

**RENATO BRASILEIRO DE LIMA**



MANUAL DE  
**PROCESSO PENAL**

VOLUME ÚNICO

**13<sup>a</sup>**  
edição

revista  
atualizada  
ampliada

2024

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## NULIDADES

### 1. NOÇÕES GERAIS: TIPICIDADE PROCESSUAL E NULIDADE

No âmbito do Direito Penal, quando se estuda a tipicidade, costuma-se dizer que esta, sob um ponto de vista formal, deve ser compreendida como a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador. Em regra, a doutrina penal costuma extrair três importantes funções do tipo penal: a) função de garantia: o agente somente poderá ser responsabilizado criminalmente se praticar uma das condutas proibidas ou deixar de praticar aquelas impostas pela lei penal; b) função fundamentadora: sempre que um tipo penal for violado, autoriza-se que o Estado possa exercer seu direito de punir contra o suposto autor do fato delituoso; c) função selecionadora de condutas: por meio do tipo penal, é feita uma seleção das condutas que devem ser proibidas ou impostas pela lei penal, sob a ameaça de sanção.

O estudo da tipicidade também se revela de fundamental importância no âmbito processual penal. Aqui, a tipicidade corresponde à ideia de que o ato processual deve ser praticado em consonância com a Constituição Federal, com as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos e com as leis processuais penais, assegurando-se, assim, não somente às partes, como a toda a coletividade, a existência de um processo penal justo e em consonância com o princípio do devido processo legal. É nesse sentido a lição da doutrina: “a tarefa de aplicar o direito às situações concretas não é realizada aleatoriamente pelos órgãos estatais; ao contrário, a atividade processual também é regulada pelo ordenamento jurídico, através de formas que devem ser obedecidas pelos que nela intervêm. Nesse sentido, afirma-se que o processo exige uma atividade típica, composta de atos cujos traços essenciais são

definidos pelo legislador. Assim, os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa atividade correria o risco de perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo”.<sup>1</sup>

Longe de consagrar um mal inútil e irrelevante, a tipicidade dos atos processuais confere aos sujeitos do processo uma maior segurança jurídica no curso do procedimento, vez que assegura maior previsibilidade para o sistema processual. Basta pensar, por exemplo, na colheita do depoimento de determinada testemunha: a lei estabelece a forma de apresentação do rol de testemunhas, a forma de sua intimação, a ordem de oitiva, a sequência das perguntas formuladas, a participação subsidiária do juiz, etc. Toda essa tipicidade processual confere às partes maior segurança jurídica, porquanto já se pode saber, de antemão, como será produzida a prova testemunhal, evitando-se, assim, indevidas surpresas e possível violação a princípios constitucionais como os da ampla defesa e do contraditório.

Toda essa preocupação em torno das formas processuais visa assegurar a máxima eficiência na aplicação da coerção penal, sem incorrer, porém, em prejuízo aos direitos e garantias fundamentais do acusado. De fato, ao mesmo tempo em que a tipicidade processual assegura ao Estado seu legítimo interesse na condução de um processo justo sem a presença de vícios, também preserva direitos e garantias fundamentais do acusado.

Apreendido o conceito de tipicidade processual, é fácil concluir que o Estado precisa dispor de instrumento coercitivo para obrigar os sujeitos do

1. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

processo a praticar os atos processuais conforme o modelo previsto na legislação ordinária e na Constituição Federal. De fato, valendo-se do exemplo acima citado quanto à prova testemunhal, de nada adiantaria a lei prever a formulação de perguntas pelas partes diretamente às testemunhas, tal qual disposto no art. 212, *caput*, do CPP, se nada fosse feito para compelir as partes a agir dessa forma. De nada adiantaria a lei prever que o juiz deve formular suas perguntas ao final da colheita da prova testemunhal, de modo a complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos (CPP, art. 212, parágrafo único), se não houvesse nenhuma sanção cominada à inobservância do modelo típico.

Enfim, para que a norma legal tenha caráter cogente, precisa dispor de sanção. É o que ocorre, por exemplo, com uma prática delituosa, em que o preceito secundário do tipo penal prevê uma pena a ser aplicada ao agente caso seja praticado o crime ali previsto. Em sede processual, também há necessidade de previsão legal de instrumento de coerção objetivando o cumprimento do modelo típico. Afinal, uma norma desprovida de sanção deixa de ter caráter imperativo, passando a funcionar como mera recomendação.

É exatamente daí que sobressai a importância da nulidade, compreendida como espécie de sanção aplicada ao ato processual defeituoso, do que deriva a inaptidão para a produção de seus efeitos regulares. Em outras palavras, como desdobramento natural da fixação de regras para a prática dos atos processuais, apenas aqueles realizados em consonância com tal modelo serão considerados válidos perante o ordenamento jurídico e idôneos a produzir os efeitos almejados. Para os atos praticados em desacordo com o modelo típico, a lei estabelece sanções, que acabam variando de acordo com o grau de intensidade do desvio. O sistema de nulidades foi pensado, portanto, como instrumento para compelir os sujeitos processuais à observância dos modelos típicos: ou se cumpre a forma legal ou corre-se o risco de o ato processual ser declarado inválido e ineficaz. A consequência da inobservância da forma prescrita em lei é a de que o ato defeituoso não poderá produzir os efeitos que ordinariamente teria.

Como se percebe, diante da possibilidade de invalidação do ato processual defeituoso através da declaração de sua nulidade, sentem-se as partes e o juiz compelidos à observância do modelo típico. Da mesma forma que a pena cominada à infração penal exerce, pelo menos em tese, importante papel de dissuasão, visando evitar que o agente venha a praticar tal conduta delituosa, a possibilidade de

anulação dos atos processuais defeituosos contribui para a observância do modelo definido pelo legislador. Face os elevados custos decorrentes da decretação da nulidade do ato processual defeituoso, dentre os quais se destacam o elevado custo econômico decorrente da repetição do ato invalidado, a demora na prestação jurisdicional, do que pode resultar inclusive o reconhecimento da prescrição, e o próprio sentimento de impunidade que resulta da lentidão do feito, os sujeitos do processo passam a ter interesse na observância do modelo típico, de modo a se evitar a decretação da nulidade dos atos praticados durante o curso do processo.

Sem embargo da necessária observância da tipicidade processual, não se pode perder de vista que a forma do ato processual não é um fim em si mesmo. Na verdade, o modelo concebido pelo legislador visa à consecução de determinada finalidade. Por exemplo, quando o CPP estabelece que a citação deve ser feita, pelo menos em regra, pessoalmente (arts. 351 e 352), o faz porque sabe que tal forma de citação é a que melhor permite ao acusado tomar ciência da imputação e exercer o seu direito de defesa. É de se concluir, então, que eventual vício por ocasião da citação é de extrema gravidade, porque priva o acusado do exercício de garantias constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório. No entanto, ainda que a citação do acusado tenha sido feita em desacordo com o modelo típico, se acaso o acusado tomar ciência da acusação, não há motivo para se declarar a nulidade do processo, visto que, a despeito da atipicidade do ato processual, este atingiu sua finalidade.

Em suma, por ocasião do estudo da teoria das nulidades, o que deve ser evitado é o excessivo formalismo, exigindo-se dos sujeitos do processo a observância de formas inúteis que nada contribuem para a solução da demanda, nem tampouco para a existência de um processo penal justo, sob pena de desvirtuamento da própria finalidade do processo, que é a de servir como instrumento para a aplicação do direito penal objetivo.

## 2. ESPÉCIES DE IRREGULARIDADES

Levando-se em consideração a gravidade do defeito do ato processual e as consequências daí decorrentes para o processo, as irregularidades podem ser classificadas da seguinte forma:

**1) irregularidades ou defeitos sem consequência:** apesar de o ato processual não ter sido praticado em fiel observância do modelo legal, esta irregularidade não tem o condão de acarretar qualquer consequência. É o que ocorre, por exemplo, com a

utilização de abreviaturas. A despeito da vedação constante do art. 169, § 1º, do antigo CPC – não há dispositivo semelhante a este no novo CPC<sup>2</sup> –, sua utilização em peças processuais não tem o condão de causar qualquer mácula ao processo;

**2) irregularidades ou defeitos que acarretam tão somente sanções extraprocessuais:** nesse caso, a irregularidade não tem o condão de produzir a invalidação do ato processual, porém pode dar ensejo à aplicação de sanções extraprocessuais. É o que ocorre com a multa aplicada ao perito que, sem justa causa, deixar de apresentar o laudo no prazo estabelecido (CPP, art. 277, parágrafo único, “c”);

**3) irregularidades ou defeitos que podem acarretar a invalidação do ato processual:** neste caso, a irregularidade atenta contra o interesse público ou contra interesse preponderante das partes. Por isso, tais atos estão sujeitos à declaração de nulidade, espécie de sanção aplicada ao ato processual defeituoso privando-o da aptidão para a produção de seus efeitos regulares;

**4) irregularidades ou defeitos que acarretam a inexistência jurídica:** a violação ao devido processo legal é tão absurda que acarreta a própria inexistência do ato jurídico. É o que ocorre com uma sentença prolatada por juiz impedido, tida como inexistente, haja vista a gravidade do prejuízo causado à imparcialidade da autoridade jurisdicional.

### 3. ESPÉCIES DE ATOS PROCESSUAIS

Compreendidas as espécies de irregularidades que podem macular (ou não) os atos processuais, pode-se dizer que estes podem ser classificados da seguinte forma:

**1) Atos perfeitos:** são aqueles praticados em fiel observância ao modelo típico. Por isso, são válidos e eficazes, aptos a produzir os efeitos legais que lhe são próprios;

**2) Atos meramente irregulares:** são aqueles dotados de irregularidades sem consequência, ou de irregularidades que acarretam tão somente sanções extraprocessuais. Certamente, ato meramente irregular é aquele que possui o vício de menor gravidade entre todas as imperfeições possíveis. Essa mera irregularidade é gerada pela inobservância de regra não relevante para considerações acerca da validade do ato. Por isso, não tem, nem mesmo em tese, aptidão para produzir qualquer prejuízo às partes ou ao próprio processo. Destarte, a despeito

da irregularidade, como dela não resulta nenhuma consequência capaz de repercutir na validade da relação processual, este ato também é tido como válido e eficaz.

É o que ocorre, a título de exemplo, com a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia, considerada pelos Tribunais Superiores como mera irregularidade, incapaz de autorizar o reconhecimento de nulidade (súmula nº 366 do STF). Outros exemplos de atos meramente irregulares podem ser lembrados: a) falta de outorga do recibo de entrega do preso ao condutor do flagrante, notadamente quando todas as garantias constitucionais lhe foram preservadas;<sup>3</sup> b) deferimento de compromisso a pessoa impedida de prestá-lo;<sup>4</sup> c) ausência, no laudo do exame cadavérico, da qualificação dos peritos também caracteriza mera irregularidade, que não justifica a anulação do feito, por não haver prejuízo ao acusado;<sup>5</sup> d) decisão do juiz singular que encaminha recurso em sentido estrito ao Tribunal sem antes proceder ao juízo de retratação;<sup>6</sup> e) não observância das formalidades previstas no art. 226 do CPP por ocasião da realização do reconhecimento pessoal do acusado.<sup>7</sup>

**3) Atos nulos:** face a inobservância do modelo típico ou a ausência de requisito indispensável para a prática do ato processual, são passíveis de decretação de ineficácia, reconhecendo sua nulidade absoluta ou relativa. Apesar de estarem sujeitos ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos regulares, tais atos são juridicamente existentes e produzem seus efeitos regulares enquanto não declarada sua nulidade. A título de exemplo, proferida sentença condenatória desprovida de fundamentação, temos que tal decisão será nula, haja vista que a Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX). Todavia, a despeito da nulidade absoluta, enquanto este vício não for expressamente reconhecido pelo

3. STJ, 6ª Turma, HC 101.540/GO, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 27/05/2008, DJe 09/06/2008.

4. STJ, 5ª Turma, RHC 19.928/PE, Rel. Min. Felix Fischer, j. 06/05/2008, DJe 16/06/2008.

5. STJ, 5ª Turma, HC 108.226/PE, Rel. Min. Felix Fischer, j. 29/04/2009, DJe 18/05/2009.

6. STJ, 5ª Turma, HC 177.854/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14/02/2012, DJe 24/02/2012; STJ, 5ª Turma, HC 216.944/PA, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 04/12/2012, DJe 18/12/2012.

7. STJ, 6ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp 728.455/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28/06/2016, DJe 03/08/2016; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.434.538/AC, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/06/2016, DJe 15/06/2016.

2. Na verdade, o novo CPC refere-se às abreviaturas tão somente no art. 272, § 3º, quando, ao tratar das intimações, dispõe expressamente que a grafia dos nomes das partes não deve conter abreviaturas.

Tribunal competente, esta decisão terá aptidão para produzir seus efeitos regulares;

**4) Atos inexistentes:** tamanha a gravidade do vício que sequer podem ser tratados como atos processuais, sendo considerados pela doutrina como espécie de “não ato”. Nesse caso, não se cogita de invalidação, visto que a inexistência representa um defeito que antecede qualquer consideração sobre a validade do ato processual. É o que ocorre, a título de exemplo, com uma sentença sem dispositivo (conclusão): apesar de existir num plano fático, esta “não sentença” é considerada juridicamente inexistente, já que não se pode conceber uma sentença sem dispositivo, ou seja, uma sentença que nada tenha decidido. Outros exemplos de atos inexistentes podem ser lembrados: a) recurso interposto por advogado sem procuração nos autos;<sup>8</sup> b) se o juiz proferir nova decisão após a sentença de mérito, ou seja, após esgotada a jurisdição pela prolação da sentença, a segunda decisão é ato inexistente, sem qualquer validade jurídica;<sup>9</sup> c) decisão judicial proferida por desembargador em processo criminal no qual seu filho tenha funcionado como órgão do Ministério Público é inexistente, haja vista a causa de impedimento do art. 252, I, do CPP.<sup>10</sup>

Se o ato processual não existe juridicamente, não passa de mero fato, não podendo ter qualquer validade. Afinal, não pode ser considerado válido algo que nem ao menos existe. No entanto, por mais que grande parte da doutrina sustente que é desnecessário qualquer pronunciamento judicial declaratório da inexistência, é plenamente possível que um ato processual inexistente gere efeitos como se existente e válido fosse, somente cessando tal eficácia quando da declaração judicial do vício. Basta imaginar uma sentença condenatória prolatada por um juiz que já não tivesse jurisdição no momento da publicação da referida decisão, em virtude de, por exemplo, promoção a outro cargo. Por mais absurdo que seja o vício, enquanto não houver uma decisão que declare o ato inexistente, é correto afirmar-se

que tal ato poderá gerar efeitos, tais como o recolhimento do acusado à prisão. Daí a necessidade de uma decisão judicial reconhecendo a inexistência desse não ato.

Ao contrário das nulidades relativas e absolutas, o vício que gera a inexistência do ato não se convalida jamais, nem mesmo com o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória ou absolutória, podendo ser reconhecido na constância do processo e após o seu encerramento, independentemente de prazo. De fato, uma sentença assinada por alguém não investido de jurisdição, embora não exista no plano fático, não passa de mero pedaço de papel sem importância jurídica. Logo, sua inexistência pode ser declarada a qualquer momento.

#### 4. NULIDADE

A palavra *nulidade* é utilizada no processo penal com dois significados distintos:

**a) sanção processual de ineficácia:** uma primeira corrente (majoritária) compreende a nulidade como espécie de sanção aplicada ao ato processual defeituoso, privando-o de seus efeitos regulares. Tendo em conta que a forma prescrita em lei não foi observada, aplica-se a sanção de nulidade a este ato viciado, daí por que se fala em “declaração da nulidade”, no sentido de privar o ato de seus efeitos regulares. Exemplificando, se o interrogatório do acusado em juízo foi realizado sem a presença de defensor, caberá à defesa impugnar eventual decreto condenatório por meio de apelação, sem prejuízo da utilização do *habeas corpus*, objetivando o reconhecimento da *nulidade absoluta* do referido ato processual;<sup>11</sup>

**b) defeito do ato processual:** uma segunda corrente (minoritária) refere-se à nulidade como espécie de qualidade ou característica do ato processual ou do processo. A palavra nulidade seria utilizada, portanto, como expressão sinônima de defeito, vício, imperfeição, inobservância da forma legal. Logo, valendo-se do exemplo acima citado, na hipótese de o interrogatório judicial ser realizado sem a presença de advogado, este ato seria considerado *nulo*. Nesse caso, uma vez reconhecida a inobservância da forma prescrita em lei (CPP, art. 185, *caput*), ou seja, a nulidade do ato processual, a sanção a ser aplicada seria o reconhecimento de sua ineficácia.

8. STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 564.298/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 27/03/2007, DJ 07/05/2007 p. 313.

9. STJ, 6ª Turma, REsp 164.877/RS, Rel. Min. Vicente Leal, j. 14/09/1999, DJ 18/10/1999 p. 284.

10. STJ, 6ª Turma, HC 18.301/MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 20/05/2003, DJ 30/06/2003 p. 314. Quanto à sentença proferida por magistrado em gozo de férias, há precedentes do STF e do STJ no sentido de que o ato processual é válido: STJ, 5ª Turma, HC 79.476/PR, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/06/2007, DJ 20/08/2007 p. 301; STF, 2ª Turma, HC 76.874/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 30/10/98. Sem embargo desse entendimento, pensamos que, face a introdução do princípio da identidade física do juiz no processo penal (CPP, art. 399, § 2º), pensamos que, na hipótese de o juiz estar afastado por motivo de férias, os autos devem passar ao seu sucessor, sob pena de nulidade relativa da decisão por ele proferida.

11. No sentido de que a ausência de defensor ao interrogatório judicial caracteriza nulidade absoluta do ato, por inequívoca violação ao princípio da ampla defesa: STJ, 6ª Turma, RHC 17.679/DF, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 20/11/2006 p. 362; STF, 1ª Turma, RE 459.518/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 018 31/01/2008.

## 4.1. Espécies de nulidades

Grande parte da doutrina processual penal subdivide as nulidades em absolutas e relativas. Há quem se refira à anulabilidade como uma terceira categoria (posição minoritária). Vejamos cada uma delas, separadamente.

### 4.1.1. Nulidade absoluta

O vício constante do ato processual atenta contra o interesse público na existência de um processo penal justo. Duas são as características fundamentais das nulidades absolutas: **a) prejuízo presumido:** o princípio *pas des nullités sans grief* – corolário da natureza instrumental do processo (CPP, art. 563) – impede a declaração da nulidade se não demonstrado o prejuízo concreto à parte que suscita o vício. Em se tratando de nulidade absoluta, geralmente violadora de norma protetiva de interesse público com status constitucional (v.g., devido processo legal, ampla defesa, contraditório) ou convencional, grande parte da doutrina entende que o prejuízo é presumido. Nessa linha, como observa Grinover, a atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre uma violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e das normas de ordem pública, não sobrando espaço para meras irregularidades sem sanção ou nulidade relativa.<sup>12</sup>

No entanto, essa presunção de prejuízo não tem natureza absoluta. Na verdade, cuida-se de presunção relativa (*iuris tantum*), o que significa dizer que há uma inversão da regra do ônus da prova constante do art. 156, *caput*, do CPP. Portanto, a parte responsável pela arguição da nulidade absoluta fica exonerada da comprovação do prejuízo, cabendo à parte adversa demonstrar a inocorrência do prejuízo, caso tenha interesse na preservação do ato processual impugnado. Logrando êxito nessa comprovação, o vício processual não será declarado. Afinal, por força do princípio do prejuízo, não há por que se declarar uma nulidade, mesmo que de natureza absoluta, se não resultou qualquer prejuízo.

Vejamos alguns exemplos: como se sabe, a prolação de decisão por um juiz suspeito é causa de nulidade absoluta. Todavia, se a parte contrária conseguir provar que não houve prejuízo, não há por que se declarar a ineficácia do ato processual. Em caso concreto apreciado pelo STJ, um desembargador, apesar de ter declarado sua suspeição, participou

de votação no órgão especial do Tribunal de Justiça, composto de vinte e quatro desembargadores. No entanto, considerando que apenas dois desembargadores foram contrários ao recebimento da denúncia contra a promotora de justiça, entendeu-se que a efetiva participação do magistrado suspeito não exercera qualquer influência no resultado do julgamento, afastando, pois, a presunção de prejuízo. Por isso, a nulidade não foi declarada.<sup>13</sup> Com raciocínio semelhante, conquanto passível de declaração de nulidade o voto proferido por julgador que não tenha presenciado a sustentação oral realizada em sessão anterior, o que, em tese, poderia acarretar a realização de novo julgamento, se, todavia, mesmo com a exclusão de tal voto, subsistir uma maioria pela procedência (ou improcedência) da pretensão acusatória (ou defensiva), é de rigor a conclusão no sentido de que não se terá verificado situação de efetivo prejuízo ao acusado, cenário necessário para o reconhecimento de qualquer nulidade (*pas de nullité sans grief*), daí por que não será possível a anulação do feito.<sup>14</sup>

Sem embargo desse entendimento doutrinário, os Tribunais Superiores têm diversos precedentes no sentido de que o prejuízo deve ser comprovado pela parte interessada inclusive nas hipóteses de nulidade absoluta. Logo, se acaso a defesa pleitear a declaração de uma nulidade absoluta, incumbe a ela demonstrar o prejuízo decorrente da inobservância da forma prescrita em lei, sob pena de não lograr êxito na invalidação do ato processual impugnado. Nesse sentido, a 2ª Turma do Supremo já teve a oportunidade de asseverar que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que o âmbito normativo do dogma fundamental

13. STJ, 6ª Turma, HC 227.263/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RJ, j. 27/03/2012, DJe 11/04/2012. Na mesma linha, em caso concreto no qual magistrada impedida participou de julgamento no STJ, concluiu a 1ª Turma do STF não haver motivo para se declarar a nulidade do feito. Como o órgão julgante era composto por 10 (dez) membros e a decisão foi unânime, ainda que se desconsiderasse o voto da magistrada impedida, não haveria qualquer alteração no resultado final do julgamento (STF, 1ª Turma, HC 116.715/SE, Rel. Min. Rosa Weber, j. 05/11/2013). Tal raciocínio não será válido, todavia, quando o julgamento for realizado por um colegiado de Tribunal de 2ª instância (v.g., Câmara ou Turma Criminal) composto por apenas 3 (três) membros. Nesse caso, a exclusão do Desembargador impedido (ou suspeito) acarretaria substancial alteração no resultado do julgamento, até mesmo porque, sem ele, sequer haveria quórum mínimo para a instalação da sessão de julgamento. Nesse contexto: STF, 2ª Turma, HC 136.015/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14/05/2019.

14. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 554.498/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 05.05.2020, DJe 14.05.2020; STJ, 6ª Turma, HC 471.738/PE, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 21/05/2019, DJe 30/05/2019.

12. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 22.

da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* também compreende as nulidades absolutas.<sup>15</sup>

**b) arguição a qualquer momento:** ao contrário das nulidades relativas, que estão sujeitas à preclusão temporal, é dominante o entendimento doutrinário no sentido de que as nulidades absolutas podem ser arguidas a qualquer momento, pelo menos enquanto não houver o trânsito em julgado da decisão. Destarte, pelo menos em regra, a mácula do ato absolutamente nulo **não pode ser saneada ou convalidada**, seja pelo decurso do tempo (preclusão temporal), seja pelo fato de a parte, ainda que tacitamente, ter aceitado seus efeitos (preclusão lógica).

Dizemos que, *em regra*, as nulidades absolutas não estão sujeitas à convalidação porquanto, no caso do trânsito em julgado de sentença absolutória própria, entende-se que as nulidades absolutas ocorridas no curso do processo estarão convalidadas, visto que não se admite revisão criminal *pro societate*. Não há, portanto, instrumentos processuais capazes de rescindir a coisa julgada. Como se percebe, o único limite ao reconhecimento da nulidade absoluta refere-se à coisa julgada *pro reo*, diante da vedação constitucional da *reformatio pro societate* (revisão da sentença absolutória por iniciativa do Estado). De mais a mais, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos preceitua que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (Dec. 678/92, art. 8º, nº 4). Logo, sentença absolutória contaminada por nulidade absoluta é capaz de transitar em julgado e produzir seus efeitos regulares, dentre eles o de impedir novo processo pela mesma imputação.

No entanto, em se tratando de sentença condenatória ou absolutória imprópria, as nulidades absolutas podem ser arguidas mesmo após o trânsito em julgado, na medida em que, nessa hipótese, há instrumentos processuais aptos a fazê-lo, como a revisão criminal e o *habeas corpus*, que somente podem ser ajuizados em favor do condenado.<sup>16</sup>

15. STF, 2ª Turma, RHC 110.623/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/03/2012, DJe 61 23/03/2012. E ainda: STF, 2ª Turma, HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22/03/2005, DJ 15/04/2005. Em sentido semelhante: “Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de “prova impossível”, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção: STF, 1ª Turma, HC 107.769/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18/10/2011, DJe 225 25/11/2011.

16. No sentido de que a violação ao princípio da ampla defesa pode ser reconhecida mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória: STJ, 6ª Turma, HC 88.934/PB, Relatora Ministra Jane Silva, DJe 10/03/2008.

Não obstante esse entendimento doutrinário, há decisões mais recentes da 6ª Turma do STJ no sentido de que as nulidades absolutas também estão sujeitas à preclusão, *in verbis*: “(...) É consabido que a nulidade absoluta do processo deve ser alegada no primeiro momento oportuno em que teve a parte para se manifestar nos autos. Nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal, nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido. Daí decorre o princípio da lealdade processual, derivado da boa-fé. Conforme a doutrina, o legislador cuidou de afastar eventuais manobras engendradas pela parte unicamente com a finalidade de obter a declaração de nulidade de seu ato, alcançando, com isso, o retrocesso na marcha processual, em prejuízo da parte contrária e da própria atuação jurisdicional. De acordo com precedente desta Casa, o Poder Judiciário não pode compactuar com a chamada nulidade guardada, em que falha processual sirva como uma ‘carta na manga’, para utilização eventual e oportuna pela parte, apenas caso seja do seu interesse”.<sup>17</sup>

Outro aspecto importante acerca das nulidades absolutas é que, aos olhos dos Tribunais Superiores, seu reconhecimento está limitado temporalmente, pelo menos em regra, às instâncias recursais ordinárias. Em outras palavras, em sede de recurso extraordinário e especial, os tribunais superiores só poderão se manifestar sobre uma nulidade absoluta se a mesma tiver sido objeto de prequestionamento, tal qual disposto nas **súmulas 356 do STF** (“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”) e **320 do STJ** (“A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”). Isso, no entanto, não impede a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício pelos Tribunais Superiores em favor do acusado, mas desde que não haja supressão de instância.<sup>18</sup>

17. STJ, 6ª Turma, HC 452.528/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 12.05.2020, DJe 19.05.2020.

18. Se a nulidade absoluta não foi prequestionada no acórdão recorrido, é inviável sua apreciação no recurso extraordinário: STF, 2ª Turma, AI 393.589 AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 29/10/2002, DJ 29/11/2002. Na mesma linha, entendendo que a falta de prequestionamento da alegada tese de ocorrência de prejuízo ocasionada por deficiência técnica da defesa faz incidir o óbice contido nas Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal: STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 1.373.750/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 02/02/2012, DJe 09/02/2012. Em outro julgado, o STJ concluiu que, na hipótese de os arts. 370, § 1º e 394, do CPP, apontados como violados, não foram enfrentados pelo acórdão recorrido, atraindo-se o enunciado das Súmulas ns. 211/STJ, 282 e 356/STF: STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 1.332.241/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/10/2011, DJe 25/10/2011.

#### 4.1.1.1. Hipóteses de nulidades absolutas

Apesar da enorme dificuldade em se fixar um critério rígido e inflexível para diferenciá-la da nulidade relativa, pode-se dizer que, pelo menos em regra, a nulidade absoluta estará presente nas seguintes hipóteses:

a) nas nulidades cominadas no art. 564 do CPP que não estiverem sujeitas à sanação ou convalidação (CPP, art. 572). Explica-se: ao se referir às nulidades que estarão sanadas em virtude do decurso do tempo, o art. 572, inciso I, do CPP, faz menção apenas às nulidades previstas no art. 564, III, “d” e “e”, segunda parte, “g” e “h”, e IV. Ora, se o art. 572 do CPP está dizendo que tais nulidades considerar-se-ão sanadas se não forem arguidas em tempo oportuno, isso significa dizer que as nulidades aí mencionadas estão sujeitas à preclusão, característica básica de toda e qualquer nulidade relativa. Portanto, por meio de interpretação *a contrario sensu* do referido dispositivo, conclui-se que as nulidades cominadas do art. 564 do CPP não ressalvadas pelo art. 572 do CPP têm natureza absoluta.;

b) quando houver violação de normas constantes da Constituição Federal ou de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos (v.g., Pacto de São José da Costa Rica), ainda que essa nulidade não esteja expressamente prevista no art. 564 do CPP (nulidade não cominada). Mais que meros direitos subjetivos das partes, princípios e regras constitucionais e convencionais como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a publicidade, o duplo grau de jurisdição, etc., constituem características de um processo penal justo e legal, regularmente instaurado não apenas em benefício das partes, mas em prol de toda a coletividade, que tem evidente interesse no exercício da função jurisdicional consoante as regras do devido processo legal. Logo, não há espaço para meras irregularidades.

A título de exemplo, supondo que um *crime militar* seja processado e julgado perante a *Justiça Comum Estadual*, o processo estará contaminado por nulidade absoluta, haja vista a flagrante violação ao princípio do juiz natural, que assegura que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (CF, art. 5º, LIII). Na mesma linha, se acaso um Tribunal deixar de conhecer recurso interposto pela defesa, sob o argumento de que o acusado não teria sido recolhido à prisão, deve ser declarada a nulidade absoluta de tal decisão, porquanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assegura expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição, independentemente do recolhimento do acusado à prisão (Dec. 678/92,

art. 8º, § 2º, “h”). Na mesma linha, supondo que o acusado não seja encontrado em virtude de erro no endereço constante do mandado de citação, daí resultando sua citação por edital, há de se declarar a nulidade absoluta do processo a partir da citação. Afinal, a nulidade que vicia a citação pessoal do acusado, impedindo-lhe o exercício da autodefesa e de constituir defensor de sua livre escolha causa prejuízo evidente, daí por que tal vício pode ser arguido a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria, já que se trata de nulidade absoluta.<sup>19</sup>

c) quando, a despeito da ausência de previsão legal expressa de nulidade (nulidades não cominadas), verificar-se que houve a violação de forma prescrita em lei que visa à proteção de interesse de natureza pública.

#### 4.1.2. Nulidade relativa

Nulidade relativa é aquela que atenta contra norma infraconstitucional que tutela interesse preponderante das partes. Duas são as características fundamentais das nulidades relativas:

a) **comprovação do prejuízo:** segundo a doutrina, enquanto o prejuízo é presumido nas hipóteses de nulidade absoluta, o reconhecimento de uma nulidade relativa está condicionado à comprovação do prejuízo decorrente da inobservância da forma prescrita em lei;<sup>20</sup>

b) **arguição oportuna, sob pena de preclusão e consequente convalidação:** diversamente da nulidade absoluta, que pode ser arguida a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria, a nulidade relativa deve ser arguida no momento oportuno (CPP, art. 571), sob pena de preclusão e consequente convalidação da nulidade. É o que ocorre, por exemplo, com a incompetência relativa (v.g., competência territorial), que deve ser arguida por ocasião da apresentação da resposta à acusação (CPP, art. 396-A), sob pena de preclusão temporal. Como se percebe, ao contrário das nulidades absolutas, as de natureza relativa podem ser convalidadas, ou seja, seu vício pode ser removido para que o ato produza seus efeitos regulares, seja pelo decurso do tempo (preclusão temporal), seja pelo

19. STF, 1ª Turma, HC 92.569/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11/03/2008, DJe 74 24/04/2008.

20. No sentido de que a inobservância do procedimento atinente ao reconhecimento de pessoas previsto no art. 226 do CPP configura nulidade relativa que, diante do princípio *pas de nullité sans grief*, deve ser arguida em momento oportuno, com a efetiva demonstração do prejuízo sofrido, sob pena de convalidação: STJ, 5ª Turma, HC 127.000/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 07/05/2009, DJe 31/08/2009.

TÍTULO  
**15**

# AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO

.....  
CAPÍTULO I  
*HABEAS CORPUS*  
.....

## 1. NOÇÕES GERAIS

A liberdade de locomoção é um dos direitos mais sagrados do ser humano, direito este que não pode sofrer quaisquer restrições e/ou limitações, senão as previstas em lei. Para assegurar tal direito, de maneira célere e eficaz, a Constituição Federal outorga a qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, a garantia do *habeas corpus*.

Na dicção da doutrina, a expressão *habeas corpus* significa exiba o corpo, apresente a pessoa que está sofrendo ilegalidade na sua liberdade de locomoção. *Habeas*, de *habeo*, *habes*, *habui*, *habutum*, *habere*, que significa ter, possuir, apresentar, e *corpus* (*corpus*, *oris*), que se traduz por corpo ou pessoa. A expressão é ‘*writ of habeas corpus*’: ordem para apresentar a pessoa que está sofrendo o constrangimento.<sup>1</sup>

No Título referente aos direitos e garantias fundamentais – Título II –, a Carta Magna prevê 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” (CF, art. 5º, LXVIII). Em termos semelhantes, consta do CPP que “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” (art. 647).

Como se percebe, trata-se, o *habeas corpus*, de ação autônoma de impugnação, de natureza

constitucional, vocacionada à tutela da liberdade de locomoção. Logo, desde que a violência ou coação ao direito subjetivo de ir, vir e ficar decorra de ilegalidade ou abuso de poder, o *writ of habeas corpus* servirá como o instrumento constitucional idôneo a proteger o *ius libertatis* do agente. Conquanto sua utilização seja muito mais comum no âmbito criminal, o remédio heroico visa prevenir e remediar toda e qualquer restrição ilegal ou abusiva à liberdade de locomoção, daí por que pode ser utilizado para impugnação de quaisquer atos judiciais, administrativos e até mesmo de particulares.

## 2. NATUREZA JURÍDICA

O Código de Processo Penal trata o *habeas corpus* como recurso: o Capítulo X, que cuida do *Habeas Corpus e seu processo* encontra-se inserido no Título II, que versa sobre os *Recursos em geral*, o qual faz parte do Livro III do CPP, referente às *Nulidades e Recursos em geral*. Apesar de sua localização topográfica no CPP, o *habeas corpus* não tem natureza jurídica de recurso.

É bem verdade que o *habeas corpus*, por vezes, funciona como verdadeiro instrumento destinado à impugnação de decisões judiciais. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz recebe uma denúncia contra determinada pessoa, a despeito da ausência de lastro probatório suficiente para a instauração do processo. Nesse caso, diante da ausência de justa causa para a deflagração da persecução penal em juízo, pode o acusado impetrar ordem de *habeas corpus*, com fundamento no art. 648, inciso I, do CPP, objetivando-se o trancamento do processo, hipótese em que o *habeas corpus* exercerá o papel de verdadeiro recurso.

No entanto, embora possa, vez por outra, ser utilizado como verdadeiro recurso, o *habeas corpus*

1. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 610.

não tem essa natureza jurídica. São vários os motivos pelos quais se pode afirmar, categoricamente, que o *habeas corpus* não é um recurso, a saber:

a) um recurso pressupõe a existência de um processo. Diversamente, o *habeas corpus* pode ser impetrado independentemente da existência de processo penal em curso (v.g., *habeas corpus* objetivando o trancamento de inquérito policial);

b) o recurso é um instrumento de impugnação de decisões judiciais; o *habeas corpus* pode ser impetrado contra decisões judiciais e contra atos administrativos ou de particulares;

c) o recurso funciona como instrumento de impugnação de decisões judiciais não definitivas, ao passo que o *habeas corpus* pode ser utilizado inclusive após o trânsito em julgado, objetivando a rescisão da coisa julgada, desde que ainda subsista constrangimento ilegal à liberdade de locomoção;<sup>2</sup>

d) dentre vários pressupostos de admissibilidade recursal, deve ser aferida a tempestividade do recurso, sendo certo que, operada a preclusão temporal, tal impugnação não poderá ser conhecida. Em sentido diverso, desde que subsista constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, o *habeas corpus* poderá ser utilizado a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria. Nesse ponto, o *habeas corpus* também se diferencia do mandado de segurança, que está sujeito ao prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado (Lei nº 12.016/09, art. 23);<sup>3</sup>

e) dentre vários pressupostos de admissibilidade recursal, deve ser aferida a legitimidade do recurso, sendo certo que, interposto por parte ilegítima, tal impugnação não poderá ser conhecida. Por outro lado, embora sua finalidade seja beneficiar o paciente, ou seja, aquele que sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, uma ordem de *habeas corpus* pode ser requerida por ele mesmo ou por qualquer do povo (CPP, art. 654, *caput*).

Se o *habeas corpus* não é um recurso, no sentido técnico da expressão, qual é, então, sua natureza

jurídica? Doutrina e jurisprudência são uníssonas em afirmar que o *habeas corpus* funciona como verdadeira ação autônoma de impugnação, de natureza constitucional, vocacionada à tutela da liberdade de locomoção, que pode ser ajuizada por qualquer pessoa.<sup>4</sup>

Se se trata, o *habeas corpus*, de ação autônoma de impugnação, e não de um recurso, mister se faz analisar as condições impostas pelo ordenamento para o exercício regular desse direito.

### 3. INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO DE HABEAS CORPUS

#### 3.1. Necessidade da tutela: violência ou coação decorrente de ilegalidade ou abuso de poder

Para que o *habeas corpus* possa ser utilizado, o texto constitucional exige que alguém sofra ou se ache ameaçado de sofrer *violência* ou *coação* em sua liberdade de locomoção em virtude de constrangimento ilegal.

A palavra **violência** exprime a *vis corporalis*, a violência física ou material, implicando agressão física, atentado material ou emprego de força indispensável para que a pessoa não tenha liberdade corpórea. É o que ocorre, por exemplo, com alguém que foi preso em flagrante sem que estivesse em situação de flagrância no momento de sua captura. À evidência, há um constrangimento físico à sua liberdade de locomoção. A **coação**, por sua vez, implica violência moral, *vis compulsiva*, que pode ser decorrente da ameaça, do medo ou da intimidação. Em se tratando da tutela da liberdade de locomoção, deve se atribuir à *violência* ou à *coação* uma interpretação abrangente, colocando-se em sua esfera de incidência qualquer tipo ou modalidade de conduta positiva ou negativa que seja capaz e suficiente de acarretar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.<sup>5</sup>

Essa ameaça de constrangimento ao *ius libertatis* que autoriza a impetração de *habeas corpus* deve constituir-se objetivamente, de forma iminente e

2. Admitindo a impetração de *habeas corpus* contra decisão condenatória transitada em julgado, por ser mais célere e benéfico ao paciente, além de sua impetração estar autorizada no art. 648, VI, do CPP: STF, 2ª Turma, HC 146.327/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27/02/2018.

3. 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 a decisão coberta pela preclusão máxima. STF, 1ª Turma, HC 95.570/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 01/06/2010, DJe 159 26/08/2010.

4. Como observa a doutrina, mesmo se concedido de ofício pelo juiz (CPP, art. 654, § 2º), o *habeas corpus* não perde essa característica, pois, uma vez iniciado o processo, a parte é investida dos poderes e faculdades que caracterizam o direito de ação. Na hipótese, a natureza do bem protegido e a urgência da tutela justificam plenamente o exercício espontâneo da jurisdição, sem que com isso se desnature o fenômeno da ação. (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 270).

5. Nessa linha: MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 8ª ed. Barueri/SP: Manole, 2008. p. 60.

plausível. Logo, se não forem apontados atos concretos que possam causar, direta ou indiretamente, perigo ou restrição à liberdade de locomoção de um paciente, num caso concreto, mas apenas hipoteticamente, será inviável a utilização do *habeas corpus*. Logo, não se admite a utilização do *habeas corpus* para se impugnar um ato normativo em tese.<sup>6</sup> Portanto, reputa-se manifestamente incabível a utilização do *habeas corpus*, em sua versão preventiva, quando o alegado risco à liberdade de locomoção for meramente hipotético. De fato, torna-se insuscetível de conhecimento o *habeas corpus* quando o impetrante não indicar qualquer ato concreto que revele, por parte da autoridade apontada como coatora, a prática de comportamento abusivo ou de conduta revestida de ilicitude.

Não por outro motivo, por ocasião da entrada em vigor da denominada “Lei Seca”, os Tribunais Superiores consideraram não ser o *habeas corpus* instrumento idôneo para se pleitear a expedição de salvo-conduto em favor de motorista que não desejasse se submeter ao teste do bafômetro ou a outro exame de dosagem alcoólica em virtude do princípio que veda a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), uma vez que ausente qualquer violação ou ameaça ao direito à liberdade de locomoção, até mesmo porque eventuais sanções decorrentes de recusa do paciente a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, dentre eles o teste de alcoolemia, não vão além de aplicação de multa e suspensão do direito de dirigir e de medidas administrativas, não existindo, assim, constrangimento a ser sanado no âmbito do writ.<sup>7</sup>

Para além da comprovação de que alguém sofre ou se acha ameaçado de sofrer *violência* ou *coação* em seu direito de ir, vir e ficar, a utilização do *habeas corpus* também pressupõe a existência de *ilegalidade* ou *abuso de poder*. O uso das palavras *ilegalidade* ou *abuso de poder* no texto constitucional deixam entrever que o *habeas corpus* somente será cabível quando restar evidenciado constrangimento *ilegal*

à liberdade de locomoção. Logo, *a contrario sensu*, se a supressão da liberdade física ou corpórea do agente tiver suporte ou lastro legal – por exemplo, prisão penal em virtude de sentença condenatória com trânsito em julgado que reconheceu a prática de fato típico, ilícito e culpável –, não há que se falar em constrangimento ilegal, inviabilizando a utilização do writ.

A **ilegalidade** a que se refere a Constituição Federal (art. 5º, LXVIII) consiste na falta de observância dos preceitos legais exigidos para a validade do ato ou de alguns deles exigidos como necessários. Logo, desde que a violência ou a coação decorram de ato que não encontre amparo na lei, esse constrangimento ilegal será passível de correção pelo remédio heroico do *habeas corpus*. Exemplificando, suponha-se que cidadão preso em flagrante em data de 1º de janeiro de 2012 seja mantido preso por tempo indeterminado, sem que o juiz se pronuncie quanto à conversão da prisão em flagrante em preventiva. Ora, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, a prisão em flagrante não é mais fundamento, por si só, para que alguém permaneça preso durante toda a persecução penal. Caso haja necessidade da manutenção da prisão, evidenciada pela presença dos pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP, o art. 310, inciso II, do CPP, passa a exigir que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, de maneira fundamentada. Se, no caso concreto, tal conversão não foi feita, fica evidente que há um constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do agente, o que autoriza a impetração do *habeas corpus* (CPP, art. 648, I).

O legislador constitucional também autoriza a impetração do writ of *habeas corpus* quando a violência ou coação ao *ius libertatis* resultar de **abuso de poder**. Apesar de o *abuso de poder* estar compreendido dentro do contexto da *ilegalidade*, a Constituição Federal o destacou desta de forma sensata, dando-lhe, assim, maior projeção e relevo. Trata-se do exercício irregular do poder, podendo restar caracterizado na hipótese de incompetência do agente para a prática do ato, ou mesmo quando este, em nome da lei, mas por ela não autorizado, extrapola seus limites. A título de exemplo, suponha-se que a prisão temporária de uma pessoa tenha sido determinada por apenas 5 (cinco) dias. Evidenciando-se que o agente ainda é mantido no cárcere, a despeito do decurso desse prazo, o abuso de poder estará evidenciado, autorizando-se, por conseguinte, a impetração do *habeas corpus*, nos termos do art. 648, II, do CPP.

6. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 215.050/AC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 6/9/2011, DJe 22/09/2011. No sentido de que não é cabível *habeas corpus* para impugnar ato normativo que fixa medidas restritivas para prevenir a disseminação da covid-19, por não constituir via própria para o controle abstrato da validade de leis e atos normativos em geral: STJ, 6ª Turma, PET no HC 655.460/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11.05.2021, DJe 25.05.2021; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 657.184/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18.05.2021, DJe 21.05.2021; STJ, 6ª Turma, PET no HC 576.113/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 09.06.2020, DJe 16.06.2020.

7. STJ, 5ª Turma, HC 140.861/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13/04/2010, DJe 03/05/2010. E ainda: STJ, 5ª Turma, RHC 25.655/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 04/08/2011, DJe 25/08/2011; STJ, 5ª Turma, RHC 26.273/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/09/2009, DJe 13/10/2009.

### 3.2. Adequação: tutela da liberdade de locomoção e a antiga doutrina brasileira do *habeas corpus*

Ao longo de sua existência histórica, o *habeas corpus* já se prestou à tutela de outros direitos, além da liberdade de locomoção. Com a primeira Constituição Republicana, em 1891, o *habeas corpus* passou a constar pela primeira vez do texto constitucional com a seguinte redação: “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” (art. 72, § 22). Como não havia outro remédio constitucional para resguardar, com a mesma presteza do *habeas corpus*, outros direitos, entendeu-se, à época, que ele se destinava a assegurar o exercício de um direito de ordem civil, comercial, constitucional ou administrativa, desde que fosse líquido e que, para o seu exercício, fosse necessária a liberdade de locomoção.

Surge então, com suporte nas lições de Ruy Barbosa, a chamada **doutrina brasileira do *habeas corpus***, autorizando-se a utilização do *writ* não apenas nos casos de prisão e ameaça de prisão, como também nas hipóteses em que o paciente estivesse submetido à coação ou a constrangimento à liberdade individual que lhe impedisse o exercício de um ou de alguns direitos determinados. Com base nessa doutrina, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de conceder *habeas corpus* para a reintegração de funcionários públicos, bem como para determinar a publicação de discursos pela imprensa.<sup>8</sup>

Ocorre que, com a reforma constitucional de 1926 e as demais Constituições até a atual, restou superada a doutrina brasileira do *habeas corpus*. Em primeiro lugar, porque a utilização do *habeas corpus* passou a ficar restrita à tutela da liberdade de locomoção. Em segundo lugar, porque foi criado o mandado de segurança, destinado à proteção de outros direitos líquidos e certos, que não a liberdade de locomoção.

Nesse sentido, aliás, a Constituição Federal de 1988 é categórica. De fato, o art. 5º, LXVIII, prevê que o *habeas corpus* só pode ser utilizado quando alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua *liberdade de locomoção*, por ilegalidade ou abuso de poder. De mais a mais, o art. 5º, LXIX, da CF/88, dispõe que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, *não amparado por habeas corpus ou*

*habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

#### 3.2.1. Hipóteses que autorizam o conhecimento do *habeas corpus*

Como já foi dito, o *habeas corpus* destina-se à tutela da liberdade de ir, vir e ficar. A análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores – notadamente dos julgados da Suprema Corte – aponta no sentido do alargamento do campo de abrangência do *habeas corpus*, como no caso de impetrações contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento, indiciamento de determinada pessoa, recebimento de denúncia, sentença de pronúncia no âmbito do processo do Júri e decisão condenatória, dentre outras.<sup>9</sup>

A jurisprudência do STF estabelece sérias ressalvas ao cabimento do *writ*, no sentido de que supõe violação, de forma mais direta, ao menos em exame superficial, à liberdade de ir e vir dos cidadãos. Essa orientação, entretanto, não tem inviabilizado, por completo, o processo de ampliação progressiva que a garantia do *habeas corpus* possa vir a desempenhar no sistema jurídico brasileiro, sobretudo para conferir força normativa mais robusta à Constituição. Nessa linha, há precedentes no sentido do cabimento do *habeas corpus* para apreciar toda e qualquer medida que possa, em tese, acarretar constrangimento à liberdade de locomoção *ou, ainda, agravar as restrições a esse direito*. Vejamos alguns exemplos:

9. Com a devida vênia, parece-nos indevida essa amplitude emprestada pela jurisprudência do STF ao *habeas corpus*. Não queremos negar a importância do remédio constitucional. De modo algum. Porém, o *writ* deve ser instrumento utilizável apenas quando houver risco concreto à liberdade de locomoção, mormente quando não houver recurso adequado para a impugnação da decisão. Segundo notícia divulgada no site do STJ, em 29 de maio de 2011, a quantidade de *habeas corpus* submetidos ao STJ chegou, em março, à marca dos 200 mil. Ao longo de 19 anos – desde sua instalação, em 1989, até fevereiro de 2008 –, o STJ recebeu 100 mil pedidos de *habeas corpus*. Daí pra frente, em apenas 3 anos, o número dobrou. Este uso excessivo do *habeas corpus*, para além de impedir que situações concretas de risco à liberdade de locomoção sejam apreciadas com a rapidez necessária, também acaba por afastar os Tribunais Superiores de suas verdadeiras funções constitucionais. Na mesma notícia, o Min. Gilson Dipp destacou a chamada ‘banalização e vulgarização’ do *habeas corpus*, “hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção”. Segundo o Ministro, o desprezo pelos recursos regulares ameaça causar a “desmoralização” das instâncias ordinárias, na medida em que, muitas vezes, o *habeas corpus* desloca para os Tribunais superiores a decisão sobre matérias próprias daquelas – o que ele chamou de “uso discricionário da jurisdição pelas partes, ao seu gosto e no momento que bem lhes parecer”. (Disponível em [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area\\_398&tmp.texto=102007](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area_398&tmp.texto=102007). Acesso em 29/01/2011).

8. STF, Pleno, HC 3.536, Rel. Min. Oliveira Ribeiro, j. 06/05/1914.

**a. anterior aceitação da proposta de suspensão condicional do processo e sujeição ao período de prova:** a situação em questão não implica renúncia ao interesse de agir para impetração de *habeas corpus* com o fim de questionar a justa causa do processo. É bem verdade que, com a aceitação da proposta, o processo ficará suspenso por um período de prova que pode variar de 2 (dois) a 4 (quatro) anos (Lei nº 9.099/95). Porém, como a Lei dos Juizados prevê várias causas de revogação do benefício, é evidente que subsiste risco à liberdade de locomoção, o que autoriza a impetração do remédio heroico, caso à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade. O raciocínio em questão também é válido para as hipóteses envolvendo anterior realização de acordo de transação penal;<sup>10</sup>

**b. autorização judicial de quebra de sigilos (v.g., bancário, fiscal), se destinada a fazer prova em procedimento penal:** na visão do STF, se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial referente à infração penal à qual seja não seja cominada exclusivamente pena de multa, admite-se a utilização do *habeas corpus*, dado que, de um ou do outro, pode advir condenação a pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia vir a ser viciada pela ilegalidade contra a qual se volta a impetração da ordem. Por isso, o *habeas corpus* tem sido considerado idôneo para impugnar o indeferimento de prova de interesse do investigado ou acusado, o deferimento de prova ilícita ou o deferimento inválido de prova lícita;<sup>11</sup>

**c. homologação de acordo de colaboração premiada:** a ação de *habeas corpus* deve ser admitida para atacar atos judiciais que acarretem impacto relevante à esfera de direitos de imputados criminalmente. Há medidas cautelares restritivas a direitos importantes, adotados em processo criminal, que merecem atenção por instâncias revisionais pela via mais expedita possível. Em relação à homologação de um acordo de colaboração premiada, trata-se de etapa fundamental da sistemática negocial regulada pela Lei 12.850/2013 e que toca diretamente com o exercício do poder punitivo estatal, visto que, nele, regulam-se benefícios ao imputado e limites à persecução penal. Ademais, atualmente, inexistente previsão legal expressa de recurso cabível em face de não homologação ou de homologação parcial de acordo.<sup>12</sup>

### 3.2.2. Hipóteses em que não se autoriza o conhecimento do *habeas corpus* por falta de adequação

O remédio constitucional do *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de outras ações judiciais, notadamente naquelas hipóteses em que o direito-fim não se identifica com a própria liberdade de locomoção física. Assim, não havendo risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física, não se revela pertinente o remédio do *habeas corpus*, cuja utilização supõe, necessariamente, a concreta configuração de ofensa, atual ou iminente, ao direito de ir, vir e permanecer das pessoas. Destarte, caso a pretensão do impetrante não esteja relacionada à tutela da liberdade de locomoção, faltará interesse de agir por inadequação do pedido, acarretando o não conhecimento do *habeas corpus*. Alguns exemplos podem ser citados:

**1) persecução penal referente à infração penal à qual seja cominada tão somente a pena de multa:** o não pagamento de multa não autoriza mais a conversão em pena privativa de liberdade (CP, art. 51, com redação determinada pela Lei nº 9.268/96). Logo, na medida em que não é possível a conversão em prisão, não há risco à liberdade de locomoção, revelando-se inadequada a utilização do *habeas corpus*. A propósito, diz a **súmula nº 693 do STF** que “não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada”. Embora a pena de multa possua natureza de sanção penal (STF, ADI n. 3.150/DF), subsiste a impossibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade em caso de inadimplemento,

10. STF, 2ª Turma, RHC 82.365/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27/05/2008, DJe 117 26/06/2008. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 85.747/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/06/2005, DJ 14/10/2005; STF, 1ª Turma, HC 89.179/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 21/11/2006, DJ 13/04/2007; STJ, 5ª Turma, RHC 41.527/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/03/2015, DJe 11/03/2015. Em sentido diverso, porém relativo a acusado que havia aceito proposta de transação penal, a 6ª Turma do STJ (HC 495.148/DF, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 24/09/2019, DJe 03/10/2019) concluiu que a concessão do referido benefício impediria a impetração de *habeas corpus* objetivando o trancamento do processo penal. Na visão do referido colegiado, cuida-se, a transação penal, de instituto cuja aplicação, por natureza e como regra, ocorre na fase pré-processual. Por conseguinte, visa impedir a instauração da *persecutio criminis in iudicio*. E é por esse motivo que não se revela viável, após a celebração do acordo, pretender discutir em ação autônoma a existência de justa causa para ação penal. Trata-se de decorrência lógica, pois não há processo penal instaurado que se possa trancar. De mais a mais, se houve um acordo entre as partes, razão pela qual a acusação sequer foi formalizada contra o acusado, seria incompatível e contraditório permitir que se impugnasse em juízo a justa causa de processo penal que, a bem da verdade, não foi instaurado. Com a devida vênia à 6ª Turma do STJ, não se pode aceitar que o poder punitivo estatal seja exercido sem o devido controle judicial pelo simples fato de o acusado ter aceitado um acordo de transação penal, de cujo descumprimento, aliás, pode resultar a restauração da persecução penal, daí por que não se pode negar a possibilidade de impetração de *habeas corpus*, desde que à infração penal em questão seja cominada pena privativa de liberdade. Nesse sentido: STF, 2ª Turma, HC 176.785, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/12/2019.

11. STF, 1ª Turma, HC 79.191/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04/05/1999, DJ 08/10/1999. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 84.869/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21/06/2005, DJ 19/08/2005.

12. STF, 2ª Turma, HC 192.063/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.02.2021.

por ser dívida de valor (CP, art. 51). Logo, sem embargo de o STJ ter firmado entendimento no sentido de que o não pagamento da pena de multa, de natureza penal, inviabiliza a extinção da punibilidade em caso de cumprimento apenas da pena privativa de liberdade,<sup>13</sup> os respectivos reflexos são extrapenais ou apenas acidentais e não atuais, o que, portanto, continua a inviabilizar a utilização do *habeas corpus*, que pressupõe coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir.<sup>14</sup> Outrossim, considerando-se que, com o advento da Lei nº 11.343/06, deixou de ser possível a aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28), sequer por conversão, forçoso é concluir que eventual persecução penal instaurada em relação a este delito não terá o condão de expor a liberdade ambulatorial do agente a risco de ameaça. Por conseguinte, nos mesmos moldes que um processo penal referente à infração penal à qual seja cominada exclusivamente pena de multa, não se admite a utilização do *habeas corpus* para impugnar eventual decisão que impuser as penas previstas no art. 28, o que, no entanto, não impede a utilização do mandado de segurança quando estivermos diante de ilegalidades ou abuso de poder;<sup>15</sup>

**2) quando já tiver havido o cumprimento da pena privativa de liberdade:** suponha-se que, em virtude de sentença condenatória com trânsito em julgado proferida por um *juiz federal*, determinado cidadão tenha sido condenado pela prática de *crime militar*, tendo, inclusive, cumprido a pena de reclusão que lhe fora imposta. Diante da manifesta nulidade do processo – incompetência absoluta em razão da matéria – poder-se-ia cogitar da utilização do *habeas corpus*, porém, como a pena já foi cumprida, revela-se inviável a utilização do *writ*. É nesse sentido, aliás, o teor da súmula nº 695 do Supremo: “Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade”.<sup>16</sup>

**3) exclusão de militar, perda de patente ou de função pública:** suponha-se que, em virtude de infração funcional, seja imposta a determinado servidor

público a penalidade de perda da função pública. Nesse caso, ainda que o processo administrativo esteja contaminado por flagrante ilegalidade, não será possível a utilização do *habeas corpus*, porquanto a pretensão não guarda relação com a tutela da liberdade de locomoção. O instrumento correto a ser utilizado será o mandado de segurança. Sobre o assunto, diz a súmula nº 694 do Supremo que “não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública;<sup>17</sup>

**4) perda do cargo como efeito extrapenal específico de sentença condenatória transitada em julgado:** como o *habeas corpus* é remédio instituído pela Constituição Federal para a garantia do direito à liberdade de locomoção, deve ser reconhecida a inadequação de sua utilização para impugnar a falta de fundamentação de sentença que decretou a perda de cargo público como efeito extrapenal específico de sentença condenatória, já que tal matéria surte efeito apenas na esfera administrativa de direitos do indivíduo, sendo certo que existem no ordenamento jurídico outros meios pelos quais a alegada ilegalidade pode ser adequadamente analisada;<sup>18</sup>

**5) apreensão de veículos:** se determinado automóvel for apreendido em uma operação policial em virtude de irregularidades na documentação, não se afigura possível a utilização do *habeas corpus*. Ora, considerando-se que o objeto do *habeas corpus* é a tutela da liberdade de locomoção, direito fundamental do *ser humano*, é evidente que a apreensão de veículo não autoriza a impetração do *writ*, porquanto a irresignação do impetrante guarda relação com a apreensão de bem que integra seu patrimônio. Logo, a questão deve ser tratada por meio de mandado de segurança, nos termos do art. 5º, LXIX, da CF/88;

**6) pedido de reabilitação:** a via do *habeas corpus* não é a adequada para eventual pedido de reabilitação do paciente. Afinal, extinta a punibilidade ou encerrada a execução da pena, não há falar em constrangimento à liberdade de locomoção do paciente a ser protegido via *habeas corpus*. Incide, no caso, a Súmula nº 695 do Supremo (“Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade”);<sup>19</sup>

13. STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.850.903/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 28.04.2020.

14. STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 595.701/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20.10.2020, DJe 26.10.2020.

15. No sentido da impropriedade da impetração de *habeas corpus* em relação ao crime do art. 28 da Lei de Drogas, haja vista não haver cominação de pena privativa de liberdade: STF, 1ª Turma, HC 127.834/MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 05/12/2017. Na mesma linha: MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 86.

16. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 89.130 AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/09/2006, DJ 22/09/2006.

17. Em hipótese de condenação de militar à pena acessória de exclusão das Forças Armadas, o Supremo entendeu que, diante da inexistência de risco ou dano à liberdade de locomoção, não seria cabível a utilização do *habeas corpus*, nos moldes da súmula nº 694 do STF: STF, 2ª Turma, HC 89.198 AgR/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14/11/2006, DJ 01/12/2006 p. 92.

18. STJ, 5ª Turma, HC 148.109/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/04/2010, DJe 07/06/2010. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, RHC 93.308/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03/02/2009, DJe 43 05/03/2009.

19. STF, 1ª Turma, HC 90.554/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 06/03/2007, DJ 23/03/2007.

**7) preservação da relação de confidencialidade de que deve existir entre advogado e cliente:** para a Suprema Corte, não cabe *habeas corpus* quando impetrado com a exclusiva finalidade de preservar e proteger o direito à intimidade (relação de confidencialidade) dos advogados e de seus eventuais clientes, porquanto ausente constrangimento ilegal que afete imediatamente a liberdade de locomoção física de qualquer indivíduo;<sup>20</sup>

**8) extração gratuita de cópias de processo criminal:** o *habeas corpus* não constitui meio idôneo para se pleitear o fornecimento, sem custos, de cópias de processo criminal, uma vez que ausente qualquer violação ou ameaça à garantia do direito à liberdade de locomoção;<sup>21</sup>

**9) requerimento de aditamento da denúncia para fins de inclusão de outro acusado:** é incabível *habeas corpus* contra autoridade judiciária com o objetivo de incluir outrem no polo passivo de processo penal, pois compete ao Ministério Público, na condição de *dominus litis*, formar a *opinio delicti* e decidir quem denunciar em caso de ação penal pública. Por esse motivo, a 1ª Turma do Supremo denegou *habeas corpus* em que requerido o aditamento de denúncia a fim de que terceiro também fosse criminalmente processado;<sup>22</sup>

**10) visita a detento:** por não haver efetiva restrição ao *status libertatis*, o *habeas corpus* é meio inidôneo para discutir direito de visita a preso;<sup>23</sup>

**11) anulação de processo criminal em face de nulidade absoluta que, beneficiando a defesa, resultou em absolvição do acusado:** não se presta o *habeas corpus* para amparar pretensão contrária aos interesses do acusado, manejada pelo assistente de acusação, no sentido de que seja restabelecida condenação que restou afastada pelo e. Tribunal a quo;<sup>24</sup>

**12) perda de direitos políticos:** sendo o *habeas corpus* instrumento constitucional destinado à salvaguarda do direito de locomoção, não há como examinar a alegação de constrangimento ilegal resultante da perda de direitos políticos, visto que a decisão nesse sentido não implica ameaça à liberdade de ir e vir;<sup>25</sup>

**13) impeachment:** é inidônea a via do *habeas corpus* para defesa de direitos desvinculados da liberdade de locomoção, como é o caso do processo de *impeachment* pela prática de crime de responsabilidade, que configura sanção de índole político-administrativa, não pondo em risco a liberdade de ir, vir e permanecer do Presidente da República;<sup>26</sup>

**14) custas processuais:** de acordo com a súmula nº 395 do Supremo, “não se conhece do recurso de *habeas corpus* cujo objeto seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção”;

**15) omissão de relator de extradição:** “não se conhece de *habeas corpus* contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito” (Súmula nº 692 do STF). Isso porque, na visão do Supremo, não cabe *habeas corpus* contra decisão de ministro do Supremo Tribunal Federal – aplicação analógica do óbice da **súmula nº 606 do STF**;

**16) reparação civil fixada na sentença condenatória (CPP, art. 387, IV);** na visão do STJ, a via processual do *habeas corpus* não é adequada para impugnar a reparação civil fixada na sentença penal condenatória, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, tendo em vista que a sua imposição não acarreta ameaça, sequer indireta ou reflexa, à liberdade de locomoção;<sup>27</sup>

**17) Suspensão do direito de dirigir veículo automotor:** como esta não acarreta, por si só, qualquer risco à liberdade de locomoção, uma vez que, caso descumprida, não pode ser convertida em reprimenda privativa de liberdade, tendo em vista inexistir qualquer previsão legal nesse sentido, não se admite a utilização do *habeas corpus*;<sup>28</sup>

**18) Cultivo da *Cannabis sativa L* para fins medicinais ou científicos:** inicialmente, 5ª Turma do STJ<sup>29</sup> entendia que era incabível salvo-conduto para o cultivo da *cannabis* visando à extração do óleo medicinal, ainda que na quantidade necessária para o controle da epilepsia, posto que a autorização para tanto deveria ficar a cargo da ANVISA, que, diante das peculiaridades do caso concreto, poderá autorizar ou não o cultivo e colheita de plantas

20. STF, Pleno, HC 83.966 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/06/2004, DJ 25/11/2005.

21. Com esse entendimento: STJ, 5ª Turma, HC 111.561/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/03/2011, DJe 25/04/2011.

22. STF, 1ª Turma, HC 108.175/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20/09/2011, DJe 19/14/10/2011.

23. Com esse entendimento: STF, 2ª Turma, HC 133.305/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24/05/2016. Com entendimento semelhante: STF, 1ª Turma, HC 128.057/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 1º/08/2017.

24. STJ, 5ª Turma, HC 46.080/PA, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/05/2006, DJ 01/08/2006.

25. STF, 2ª Turma, HC 81.003/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14/08/2001, DJ 19/10/2001, p. 32.

26. STF, Pleno, HC 70.033 AgR/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 04/03/1993, DJ 16/04/1993. Com entendimento semelhante: STF, Pleno, HC 134.315 AgR/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16/06/2016.

27. STJ, 5ª Turma, HC 151.181/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06/12/2011, DJe 19/12/2011.

28. STJ, 5ª Turma, HC 283.505/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/10/2014.

29. STJ, 5ª Turma, RHC 123.402/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23.03.2021.

das quais se possam extrair as substâncias necessárias para a produção artesanal dos medicamentos. Assim, a melhor solução é submeter a questão ao exame da autarquia responsável pela vigilância sanitária para que analise o caso concreto e decida se é viável a autorização para cultivar e ter a posse de plantas de *Cannabis sativa L.* para fins medicinais, suprindo a exigência contida no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e, em caso de demora ou de negativa, apresentar o tema ao Poder Judiciário, devendo o pleito ser direcionado, porém, à jurisdição cível competente.<sup>30</sup> Com raciocínio diverso, a **6ª Turma do STJ** admitiu a concessão de salvo-conduto para o plantio e o transporte de *Cannabis Sativa* para fins exclusivamente terapêuticos, com base em receituário e laudo subscrito por profissional médico especializado, e chancelado pela Anvisa. Uma vez que é possível, ao menos em tese, que os pacientes tenham suas condutas enquadradas no art. 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, punível com pena privativa de liberdade, é indiscutível o cabimento de *habeas corpus* para os fins por eles almejados: concessão de salvo-conduto para o plantio e o transporte de *Cannabis Sativa*, da qual se pode extrair a substância necessária para a produção artesanal dos medicamentos prescritos para fins de tratamento de saúde. Se o Direito Penal, por meio da “guerra às drogas”, não mostrou, ao longo de décadas, quase nenhuma aptidão para resolver o problema relacionado ao uso abusivo de substâncias entorpecentes – e, com isso, cumprir a finalidade de tutela da saúde pública a que em tese se presta –, pelo menos que ele não atue como empecilho para a prática de condutas efetivamente capazes de promover esse bem jurídico fundamental à garantia de uma vida humana digna, como pretendem os pacientes com o plantio da **Cannabis Sativa** para fins exclusivamente medicinais.<sup>31</sup> Seguindo essa linha de raciocínio, a **5ª Turma do STJ** alterou seu entendimento acerca da matéria, tendo assentado, em recente julgado, que as condutas de plantar maconha para fins medicinais e importar sementes para o plantio não preenchem a tipicidade material, motivo pelo qual se faz possível a expedição de salvo-conduto, desde que comprovada a necessidade médica do tratamento.<sup>32</sup> Diante da omissão estatal em regulamentar o plantio para uso medicinal da maconha, não é coerente que o mesmo Estado, que preza pela saúde da população

e já reconhece os benefícios medicinais da *cannabis sativa*, condicione o uso da terapia canábica àqueles que possuem dinheiro para aquisição do medicamento, em regra importado, ou à burocracia de se buscar judicialmente seu custeio pela União. Desde 2015, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária vem autorizando o uso medicinal de produtos à base de cannabis sativa, havendo, atualmente, autorização sanitária para o uso de 18 fármacos. De fato, a ANVISA classificou a maconha como planta medicinal (RDC n. 130/2016) e incluiu medicamentos à base de canabidiol e THC que contenham até 30mg/ml de cada uma dessas substâncias na lista A3 da Portaria n. 344/1998, de modo que a prescrição passou a ser autorizada por meio de Notificação de Receita A e de Termo de Consentimento Informado do Paciente. Quanto à importação das sementes para o plantio, tem-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram o entendimento de que a conduta não tipifica os crimes da Lei de Drogas, porque tais sementes não contêm o princípio ativo inerente à *cannabis sativa*. Ficou assentado, outrossim, que a conduta não se ajustaria igualmente ao tipo penal de contrabando, em razão do princípio da insignificância. Entretanto, considerado o potencial para tipificar o crime de contrabando, importante deixar consignado que, cuidando-se de importação de sementes para plantio com objetivo de uso medicinal, o salvo-conduto deve abarcar referida conduta, para que não haja restrição, por via transversa do direito à saúde;

**19) perda superveniente do interesse de agir em face da cessação do constrangimento ilegal à liberdade de locomoção:** se, durante o trâmite de um *habeas corpus*, o juiz ou tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido, nos termos do art. 659 do CPP. Em tal hipótese, a extinção do processo sem a apreciação do mérito se dará pelo desaparecimento superveniente do interesse de agir, porquanto terá deixado de existir ameaça ou violência à liberdade de locomoção. Quanto a esta última hipótese, é interessante perceber que, até bem pouco tempo atrás, era muito comum que os Tribunais declarassem prejudicado o pedido de *habeas corpus* quando ocorresse mudança no título da prisão. Exemplo: acusado permanecia preso preventivamente durante o curso do processo na 1ª instância e se valia de *habeas corpus* para impugnar o decreto prisional por conta, por exemplo, do excesso de prazo. Era muito comum que, impetrado o *writ*, fosse proferida pelo juiz a sentença condenatória (ou pronúncia), hipótese, então, em que a anterior prisão preventiva

30. STJ, 5ª Turma, AgRg no RHC 155.610/CE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.05.2022, DJe 13.05.2022.

31. STJ, 6ª Turma, Processo sob segredo judicial, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 14.06.2022.

32. STJ, 5ª Turma, Processo sob segredo judicial, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22.11.2022.

seria substituída por uma prisão decorrente de sentença condenatória recorrível (ou de pronúncia). Nesses casos, os Tribunais costumavam declarar a perda do objeto do habeas corpus, porquanto teria havido a mudança do título da prisão. Ocorre que, com as alterações legislativas produzidas pelas Leis 11.689/08, 11.719/08 e 12.403/11, as prisões decorrentes de sentença condenatória recorrível e de pronúncia deixaram de existir, sendo certo que, com a nova redação do art. 310, inciso II, do CPP, nem mesmo a prisão em flagrante justifica mais, por si só, a manutenção de alguém no cárcere durante todo o curso da persecução penal, já que a lei passou a exigir sua conversão em preventiva, caso presentes os pressupostos dos arts. 312 e 313 e verificada a inadequação das medidas cautelares diversas da prisão. Mas quais são as consequências dessas mudanças? Ora, com a nova sistemática, mantida a prisão preventiva do acusado depois da pronúncia ou da sentença condenatória recorrível, subsiste interesse jurídico em se conhecer de *habeas corpus* que ataque os fundamentos ou qualquer outro requisito de legalidade da prisão preventiva anteriormente decretada e mantida no momento da sentença ou da pronúncia, se não houver nova fundamentação com acréscimo de novos fatos a justificar a necessidade da prisão.<sup>33</sup>

### 3.2.2.1. Habeas Corpus substitutivo de Recurso Ordinário

Até bem pouco tempo atrás, era dominante na jurisprudência o entendimento de que o fato de a lei prever o cabimento de recurso contra determinada decisão judicial, ainda que dotado de efeito suspensivo, não afastaria o interesse de agir para utilização do *habeas corpus*, desde que demonstrada a imprescindibilidade do *writ* para a proteção da liberdade de locomoção. Face seu procedimento sumaríssimo, o *habeas corpus* constitui remédio muito mais ágil para a tutela da liberdade de locomoção do indivíduo, sobrepondo-se a qualquer outra medida, caso a ilegalidade possa ser comprovada de plano, sem necessidade de dilação probatória.<sup>34</sup>

Basta pensar, a título ilustrativo, no seguinte exemplo: diante de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção perpetrado por Delegado de

Polícia (v.g., prisão em flagrante de agente que não estava em situação de flagrância), o paciente impetra ordem de *habeas corpus* perante o juiz estadual de 1ª instância. Denegada a ordem, é cabível a interposição de recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, X), a ser apreciado pelo respectivo Tribunal de Justiça. Na mesma linha, se a autoridade coatora for um Juiz Federal, é cabível a impetração de *habeas corpus* perante o respectivo Tribunal Regional Federal. Denegada a ordem, pode o impetrante recorrer por meio de recurso ordinário constitucional (CF, art. 105, II, “a”), a ser apreciado pelo STJ.

Como se percebe, em ambos os exemplos citados, há previsão legal de recurso adequado para a impugnação do constrangimento ilegal à liberdade de locomoção. Todavia, doutrina e jurisprudência sempre admitiram a utilização do denominado ***habeas corpus substitutivo***, que consiste na faculdade outorgada ao interessado de optar pela impetração de novo *habeas corpus* ao Tribunal imediatamente superior, ao invés de ter que interpor o recurso previsto em lei. Em tais situações, sempre se considerou que, ao denegar anterior ordem de *habeas corpus*, o juiz ou tribunal passam a ser responsáveis pelo constrangimento ilegal, assumindo a condição de autoridade coatora, daí por que o interessado pode impetrar novo *writ* constitucional em substituição a eventual recurso ordinário.

Recentemente, porém, nota-se crescente mudança de orientação jurisprudencial acerca do assunto. Em julgados mais recentes, tanto a 1ª Turma do Supremo quanto o STJ vêm reconhecendo a inadequação do *habeas corpus* quando possível interposição de recurso ordinário. Se, em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada,<sup>35</sup> passara-se a admitir o denominado *habeas corpus substitutivo de recurso ordinário*, atualmente, esse quadro estaria praticamente inviabilizando a jurisdição em tempo hábil, levando o STF e o STJ a receber inúmeros *habeas corpus* que, com raras exceções, não poderiam ser enquadrados como originários, mas sim medidas intentadas a partir de entendimento jurisprudencial.<sup>36</sup>

35. A título de curiosidade, somente no 1º semestre de 2012, o Supremo recebeu 2.181 petições de *habeas corpus*, contra apenas 108 Recursos Ordinários em *Habeas corpus*; no STJ, foram impetradas 16.372 ordens de *habeas corpus*, e apenas 1.475 recursos ordinários.

36. STF, 1ª Turma, HC 108.715/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/08/2012. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/08/2012. Há precedentes de ambas as Turmas do STJ no sentido de que o remédio constitucional não pode ser utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade da paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de

33. É nesse sentido a lição de Gustavo Henrique Badaró (*As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coordenação: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 83).

34. Nesse ponto, o *habeas corpus* aparta-se do mandado de segurança. Afinal, segundo o art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/09, não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

Em síntese, deve ser prestigiada a função constitucional excepcional do *habeas corpus*. Porém, não se pode desmerecer as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de julgamento e forçosamente deslocar para os tribunais superiores o exame de matérias próprias das instâncias ordinárias, que normalmente não são afetadas a eles. Logo, deve ser reconhecida a inadequação do *habeas corpus* sempre que a sua utilização revelar a banalização da garantia constitucional ou a substituição do recurso cabível, com inegável supressão de instância.<sup>37</sup> Daí por que, em caso concreto em que um recurso especial não foi conhecido, tendo a parte optado por utilizar o *habeas corpus* em substituição ao agravo de instrumento, recurso ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para a análise dos fundamentos da inadmissão do recurso especial, concluiu o STJ que o remédio heroico não devia ser conhecido, por consistir em utilização inadequada da garantia constitucional em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.<sup>38</sup>

Para a 3ª Seção do STJ,<sup>39</sup> quando impetrado de forma concomitante com o recurso cabível contra o ato impugnado, o *habeas corpus* será admissível apenas se for destinado à tutela direta da liberdade de locomoção ou se traduzir pedido diverso do objeto do recurso próprio e que reflita mediamente na liberdade do paciente. A existência de um complexo sistema recursal no processo penal brasileiro permite à parte prejudicada por decisão judicial submeter ao órgão colegiado competente a revisão do ato jurisdicional, na forma e no prazo previstos em lei. Eventual manejo de *habeas corpus*, ação constitucional voltada à proteção da liberdade humana, constitui estratégia defensiva válida, sopesadas as vantagens mas também os ônus de tal opção. A tutela constitucional e legal da liberdade humana justifica algum temperamento dos rigores formais inerentes aos recursos em geral, mas não dispensa a racionalidade no uso dos instrumentos postos à disposição

do acusado ao longo da persecução penal, dada a necessidade de também preservar a funcionalidade do sistema de justiça criminal, cujo poder de julgar de maneira organizada, acurada e correta, permeado pelas limitações materiais e humanas dos órgãos de jurisdição, se vê comprometido – em prejuízo da sociedade e dos jurisdicionados em geral – pelo concomitante emprego de dois meios de impugnação com igual pretensão. Sob essa perspectiva, a interposição do recurso cabível contra o ato impugnado e a contemporânea impetração de *habeas corpus* para igual pretensão somente permitirão o exame do *writ* se for este destinado à tutela direta da liberdade de locomoção ou se traduzir pedido diverso em relação ao que é objeto do recurso próprio e que reflita mediamente na liberdade do paciente. Nas demais hipóteses, o *habeas corpus* não deve ser admitido e o exame das questões idênticas deve ser reservado ao recurso previsto para a hipótese, ainda que a matéria discutida resvale, por via transversa, na liberdade individual. A solução deriva da percepção de que o recurso de apelação detém efeito devolutivo amplo e grau de cognição - horizontal e vertical – mais amplo e aprofundado, de modo a permitir que o tribunal a quem se dirige a impugnação examine, mais acuradamente, todos os aspectos relevantes que subjazem na ação penal. Assim, em princípio, a apelação é a via processual mais adequada para a impugnação de sentença condenatória recorrível, pois é esse o recurso que devolve ao tribunal o conhecimento amplo de toda a matéria versada nos autos, permitindo a reapreciação de fatos e de provas, com todas as suas nuances, sem a limitação cognitiva da via mandamental. Igual raciocínio, *mutatis mutandis*, há de valer para a interposição de *habeas corpus* juntamente com o manejo de agravo em execução, recurso em sentido estrito, recurso especial e revisão criminal.

#### 4. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

O pedido formulado pela parte deve referir-se a uma providência admitida pelo direito objetivo, ou seja, o pedido deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico, referindo-se a uma providência permitida em abstrato pelo direito objetivo.

##### 4.1. Cabimento do *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares

Quanto às punições disciplinares militares das quais resulte privação da liberdade de locomoção, há de se ficar atento à vedação constitucional da utilização do *habeas corpus* (CF, art. 142, § 2º; art. 42, § 1º), a qual seria justificada, em tese, pelos princípios de hierarquia e disciplina, evitando que as punições

*habeas corpus*. A propósito: STJ, 6ª Turma, HC 306.677/RJ, Rel. Min. Ericson Marinho, j. 19/05/2015, DJe 28/05/2015; STJ, 5ª Turma, HC 245.963/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 12/05/2015, DJe 28/05/2015; ; STJ, 5ª Turma, HC 239.550/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/09/2012.

37. STJ, HC 165.156/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 03/03/2011.

38. STJ, 5ª Turma, HC 165.156/MS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 03/03/2011, DJe 14/03/2011. No sentido de que não é cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição à utilização de agravo em execução na hipótese em que não há ilegalidade manifesta relativa a matéria de direito cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória: STJ, 6ª Turma, HC 238.422/BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 06/12/2012, DJe 13/12/2012.

39. STJ, 3ª Seção, HC 482.549/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 11/03/2020, DJe 03/04/2020.