ilegal e saber manejar o *Habeas Corpus* em favor de seu assistido. Espero de verdade mesmo, porque confio na eficácia dessa ação constitucional, e porque confio que ela é a grande responsável por esse país ainda não ter mais de dois milhões de presos.

Dito isso, vamos “começar do começo”.

HIPÓTESES DE CABIMENTO DO HABEAS CORPUS

Antes de adentrar na parte prática sobre a evolução jurisprudencial no cabimento (conhecimento) do *Habeas Corpus*, acho importante destacar que o *Habeas Corpus* é uma ação constitucional cabível nas hipóteses em que se configure constrangimento ilegal, ainda que esse constrangimento tenha relação apenas indireta com a liberdade de locomoção do paciente.

Em outras palavras, ao contrário do que se poderia em tese imaginar, o *Habeas Corpus* não é cabível **apenas** em se tratando de pacientes presos preventivamente ou em cumprimento efetivo de prisão pena.

O *Habeas Corpus* também é um remédio cabível para tratar de constrangimentos ilegais que lidam de forma indireta com a liberdade de locomoção do paciente, como por exemplo para discussão de trancamento de inquéritos policiais, ações penais envolvendo réus com liberdade provisória, questionamento de validade do Acordo de Não Persecução Penal, eventual indeferimento de produção de provas requeridas pela defesa, plantação de cannabis para fins medicinais¹¹, entre tantos outros.

A título de exemplo, no Recurso Especial nº 1.972.092/SP, assim entendeu o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz da 6ª Turma do STJ, a respeito do cabimento de *Habeas Corpus* sobre plantio medicinal de cannabis, com o seguinte resumo da ementa na parte que interessa:

Efetivamente, é adequada a via eleita pelos recorridos – habeas corpus preventivo – haja vista que há risco, ainda que mediato, à liberdade de locomoção deles, tanto que o Juiz de primeiro grau determinou a apuração dos fatos narrados na inicial do habeas corpus pela Polícia Federal, o que acabou sendo expressamente revogado pelo Tribunal a quo, ao conceder a ordem do habeas corpus lá impetrado.

Outra decisão interessante sobre o tema é do Ministro Sebastião Reis Júnior, também da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso em *Habeas Corpus* 147.169/SP, assim ementado:

11. *Habeas Corpus* 779.289/DF, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma

O Direito Penal é conformado pelo princípio da intervenção mínima e seus consectários, a fragmentariedade e a subsidiariedade. Passando pelo legislador e chegando ao aplicador, o Direito Penal, por ser o ramo do direito de mais gravosa sanção pelo descumprimento de suas normas, deve ser *ultima ratio*. Somente em caso de ineficiência de outros ramos do direito em tutelar os bens jurídicos é que o legislador deve lançar mão do aparato penal. Não é qualquer lesão a um determinado bem jurídico que deve ser objeto de criminalização, mas apenas as lesões relevantes, gravosas, de impacto para a sociedade. A previsão legal acerca da possibilidade de regulamentação do plantio para fins medicinais, art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, permite concluir tratamento legal díspar acerca do tema: enquanto o uso recreativo estabelece relação de tipicidade com a norma penal incriminadora, o uso medicinal, científico ou mesmo ritualístico-religioso não desafia persecução penal dentro dos limites regulamentares. A omissão legislativa em não regulamentar o plantio para fins medicinais não representa “mera opção do Poder Legislativo” (ou órgão estatal competente) em não regulamentar a matéria, que passa ao largo de consequências jurídicas. O Estado possui o dever de observar as prescrições constitucionais e legais, sendo exigível atuações concretas na sociedade. O cultivo de planta psicotrópica para extração de princípio ativo é conduta típica apenas se desconsiderada a motivação e a finalidade. A norma penal incriminadora mira o uso recreativo, a destinação para terceiros e o lucro, visto que, nesse caso, coloca-se em risco a saúde pública. A relação de tipicidade não vai encontrar guarida na conduta de cultivar planta psicotrópica para extração de canabidiol para uso próprio, visto que a finalidade, aqui, é a realização do direito à saúde, conforme prescrito pela medicina. Vislumbro flagrante ilegalidade na instauração de persecução penal de quem, possuindo prescrição médica devidamente circunstanciada, autorização de importação da ANVISA e expertise para produção, comprovada por certificado de curso ministrado por associação, cultiva cannabis sativa para extração de canabidiol para uso próprio. Recurso em habeas corpus provido para conceder salvo-conduto a Guilherme Martins Panayotou, para impedir que qualquer órgão de persecução penal, como polícias civil, militar e federal, Ministério Público estadual ou Ministério Público Federal, turbe ou embarace o cultivo de 15 mudas de cannabis sativa a cada 3 meses, totalizando 60 por ano, para uso exclusivo próprio, enquanto durar o tratamento, nos termos de autorização médica, a ser atualizada anualmente, que integra a presente ordem, até a regulamentação do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006.

Noutro caso interessante, que também lidava apenas de forma indireta com a liberdade de locomoção do paciente, o Ministro Rogério Schietti deu provimento ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 174.870/SP, para **absolver** recorrente que havia celebrado acordo de não persecução penal. Na situação, a defesa técnica do recorrente não havia verificado que a conduta imputada ao seu assistido era materialmente atípica. Nesse sentido, entendeu o Ministro pela impossibilidade de se manter o acordo firmado nos autos. Vejamos trecho da decisão:

A Terceira Seção fixou, em recurso repetitivo, que: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20 mil, a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. Em relação aos tributos estaduais, o parâmetro a ser observado é a existência de norma semelhante à Lei Federal n. 10.522/2002, que define valores de referência para propositura e desistência de execuções fiscais. No caso de São Paulo, a Lei Estadual n. 14.272/2010 e suas atualizações estabelecem os referidos critérios (1.200 UFESPs) [...] O recorrente sonegou tributos estaduais da ordem de R\$ 4.556,50 (fl. 491), no período de abril de 2011 a abril de 2013, por meio de “fraude à fiscalização tributária consistente na omissão de operações de qualquer natureza em livros e documentos exigidos pela lei fiscal” (fl. 314). O crédito tributário devido era inferior ao valor atualizado de 1.200 UFESPs (Lei n. 14.272/2010), definido pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (Comunicado Dicar/SP), para todo o período compreendido entre 2011 e 2023. Dessa forma, a absolvição seria cogente (art. 386, III, do Código de Processo Penal). Muito embora o réu, inicialmente, haja concordado com as condições propostas pelo Ministério Público por ocasião do ANPP, não há como manter acordo firmado nesses termos, em vista tratar-se de conduta materialmente atípica. À vista do exposto, dou provimento ao recurso ordinário, para declarar a absolvição do recorrente, com fulcro no art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Sigo, aqui, com outros exemplos de concessões da ordem envolvendo pacientes em liberdade, em que a discussão pautada no *Habeas Corpus* envolvia de forma indireta a liberdade de locomoção dos pacientes.

Em caso impetrado por este humilde escritor, a paciente havia sido condenada em primeiro grau pelo tráfico privilegiado em regime inicial

aberto. Verificando a possibilidade de desclassificação, interpus apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proveu o recurso e desclassificou a conduta para porte de drogas para consumo pessoal.

Ocorre que o Tribunal de Justiça se omitiu em relação à prescrição. Isso porque, no caso, entre a data de recebimento da denúncia e a data da prolação da sentença havia se passado mais de 1 ano. Como na data dos fatos a assistida possuía menos de 21 anos de idade, o reconhecimento da prescrição era de rigor (em leitura do Artigo 30 da Lei de Drogas c/c Artigo 115 do Código Penal).

Assim, impetrei *Habeas Corpus* substitutivo de Recurso Especial no STJ, que teve a seguinte decisão:

No presente caso, a paciente foi condenada à pena de advertência, tendo em vista a prática do delito descrito no art. 28 da Lei de Drogas, subsumindo-se, portanto, a prescrição da pretensão punitiva ao prazo de 02 (dois) anos, nos termos do art. 30 da Lei n. 11.343/2006. Observa-se que, ao tempo do crime, a paciente era menor de 21 (vinte e um) anos (fls. 32), razão pela qual o lapso prescricional deve ser diminuído pela metade, conforme dicção do art. 115 do CP. Denota-se que o fato delitivo ocorreu 25/07/2019, a denúncia foi recebida no dia 26/02/2020, a sentença condenatória pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes foi prolatada em 12/07/2021. Já em 25/11/2021 houve o julgamento do recurso de apelação, no qual desclassificou a conduta para a de uso de entorpecentes. Dessa forma, considerando o transcurso do lapso de mais de 01 (uma) ano entre a data da decisão de recebimento da denúncia e a data da sentença condenatória, denota-se que o prazo prescricional foi alcançado, nos termos dos arts. 110, caput, § 1º, 115 e 117, I e IV, do Código Penal; e art. 30 da Lei n. 11.343/2006. Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício, para declarar a extinção da punibilidade da paciente pelo implemento da prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos arts. 110, caput, § 1º, 115 e 117, I e IV, do Código Penal; e art. 30 da Lei n. 11.343/2006. (**Habeas Corpus 710.138/SP, rel. min. Jesuíno Rissato, 5ª Turma, STJ, DJe 24/02/2022**).

Eu poderia dar outras centenas de exemplos de ordens concedidas envolvendo as mais diversas questões, ainda que a discussão trazida no *Habeas Corpus* fosse apenas indiretamente ligada à liberdade de locomoção do paciente, visto que se encontravam em liberdade, mas decidi trazer apenas outros dois exemplos para fechar esse capítulo, um que a

ordem foi concedida, outro em que o *Habeas Corpus* ficou prejudicado em virtude da Súmula 695 do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro caso, meu assistido foi denunciado pelo tráfico de aproximadamente 5 quilos de maconha. Sua prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva. Ocorre que a busca pessoal realizada em face dele foi fundamentada exclusivamente em uma denúncia anônima, o que é enfaticamente repellido pela atual orientação do Superior Tribunal de Justiça¹². Diante disso, impetramos *Habeas Corpus* no Tribunal de Justiça do Paraná requerendo a nulidade da busca pessoal e consequente trancamento do processo e, alternativamente, a revogação de sua prisão preventiva.

A ordem foi denegada e, diante disso, impetramos *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça.

Nesse meio tempo, houve audiência de instrução, momento em que **sua prisão preventiva foi revogada**. Diante disso, poderia se entender que o *Habeas Corpus* perdeu objeto porque ele foi solto, mas não foi o que ocorreu. O Ministro Rogério Schietti ainda assim concedeu a ordem em favor do nosso assistido, para declarar a nulidade da busca pessoal e, consequentemente, trancar a ação penal. Veja trecho da decisão:

Conforme se depreende dos autos, a busca pessoal realizada no réu foi justificada com base apenas em denúncias anônimas indicando que ele estaria traficando drogas, o que, por si só, não configura fundada suspeita de posse de corpo de delito apta a validar a revista, conforme entendimento consolidado nesta Corte Superior [...] Assim, porque não demonstrada a existência de fundada suspeita de posse de corpo de delito para a realização da busca pessoal, conforme exigido pelo art. 244 do Código de Processo Penal, deve-se reconhecer a ilicitude da apreensão das drogas e, por consequência, de todas as provas dela derivadas. A propósito, faço lembrar que a essência da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (melhor seria dizer venenosa, tradução da *fruits of the poisonous tree* doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art.5º, LVI, da nossa Constituição da República, repudia as provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de outra contaminada por ilicitude original. Por conseguinte, inadmissíveis também as provas derivadas da

12. Recurso em Habeas Corpus 158.580/BA, rel. min. Rogério Schietti Cruz.

conduta ilícita, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, a busca pessoal sem justa causa (permeada de ilicitude) e a apreensão de substâncias entorpecentes. Não se pode, evidentemente, admitir que o aleatório subsequente, fruto do ilícito, conduza à licitude das provas produzidas pela ilegítima realização de revista no acusado. À vista do exposto, reconsidero a decisão de fls. 71-73 para, diante da superveniência do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado na origem, proceder à nova análise do feito. E, ao assim fazer, concedo a ordem, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas a partir da busca realizada no paciente, bem como de todas as que dela decorreram, e, por conseguinte, determinar o trancamento do processo objeto deste writ. **(Reconsideração no Agravo Regimental no Habeas Corpus 780.609/PR, rel. min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, STJ, DJe 08/02/2023).**

Para finalizar, cito aqui caso em que o *Habeas Corpus* ficou prejudicado.

Meu assistido havia sido condenado em 1 ano e 2 meses de reclusão em regime inicial fechado pela prática de furto simples contra as lojas americanas. No caso, ele subtraiu 43 barras de chocolate avaliadas em R\$ 192,00 (cento e noventa e dois reais), mas foi preso em flagrante. Imediatamente confessou a prática delitiva e disse que iria trocar por drogas, pois era viciado.

Ele foi colocado em liberdade provisória, e, dois anos depois, sobreveio a condenação do Tribunal de Justiça de São Paulo, afastando a aplicação do princípio da insignificância em virtude de sua multirreincidência.

Impetrei *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, mas a ordem foi denegada, mantendo a decisão do TJSP. Diante disso, interpus Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* ao Supremo Tribunal Federal, pois tenho entendimento de que a reincidência de nada tem relação com aplicação ou não do princípio da insignificância, e porque entendia que seria absolutamente contraproducente sua reinserção no sistema carcerário, já que teve alta do tratamento de dependência química, e há mais de dois anos que não cometia qualquer delito.

Acontece que no final de 2022 foi editado o Decreto de Indulto 11.302 que previu, entre as hipóteses de concessão, o seguinte:

Art. 5º Será concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.

Pelo fato de meu assistido se encaixar perfeitamente na hipótese, fiz pedido de concessão de indulto em primeiro grau, e ele foi concedido. Diante disso, meu Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* foi assim julgado:

Neste recurso ordinário, o recorrente afirma a atipicidade material da conduta, com base no princípio da insignificância. Destaca o pequeno valor dos bens (43 chocolates, avaliados em R\$ 192,00), subtraídos das Lojas Americanas, e o fato de terem sido devolvidos. Argumenta que a absolvição é “socialmente recomendável”, ante o transcurso de mais de 2 anos sem qualquer envolvimento com outros crimes. 6. Pretende o reconhecimento da atipicidade material da conduta e, por conseguinte, a absolvição, ou, caso assim não se entenda, a fixação do regime aberto. A Procuradoria-Geral da República juntou parecer, manifestando-se pelo não provimento do recurso (e-doc. 73). Em consulta ao site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verificou-se que o recorrente foi beneficiado pela concessão de indulto, com a extinção da pena, em 16/03/2023. [...] Extinta a punibilidade do recorrente, ante a concessão de indulto, tem-se a prejudicialidade do pedido formulado na impetração, uma vez que não subsiste ameaça à liberdade de locomoção. Aplica-se ao caso o disposto no verbete nº 695 da Súmula do STF, em cujos termos “não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa de liberdade. Diante do exposto, julgo prejudicado este recurso ordinário em habeas corpus, com base no art. 21, inc. IX, do RISTF. **(Recurso Ordinário em Habeas Corpus 222.339/SP, rel. min. André Mendonça, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, DJe 22/03/2023).**

Como podem perceber, trata-se de mais um caso que envolvia indiretamente a liberdade do paciente, já que ele estava solto. Ou seja: ainda que pareça óbvio, é importante partirmos desde já da premissa de que o *Habeas Corpus* é cabível em qualquer hipótese de constrangimento ilegal.

Citarei dezenas de exemplos durante os capítulos seguintes.