

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND

IGOR DE OLIVEIRA GUALBERTO

**A Utilização do *Habeas Corpus* como Instrumento de Controle de Legalidade da
Investigação Criminal nos Delitos Econômicos**

RIO DE JANEIRO

2021

IGOR DE OLIVEIRA GUALBERTO

**A Utilização do *Habeas Corpus* como Instrumento de Controle de Legalidade da
Investigação Criminal nos Delitos Econômicos**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta(UFRJ).

Banca Examinadora:

Junya Rodrigues Barletta

Orientadora

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Membro da Banca

Isabella Lucena

Membro da Banca

Data da Aprovação: 16/02/2022

RIO DE JANEIRO

2021

AGRADECIMENTOS

A Jesus, o Autor da Vida, porque Dele, por Ele e para Ele são todas as coisas.

Aos meus pais, Neusa e Gilton, pelo apoio emocional e material que nunca deixaram faltar.

Aos meus Pastores Marco Antônio e Juçara Peixoto, e às minhas Líderes, Julia e Lidia Peixoto, pela palavra de fé e ousadia que impulsiona minha vida.

Aos meus amigos Luan, Danilo, Rayan, Natália, Malu e Amanda, que dividiram comigo essa trajetória, agradeço pelo apoio e companheirismo constante nesses cinco anos.

A Felipe Jobim e Thaísa Souza, meus Mestres no ofício da advocacia, agradeço por me ensinarem os primeiros passos dessa nobre profissão.

Ao Colégio Pedro II, e a todas as amigas e amigos que fiz nesta maravilhosa instituição, pela contribuição inestimável para a minha formação cidadã e desejo de construir um Brasil mais justo.

CIP - Catalogação na Publicação

GG899u Gualberto, Igor de Oliveira
A Utilização do Habeas Corpus como Instrumento de Controle de Legalidade da Investigação Criminal nos Delitos Econômicos / Igor de Oliveira Gualberto. -- Rio de Janeiro, 2022.
126 f.

Orientadora: Junya Rodrigues Barletta.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito Processual Penal. 2. Direitos Humanos. 3. Habeas Corpus. 4. Maxiprocessos. 5. Jurisprudência Defensiva. I. Barletta, Junya Rodrigues, orient. II. Título.

Vejam, estou fazendo uma coisa nova! Ela já está surgindo! Vocês não a reconhecem? Até no deserto vou abrir um caminho e riachos no ermo.

Isaiás 43:19, NVI.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é, por meio de uma pesquisa teórica e jurisprudencial, verificar os limites e possibilidades do *habeas corpus* como instrumento para garantia dos direitos inerentes ao devido processo legal no âmbito das grandes investigações de crimes econômicos - os chamados maxiprocessos criminais. Em um primeiro momento, serão analisadas as origens históricas desse instituto e a sua conformação doutrinária e jurisprudencial no direito brasileiro. Na sequência, serão analisadas as características dos maxiprocessos criminais e a tensão estabelecida entre esse fenômeno e a garantia do *habeas corpus*. Após, por meio do estudo de julgados paradigmáticos pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, será verificada a aptidão do *writ* para tutela do devido processo legal em situações não diretamente ligadas à liberdade de locomoção. Por fim, será objeto de estudo o regramento amplo da proteção judicial da liberdade no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Palavras-Chave: *Habeas Corpus*; devido processo legal; maxiprocessos criminais; Supremo Tribunal Federal; liberdade de locomoção; doutrina brasileira do *habeas corpus*.

ABSTRACT

This paper aims, through theoretical and jurisprudential research, to verify the possibilities and limitations of the writ of habeas corpus as a tool to guarantee the rights related to the due process of law in a context of the large criminal investigations about economic crimes - the criminal mega trials. At first, will be analyzed the historical origins of habeas corpus and its jurisprudential and theoretical conformation in brazilian law. Next, the characteristics of criminal maxi procedures will be analyzed and the tension established between this phenomenon and the writ of habeas corpus. After, through a study of leading cases from Federal Supreme Court and Superior Court of Justice's jurisprudence, will be verified the writ's ability to the protection of due process of law in situations not directly linked to the right of locomotion. Finally, the broad regulation of the judicial protection of right of locomotion at the Inter-American System of Human Rights will be studied.

Keywords: habeas corpus; due process of law; criminal mega trials; Federal Supreme Court; right of locomotion; brazilian doctrine of habeas corpus.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 01 - A AMPLITUDE DO HABEAS CORPUS NO DIREITO BRASILEIRO E O SEU CABIMENTO DURANTE A FASE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR... 22	
1.1 Origens Históricas e Fundamentos Filosóficos do Habeas Corpus.....	22
1.2 A Amplitude do Habeas Corpus no Direito Brasileiro	27
1.3 A Tutela de Direitos Fundamentais na Fase de Investigação	34
CAPÍTULO 02 - O EMPREGO DO HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE LEGALIDADE DOS MAXIPROCESSOS CRIMINAIS.....	45
2.1 Os Novos Paradigmas Trazidos pelos Maxiprocessos Criminais.....	45
2.2 Maxiprocessos e a Negação do Modelo Liberal de Processo Penal.....	50
2.3 Maxiprocessos no Contexto Brasileiro.....	55
2.4 O HC n.º 149.250/SP e a Utilização do Habeas Corpus no Controle da Atividade Investigatória Estatal.....	59
2.5 O HC n.º 82.354/PR e o Uso do Habeas Corpus para Garantia do Direito de Defesa..	66
2.6 O HC n.º 164.493/PR e o Uso do Writ para Garantir o Direito a um Juiz Imparcial...	74
CAPÍTULO 03 - O DIREITO A MECANISMOS EFETIVOS DE TUTELA DA LIBERDADE E A INCONVENCIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA .	84
3.1 A Tutela da Liberdade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos	84
3.2 A Incompatibilidade da Jurisprudência Defensiva com a Convenção Americana de Direitos Humanos.....	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	110
REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

O *habeas corpus* consiste numa das mais importantes garantias do indivíduo frente ao poder político do estado. Suas origens inglesas, situadas ainda na Idade Média com a *Magna Charta*, apontaram para os primeiros sinais de superação do absolutismo monárquico.

Ao estabelecer o direito de soltura e apresentação da pessoa e de seu caso a um tribunal, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, criou, simultaneamente, uma proteção ao indivíduo e um limite ao poder real de restringir a liberdade. A garantia, assim, desde o seu surgimento traz em si a tensão entre o direito de liberdade do cidadão e o poder estatal.

Outro fato a evidenciar tal antagonismo é a completa ausência do *habeas corpus* no Brasil durante o período colonial, época em que os capitães donatários possuíam total autonomia para o exercício do poder punitivo nas capitanias hereditárias. O instituto só viria a estreitar no direito nacional com os Códigos Criminal e de Processo Criminal de Primeira Instância do Império, o primeiro de 1830 e o segundo de 1832, ainda com redação restrita aos casos de prisão.

Ao longo da história nacional, o *habeas corpus* oscilou entre momentos de maior amplitude e maior restrição, ora sendo utilizado como remédio para sanar qualquer espécie de ameaça a direito – égide da doutrina brasileira do *habeas corpus*, inaugurada com a Constituição de 1891- , ora tendo o seu manejo restrito a situações em que não fosse possível a interposição de recurso – alteração introduzida pelo Ato Institucional n.º 06 de 1969, no âmbito da ditadura civil-militar iniciada em 1964. É interessante notar que as variações de amplitude do *habeas corpus* estão diretamente relacionadas aos momentos históricos do Estado brasileiro, se de estabilidade democrática ou de crescimento do autoritarismo.

Saltando para o momento atual, o presente trabalho se insere no contexto das mega investigações criminais conduzidas, majoritariamente, pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal tendo como objeto a persecução de crimes contra o sistema financeiro

nacional, lavagem de ativos e contra a Administração Pública. Tais operações se tornaram mais frequentes no cenário nacional a partir de 2003, com a chamada “Operação Satiagraha”, prosseguindo com os casos “Mensalão” e “Operação Castelo de Areia”, tendo como ápice a “Operação Lava-Jato”, iniciada em 2014.

Os referidos marcos históricos representaram a verdadeira inauguração de um novo modelo investigatório, caracterizado pela articulação entre os órgãos de persecução – Ministério Público e Polícia Judiciária – com o Poder Judiciário, e pela adoção de uma série de diligências investigatórias e medidas cautelares caracterizadas, muitas das vezes, pela restrição de direitos fundamentais. Este modelo de persecução penal foi consagrado pela Lei n.º 12.850 de 2013 – chamada Lei de Organização Criminosa – que previu uma série de meios de obtenção de provas de caráter invasivo, como a colaboração premiada, ação controlada, escuta ambiental, até então não existentes no ordenamento jurídico com os contornos que adquiriram.

Para além dos institutos trazidos pela Lei de Organização Criminosa, também passaram a ser utilizadas de maneira ostensiva as prisões processuais, medidas de busca e apreensão e constrições patrimoniais, tudo isso associado à ampla cobertura midiática. No bojo desse contexto social e jurídico, entendido como uma nova formulação do exercício do poder punitivo pelo Estado brasileiro, é que o presente trabalho buscará entender o papel desempenhado pelo *habeas corpus* como instrumento de proteção da liberdade e o seu tensionamento com as práticas investigatórias adotadas nos maxiprocessos criminais.

O formato de persecução criminal trazido pelas mega operações policiais é alvo de diversos questionamentos por parte da doutrina, jurisprudência e até mesmo por setores da imprensa. Desde que as referidas operações se tornaram mais frequentes, os Tribunais Superiores já emitiram diversas decisões acerca de pontos controvertidos suscitados na esteira dos procedimentos criminais.

Em grande parte das ocasiões, os questionamentos a práticas dos órgãos de persecução penal foram ventilados perante os Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça

e Supremo Tribunal Federal por meio da impetração de *habeas corpus* pelas defesas dos investigados e réus.

Considerando os termos nos quais a Constituição da República de 1988 disciplinou o *writ*, prevendo o seu cabimento para as hipóteses nas quais o indivíduo esteja a sofrer ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de ir e vir, a doutrina entende ser o remédio constitucional apto a combater não apenas situações de prisão atual ou iminente, como também qualquer ilegalidade praticada no bojo do processo penal, ante a sua potencialidade de conduzir a uma privação de liberdade, ainda que a longo prazo.

Nesse sentido, o problema de pesquisa a ser tratado no presente trabalho de conclusão de curso será a aptidão do *habeas corpus* para fins de controle da observância do princípio constitucional do devido processo legal na fase de investigação preliminar, quando ainda não há relação jurídica processual formada, nos inquéritos policiais e procedimentos investigatórios destinados a apurar delitos econômicos.

Dada a amplitude de que é dotado o *habeas corpus* no Direito Brasileiro, o presente trabalho buscará compreender os limites e possibilidades do instituto processual para promoção de tutela efetiva dos direitos fundamentais dos investigados. Nessa linha, o presente trabalho se debruçará sobre a análise da aptidão do *habeas corpus* como instrumento de controle de legalidade dos maxiprocessos mesmo em situações que não afetem diretamente a liberdade ambulatorial, e o papel do instituto na adequação do processo penal brasileiro à Constituição da República e à Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, também será analisada a resistência dos tribunais brasileiros ao conhecimento do *habeas corpus*, consubstanciada na chamada jurisprudência defensiva.

No primeiro momento, será realizada uma análise dogmática do *habeas corpus*, da amplitude de sua incidência no processo penal brasileiro e do seu manejo durante o momento da investigação preliminar. Estes temas serão correlacionados com o próprio papel desempenhado pelo Poder Judiciário na fase pré-processual à luz do ordenamento jurídico-constitucional. Na sequência, será feita uma explanação a respeito do novo modelo

de investigação apresentado pelos maxiprocessos criminais e dos paradigmas informadores desse tipo de persecução criminal.

Nessa linha, será estudado ainda o tensionamento que se estabelece entre o *habeas corpus* - ferramenta de proteção da liberdade - e as características ostentadas pelas grandes investigações criminais recentes de apuração de delitos econômicos. Como ilustração de tal antagonismo, será analisado o emblemático acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC n.º 149.250/SP, no qual o Tribunal anulou as investigações da Operação Satiagraha e as condenações até então proferidas com base na operação. Na segunda parte deste trabalho, será objeto de estudo, por meio da análise de casos concretos que chegaram aos Tribunais Superiores, a aptidão dos *habeas corpus* para garantia do devido processo legal em face das características próprias dos maxiprocessos criminais no âmbito da criminalidade econômica.

Por fim, será feito um estudo sobre o *habeas corpus* como meio para viabilização do direito a um recurso rápido ao Poder Judiciário para defesa da liberdade, previsto nos artigos 7º, “n. 6”, e 25, “n. 01”, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Dessa forma, será realizada uma crítica, à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, da postura de rejeição do *habeas corpus* adotada por diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, notadamente por meio de súmulas e precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Em suma, o objetivo geral deste trabalho será compreender as possibilidades e limitações do *habeas corpus* como instrumento de preservação efetiva de direitos fundamentais no bojo dos novos modelos de persecução decorrentes dos maxiprocessos criminais. Nesse sentido, também será objeto de estudo o impacto do *habeas corpus* como fator de imposição de limites à atividade investigatória estatal.

Como objetivo específico, figura o estudo do manejo do *habeas corpus* como ferramenta defensiva em face de determinadas práticas investigatórias próprias da persecução penal de delitos econômicos, notadamente das prisões preventivas. Além disso, o presente

trabalho também visa à investigação do *habeas corpus* como meio de constitucionalização efetiva do direito processual penal brasileiro, bem como de concretização da proteção aos direitos individuais trazida pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Para consecução dos objetivos do presente trabalho de conclusão de curso, a metodologia empregada será, principalmente, a leitura da bibliografia especializada, ou seja, artigos científicos sobre o tema em apreço. Para além, serão também analisadas decisões judiciais referentes a casos paradigmáticos de emprego do *habeas corpus* na história brasileira recente.

O *habeas corpus* é um dos institutos de maior importância no direito processual penal de um estado que se pretende democrático e de direito, não por outra razão, o *writ* surge na história humana como decorrência direta da limitação do poder monárquico, por meio da Magna Carta de 1215, consubstanciada na garantia elementar de não encarceramento do cidadão senão em virtude de um julgamento de acordo com as leis pré-estabelecidas.

Tal garantia, que pode soar como algo óbvio aos olhos de um observador contemporâneo, na realidade consistiu em um grande passo na história da civilização humana, pois representou a consagração de um âmbito de bens e interesses humanos intangíveis em face do poder estatal. Assim, o direito de não ter a liberdade de locomoção privada por uma simples determinação de autoridade, em conjugação com a garantia de observação de leis prévias e da apreciação jurisdicional, consistiu no estabelecimento de um limite fundamental em face do poder político.

Já entrando no contexto brasileiro, pensar em uma ferramenta jurídica de limitação do poder é especialmente importante, considerando a forma especialmente violenta e descontrolada como o poder penal é exercido pelo estado brasileiro. O exercício descontrolado do poder punitivo está diretamente relacionado à formação da sociedade brasileira, marcada pela hierarquização profunda e pela concentração da violência nas mãos de um pequeno grupo de senhores de terras¹.

¹ Não é possível passar impunemente pelo fato de termos sido uma colônia de exploração e de nosso território ter sido majoritariamente dividido em grandes propriedades monocultoras, que concentravam no senhor de terra o

O papel da escravidão na história do poder punitivo brasileiro também é de central importância. A partir da desumanização e consideração do escravizado como mera propriedade, permitiu-se o desencadeamento de uma violência sem limites em face da população negra. O exercício de poder punitivo desenfreado estava, ainda, associado ao reconhecimento do poder penal privado dos senhores de terra².

É importante lembrar que a centralização do poder ocorrida durante o processo de formação e consolidação do estado brasileiro, bem como a abolição formal da escravidão e proclamação da república mantiveram a orientação autoritária e racista das instituições penais brasileiras. Nilo Batista, ao abordar o fracasso da implementação das ideias liberais no Brasil, aponta que a violência penal teve um papel relevante na formação das instituições brasileiras³.

A importância de mecanismos limitadores do poder punitivo - como é o *habeas corpus* - é ainda mais evidente ao se considerar o fato de que os sistemas penais na América Latina são marcados pelo exercício do poder de maneira arbitrária e à margem da legalidade. Raúl Zaffaroni aponta que, na América Latina, uma parcela substancial das agências do poder punitivo é exercida fora dos controles institucionais, de forma “subterrânea”⁴.

poder de mando e de violência, bem como o monopólio econômico e político. Por sinal, a despeito de o Brasil ser, cada vez mais, um país urbano, aqui persiste teimosamente a mentalidade e lógica de latifúndios, cujos senhores viraram os coronéis da Primeira República, parte dos quais ainda se encastelam em seus estados, como caciques políticos e eleitorais(SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**. 1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 23).

² No Brasil, a partir do regime escravocrata, articulam-se historicamente o direito penal público, e o direito penal privado na implantação de um sistema penal genocida, cúmplice das agências do Estado Imperial - burocrata no processo de homicídio, mutilação e tortura da população afro-brasileira(BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: Dois Tempos de uma História**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 35).

³ De outro lado, o tratamento dos conflitos aguçados pela crise fará o projeto liberal de Estado refluir para um projeto policial, num movimento de centralização política que explicitamente se veiculará através do poder punitivo, notadamente do processo penal(BATISTA, Nilo. **História da Legislação Penal Brasileira**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 34).

⁴ Até aqui, examinamos violações à legalidade que operam dentro da arbitrariedade ou renúncia planejada pela própria lei. No entanto, além destas violações, verifica-se na operacionalidade social dos sistemas penais latino-americanos um violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade. Neste sentido, basta rever qualquer informe de organismos regionais ou mundiais de direitos humanos para comprovar o incrível número de sequestros, homicídios, torturas e corrupção cometidos por agências executivas do sistema penal ou por seus funcionários(ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 28-29).

A relevância da proteção à liberdade de locomoção também é evidenciada ao se analisar a história política do Brasil republicano, caracterizada, desde o seu início, pela instabilidade institucional e pelas sucessivas decretações de estado de sítio e golpes de estado. Importante frisar que foi nesse contexto que amadureceu no direito brasileiro a ideia de proteção célere e efetiva aos direitos individuais como um todo, e não apenas da liberdade de locomoção, por meio da doutrina brasileira do *habeas corpus*.

No bojo da ditadura civil-militar iniciada em 1964, o *habeas corpus* sofreu restrições. Inicialmente, por meio do Ato Institucional n.º 05, que suspendeu a garantia do *writ* para os crimes políticos e, na sequência, pelo Ato Institucional n.º 06 que, modificando a Constituição de 1967, impôs restrições mais amplas ao *habeas corpus*, vedando a impetração quando fosse cabível recurso próprio⁵. O tratamento conferido à garantia do *habeas corpus* pelo regime ditatorial reflete, mais uma vez, a ligação direta entre a proteção da liberdade individual e a democracia, regime no qual o exercício do poder político somente é legítimo se exercido com respeito aos direitos fundamentais.

Com a promulgação da Constituição de 1988, fruto da restauração do regime democrático, o *habeas corpus* voltou a ter previsão mais ampla, posto que a nova Carta não reproduziu a limitação contida na Constituição de 1967. Além disso, a redação trazida pelo artigo 5º, inciso LXVIII, traz a possibilidade de proteção contra coações à liberdade atuais ou possíveis. A Constituição de 1988, contudo, não tratou o *writ* com a mesma amplitude que as Cartas de 1889 e 1934, de modo que não é possível falar em uma eventual retomada integral da doutrina brasileira do *habeas corpus*.

A história brasileira é, portanto, bastante ilustrativa da relevância do *habeas corpus* e de sua ligação direta com a própria existência do Estado de Direito e do regime democrático. O *habeas* consiste, na verdade, em um mecanismo de concretização do direito fundamental à liberdade por meio da prestação jurisdicional. Dessa forma, pode-se dizer que o *writ* visa a

⁵Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

II - julgar, em recurso ordinário:

a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário(BRASIL, Constituição. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 29/11/2021);

impedir que a previsão da liberdade de locomoção se torne letra morta, evitando a própria degradação do regime democrático. Nesse sentido, Sarlet, Marinoni e Mitidiero apontam o *habeas corpus* como elemento de conformação da própria atuação do estado ao direito⁶.

O *habeas corpus*, assim como os demais remédios constitucionais, responde a uma necessidade elementar do estado constitucional, qual seja, conferir efetividade aos direitos previstos na Constituição. Lênio Streck pontua que o *habeas corpus* integra o próprio direito à liberdade, como um espécie de complemento destinado a conferir-lhe eficácia, o autor destaca, ainda, a importância do *writ* para o controle de constitucionalidade das leis penais⁷.

Como pontua Ingo Sarlet, em um estado social e democrático de direito os direitos fundamentais qualificam o império da legalidade, de modo que o agir do estado não é pautado em uma mera legislação pré-estabelecida, mas sim por um conjunto de proteções à pessoa humana definidos não apenas como direitos subjetivos mas também como elementos constitutivos da própria estruturação do estado⁸. Dessa forma, pode-se dizer que o direito à liberdade de locomoção - e por conseguinte o *habeas corpus* - integra o programa de ação do estado brasileiro e sua própria estrutura jurídica em razão das previsões contidas no artigo 5º, *caput* e inciso LXVIII da Constituição da República.

Se a liberdade, enquanto valor fundamental, e o *habeas*, enquanto seu instrumento prático de realização, integram a estrutura normativa do estado e a Constituição Brasileira goza de supremacia formal e material no ordenamento jurídico, conclui-se que o *writ* é um

⁶Pelo seu objeto - a *liberdade individual* - e pela sua função de *controle sobre a juridicidade da atuação estatal*, facilmente se percebe sua íntima ligação com o Estado Constitucional. O *habeas corpus* consubstancia-se na garantia da liberdade individual diante do poder estatal, sendo anteparo de fundamental importância à pessoa diante do Estado(SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 864).

⁷ STRECK, Lênio Luiz. in: org. CANOTILHO, J.J Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, pp. 941 e 945.

⁸ Considerando-se, ainda que de forma aqui intencionalmente simplificada, o Estado de Direito não no sentido meramente formal, isto é, como “governo das leis”, mas, sim, como “ordenação integral e livre da comunidade política”, expressão da concepção de um Estado Material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetros e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais, chega-se fatalmente à noção - umbilicalmente ligada à ideia de Estado de Direito - de legitimidade da ordem constitucional e do Estado(SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13ª Edição. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2018, 60).

vetor de irradiação da força normativa da Constituição para o direito penal e o processo penal, consistindo em um mecanismo prático e efetivo de concretização da limitação constitucional do poder punitivo.

Importante salientar também a conexão estabelecida entre o catálogo de direitos fundamentais da Constituição Federal com o conjunto de direitos advindos dos pactos internacionais de direitos humanos por meio do parágrafo 2º do artigo 5º, que aponta para existência de bloco mais amplo de proteção à pessoa humana.

Partindo dessa conexão com os direitos previstos na órbita internacional, é importante trazer à baila que a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, em seu artigo 25, item 1., o direito a um recurso simples e rápido ao Poder Judiciário para fazer cessar a violação a direitos fundamentais. Considerando que o Brasil internalizou o referido tratado, vem à tona também a importância do *habeas corpus* como instrumento de conformação da persecução criminal brasileira ao sistema regional de direitos humanos.

O presente trabalho adotará como perspectiva teórica uma leitura crítica da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, considerando-se desejável a limitação racional do poder punitivo como instrumento de proteção e garantia de direitos⁹. Tal proteção seria possível por meio do direito penal mínimo como instrumento das partes mais vulneráveis, sendo elas o imputado - perante o aparato punitivo estatal - e a vítima - ante a conduta violadora do bem jurídico tutelado.

Parte-se, portanto, da ideia de que o exercício do poder sem limites tende à irracionalidade e à violência pura e simples, de modo que jamais deve ser buscado o empoderamento do poder punitivo, mas antes a sua limitação e conformação aos estritos limites contidos no programa constitucional. Dessa forma, considera-se o processo penal como instrumento de limitação da violência estatal arbitrária, e sujeição da pena a um

⁹ (...)os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade(FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30).

procedimento pré-estabelecido que garanta a verificabilidade e refutabilidade da tese acusatória¹⁰. Consoante tal premissa, o processo jamais poderá ser instrumento de mera veiculação do poder punitivo, antes deve constituir meio de limitação e filtragem do poder penal.

Para Ferrajoli, portanto, a lei penal desempenharia uma função geral de redução da violência, ao representar uma tutela, por meio da punição, dos bens jurídicos titularizados pelas vítimas e ao mesmo tempo evitaria a violência e as punições informais por meio do processo judicial e da pena prevista em lei, ressaltando inclusive o caráter contramajoritário das garantias penais e processuais¹¹.

É necessário, contudo, trazer algumas ponderações ao garantismo de Ferrajoli, de cariz fundamentalmente liberal, sobretudo num contexto como o latinoamericano. O primeiro problema é a insuscetibilidade de demonstração de algum potencial preventivo de delitos por parte da lei penal, podendo-se dizer, inclusive, que a ideia da prevenção negativa fracassou ao se verificar que, a despeito da abundante produção legislativa brasileira em matéria penal, não houve qualquer redução da violência, mas apenas incremento nos níveis de encarceramento.

Além disso, conforme já apontado acima, a América Latina é marcada pelo exercício informal e ilegal de poder punitivo - protagonizado sobretudo por agentes do próprio estado - a despeito da existência de legislação penal e de um sistema de justiça criminal formais. Nesse sentido, não é possível afirmar, em nosso contexto regional, que a legislação penal diminua a punição informal.

¹⁰ (...)as garantias penais e processuais representam precisamente aquele conjunto de técnicas de definição e de comprovação dos pressupostos da pena orientadas a reduzir do maior modo possível o poder judicial arbitrário e a satisfazer o modelo, mesmo que de maneira parcial e tendenciosa(FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35).

¹¹ A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam.

(...)

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade(FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 270/271).

A respeito disso, ressalte-se que o presente trabalho adota, ainda, como paradigma teórico, o realismo marginal idealizado pelo jurista argentino Raúl Zaffaroni, de modo que a análise da efetividade das garantias ao direito humano de liberdade devem ser estudadas à luz da condição marginal da América Latina na conformação planetária do poder político e econômico¹². Dessa forma, devem ser tidas em consideração as características especialmente violentas da forma de realização do poder punitivo na Região.

As contribuições da criminologia crítica também devem ser levadas em consideração, pois demonstram que o direito e o processo penal estão intrinsecamente ligados ao modo de produção capitalista e as contradições e disputas que se desenrolam no seio da sociedade de classes. Conforme ensina Juarez Cirino dos Santos, o direito exerce um papel importante na viabilização da ordem social capitalista, desempenhando funções ideológicas - difusão da ideia mistificada de igualdade - e de consolidação das relações sociais exploratórias por meio da repressão penal¹³.

Tal caráter classista do poder punitivo se torna ainda mais evidente diante do processo de agigantamento do estado policial no contexto das transformações econômicas neoliberais, causando uma inflação de leis penais ao mesmo tempo em que promove o esvaziamento de direitos sociais. Ressalte-se que a promulgação das legislações penais de emergência normalmente tem como fundamento ideológico discursos político-midiáticos de combate implacável ao crime.

Nilo Batista e Raúl Zaffaroni apontam, de maneira perspicaz, as implicações políticas das teorias jurídico-penais, que podem se direcionar tanto no sentido da limitação quanto no

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 164/165.

¹³ O Direito, em forma legal e centralizada, realiza o processo ideológico de reprodução das relações de produção e de mistificação das relações sociais, porque redefine as relações políticas, legitima o poder de classe e promove a união abstrata de condições sociais concretas(Bourjoi et alii, p. 17 - 21). Assim, a mediação do Direito-circulação no processo total do capital existe como “ação de recobrimento”, impondo as relações de produção e disciplinando sua reprodução(...)(SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 4ª Edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 99/100).

da habilitação da repressão penal. Os autores destacam ainda que, no contexto da sociedade de classes, o poder punitivo sempre é exercido em detrimento das classes subalternizadas¹⁴.

Considerando, portanto, a intervenção seletiva e opressiva do poder punitivo na sociedade de classes, tem-se mais um elemento demonstrativo da necessidade de sua contenção, de modo a reduzir violações de direitos. A partir dessas lentes críticas, deve-se reconhecer a importância dos mecanismos jurídicos, tal como o *habeas corpus*, para a limitação do arbítrio, ainda que no restrito âmbito do exercício formal da punição. Ainda a respeito da necessidade de limitação do poder punitivo, Zaffaroni aponta que o exercício descontrolado do poder penal pelo estado é a origem dos mais graves e massivos crimes registrados na história¹⁵.

Diante da necessidade de contenção do poder punitivo, e da realidade social - brasileira e latinoamericana - de descontrole do poder penal, o *habeas corpus* se apresenta como uma ferramenta fundamental de garantia da vigência da Constituição Federal e dos tratados internacionais, funcionando como garantia de defesa da liberdade num contexto de violação reiterada de direitos fundamentais.

¹⁴ Quem, como nós, valore negativamente o poder punitivo em geral e a pena em particular (a partir de uma negação de suas funções manifestas, calcada no fracasso das teorias legitimantes), e atribua ao direito penal a tarefa política de, como uma barragem predisposta pelo estado de direito, conter o caudal punitivo do estado de polícia, não pode fugir à consequência de que a construção conceitual do delito deve empreender-se como um sistema orientado pela ideia reitora de intencionalidade redutora do poder punitivo(...).
(...)

O vínculo que um direito penal redutor procura estabelecer com as ciências sociais deve privilegiar o marco de uma sociedade compreendida a partir de uma teoria do conflito, ou seja, compreendida como uma sociedade integrada por classes, grupos e indivíduos cujos interesses se enfrentam e se chocam, num processo histórico de contínua transformação. Neste marco é difícil valorar positivamente o poder punitivo, que intervém na conflitividade social sempre ao lado do mais forte, como sua história demonstra (ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro, Volume II, Tomo I**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, pp. 60/61).

¹⁵ Fuera de toda duda, también es verificable que cuando el poder punitivo del estado se descontrola, desaparece el estado de derecho y su lugar lo ocupa el de policía. Además, los crímenes de masa son cometidos por este mismo poder punitivo descontrolado, o sea, que las propias agencias del poder punitivo cometen los crímenes más graves cuando operan sin contención (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. 2ª Edición. Cidade Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012, p. 31). Tradução Livre: Acima de toda dúvida, também é verificável que quando o poder punitivo estatal se descontrola, desaparece o estado de direito e o seu lugar é ocupado pelo de polícia. Além disso, os crimes de massa são cometidos por este mesmo poder punitivo descontrolado, ou seja, as próprias agências do poder punitivo cometem os maiores crimes quando atuam sem contenção.

Dentro dessa história marcada pelo abuso do poder, o discurso moralista de enfrentamento incondicionado da corrupção serve de base a uma releitura do poder punitivo consubstanciada nos maxiprocessos criminais com seu plexo de práticas atentatórias a direitos fundamentais. Essa releitura recente do poder punitivo interage com a tradição autoritária e inquisitorial do processo penal brasileiro, estabelecendo uma nova tensão com o direito de liberdade.

CAPÍTULO 01 - A AMPLITUDE DO HABEAS CORPUS NO DIREITO BRASILEIRO E O SEU CABIMENTO DURANTE A FASE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

1.1 Origens Históricas e Fundamentos Filosóficos do Habeas Corpus

O *habeas corpus* é o principal meio de tutela do direito à liberdade de locomoção no ordenamento jurídico brasileiro, estando previsto no rol de direitos individuais do artigo 5º da Constituição da República, e regulamentado nos artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal. A localização topográfica do *habeas corpus* na Constituição da República - inserido no artigo 5º - evidencia sua natureza de direito fundamental e reveste o *writ* da proteção conferida às cláusulas pétreas, prevista no artigo 60, §4º, da Lei Maior.

A dicção do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição aponta o caráter amplo da proteção conferida ao direito à liberdade de locomoção, notadamente, pelo fato de admitir a impetração não apenas nos casos de coação atual, mas também diante da mera possibilidade de coação sobre a liberdade do indivíduo. A natureza do *habeas corpus* é de direito judicial, ou seja, consiste na possibilidade de proteção do direito da liberdade por meio da tutela jurisdicional, a partir da provocação da pela pessoa coagida, ou até mesmo de ofício. Tem-se, portanto, que o *habeas corpus* guarda relação de instrumentalidade em relação à própria liberdade de locomoção, podendo ser apontado como a outra face do direito de liberdade em si, destinando-se a garantir no plano concreto, diante de efetiva coação ou abuso de poder, a prevalência da liberdade individual em face do exercício ilegal do poder.

O *habeas corpus* se situa, portanto, no plano da eficácia da norma constitucional garantidora da liberdade, de modo que o instituto, por sua própria natureza, está plenamente inserido no âmbito das tensões práticas e diárias que se estabelecem entre o direito à liberdade e o exercício do poder pelas agências estatais, notadamente as integrantes do sistema de justiça criminal. Não por outra razão que o *habeas corpus* sempre está no centro do debate acerca da efetividade dos direitos humanos e sobre a funcionalidade ou não do sistema oficial de repressão punitiva. O *writ* se encontra no cerne da questão do super-encarceramento no

Brasil, e da baixa tutela do direito à liberdade pelos tribunais de justiça estaduais - que concentram o grosso dos processos criminais em curso no País.

Conforme já abordado neste texto, o contexto penal latino-americano e brasileiro é profundamente marcado pelo exercício abusivo - e em grande medida, à margem do sistema oficial de justiça - do poder punitivo, o que reflete o baixo grau de consolidação efetiva das democracias constitucionais na Região. Diante disso, o papel do *habeas corpus*, enquanto ferramenta destinada a proteger o cidadão face os abusos do estado e por isso corolário do constitucionalismo, tem sua importância ainda mais destacada.

A garantia do *habeas corpus* se compõem de dois elementos essenciais: a elevação da liberdade de locomoção como direito do ser humano e o conjunto de instrumentos destinados a conferir proteção efetiva a esse direito fundamental. Thiago Bottino aponta a tradição jurídica romana como o local da mais antiga manifestação de normas jurídicas que exprimiam o valor da liberdade humana e previam ferramentas para tutelá-la¹⁶, tal manifestação consistiria no *interdictum de homine libero exhibendo*, ação que possuía natureza mais célere dos que as demais e era desprovida de dilação probatória. Apesar de possuir natureza cível - pois destinava-se, também, a fazer cessar a violação da “posse” do pater familias sobre escravos, mulheres e filhos -, o *interdictum* poderia ser manejado para garantir a liberdade de qualquer cidadão romano que estivesse sob uma restrição indevida de locomoção. Importante salientar que não existia entre os romanos antigos a ideia da liberdade individual como fundamento para a referida tutela processual.

Na sociedade romana, a proteção jurídica conferida a determinada pessoa encontrava fundamento na posição social ocupada por ela, de modo que apenas os não escravos poderiam lançar mão do referido procedimento. Apesar disso, conforme pontua Bottino¹⁷, há outro

¹⁶Acreditamos, com estas breves linhas, ter enumerado os diversos pontos de convergência entre a experiência romana, com seu *interdictum de homine libero exhibendo*, e as características que o *habeas corpus* viria a incorporar durante sua evolução. As propriedades do remédio romano se tornariam, com o passar do tempo, fórmula essencial para a salvaguarda da liberdade de locomoção, ainda que tal concepção de liberdade ainda não tivesse sido desenvolvida totalmente pelos romanos (AMARAL, Thiago Bottino. **Considerações sobre a Origem e Evolução da Ação de Habeas Corpus**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 35/2001, Jul - Set/2001, p. 06).

¹⁷ AMARAL, Thiago Bottino. **Considerações sobre a Origem e Evolução da Ação de Habeas Corpus**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 35/2001, Jul - Set/2001, p. 04.

elemento filosófico no pensamento romano - herdado dos gregos - que fundamenta a tutela da liberdade presente naquela cultura: o direito de participação política do cidadão nas decisões da pólis.

A ideia de liberdade tutelada juridicamente, portanto, no contexto romano, estava muito mais associada à liberdade política do que propriamente liberdade de locomoção, de modo que a proteção em face da restrição indevida da liberdade de um cidadão romano estava ligada ao pensamento de que as decisões emanadas da comunidade política só seriam legítimas na medida em que os cidadãos pudessem integrar seu corpo deliberativo.

Outro marco fundamental na formação do instituto do *habeas corpus* como o conhecemos na modernidade é a *Magna Charta Libertatum*, documento imposto ao rei João-sem-Terra pelos barões ingleses em 1215. A Magna Carta é importante, sobretudo, para demonstrar a intrínseca relação entre o *habeas corpus* e a negação do absolutismo monárquico, estabelecendo a impossibilidade de prisão a não ser por previsão legal e mediante um julgamento pelos pares. Outro elemento de fundamental importância foi a previsão da impossibilidade de negação da garantia de julgamento justo.

É interessante notar que as diversas funcionalidades do *habeas corpus* moderno estavam pulverizadas em uma pluralidade de *writs* originados a partir da Magna Carta, dentre os quais ressalte-se o *writ of habeas corpus ad respondendum*, o *writ of habeas corpus ad prosequendum* - o primeiro destinado a garantir o julgamento do cidadão perante um tribunal superior e o segundo destinado a garantir o julgamento perante a autoridade judicial competente no território de ocorrência do delito -, e o *writ de odio et atia*, que tinha por finalidade controlar a veracidade dos fundamentos de uma acusação de homicídio. Veja-se que, desde o momento de sua gênese, a garantia do *habeas corpus* já era utilizada para discutir uma série de questões afeitas ao direito de liberdade, não estando estritamente voltado a combater somente as prisões ilegais.

Bottino aponta que a Magna Carta foi objeto de muitos ataques e, sobretudo, descumprimentos por parte de monarcas e magistrados da coroa, chegando-se até mesmo a

construir uma jurisprudência no sentido de que as detenções emanadas de decisões do rei não poderiam ser combatidas por meio do *writ*¹⁸. Fica evidente, uma vez mais, a natureza política da garantia do *habeas corpus*, como instrumento de contra-poder e que, por tal motivo, era alvo de constantes ataques por parte de monarcas desejosos de expandir sua hegemonia política.

Foi apenas com a promulgação do *Habeas Corpus Act*, em 1679, fruto da luta política estabelecida entre o Parlamento e a Coroa, que seriam criadas medidas de natureza processual para concessão do *habeas corpus*, com uma série de medidas destinadas a conferir efetividade à garantia, como o estabelecimento de um rito procedimental célere e de um prazo para apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária.

A ideia da liberdade de locomoção como direito inerente ao ser humano só viria a se consolidar com o advento das construções filosóficas do iluminismo e com as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX. Apesar da construção da titularidade de direitos da pessoa em face ao Estado na Inglaterra, o individualismo racionalista, subjacente ao conceito moderno de direito à liberdade, é fruto da construção dos filósofos iluministas, que apresentam o indivíduo como ponto de partida da sociedade e do próprio estado.

Em direção oposta ao estado absolutista e seus paradigmas obscurantistas, os pensadores iluministas apresentam o método racional como ferramenta de construção do conhecimento e a vontade dos indivíduos como a fonte do poder do estado. A partir das construções teóricas contratualistas, a legitimidade do poder estatal e das leis emanadas do poder público decorre do sacrifício de uma porção da liberdade de cada ser humano a fim de pôr termo ao estado de natureza e fundar a ordem civil, de modo a garantir paz e segurança.

Nessa linha, o objetivo do estado constituído a partir do pacto social não é apenas trazer segurança, mas também garantir que os homens possam usufruir da parcela restante de sua liberdade. Partindo desse ponto, Cesare Beccaria, responsável por trazer as ideias iluministas

¹⁸ AMARAL, Thiago Bottino. **Considerações sobre a Origem e Evolução da Ação de Habeas Corpus**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 35/2001, Jul - Set/2001, p. 08.

para a questão penal, defende o exercício racional da punição, de modo a garantir que o mínimo de liberdade humana seja sacrificado. Diz o autor:

Pois somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parte de sua liberdade: daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para induzir os demais a defendê-lo.

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito¹⁹.

Na perspectiva iluminista, muito marcada pelo utilitarismo, o estado só está legitimado a aplicar penas ou, de forma mais ampla, a restringir a liberdade, na medida em que promove a preservação da liberdade da comunidade de cidadãos e mediante um conjunto de limitações previstas *ex ante* na legislação. Além disso, por meio de uma série de direitos e garantias - como o princípio da legalidade, a presunção de inocência e o devido processo - o exercício do poder punitivo deve sacrificar o mínimo de liberdade da pessoa imputada.

Estabelece-se, então, uma relação de antítese entre estado e indivíduo, de modo que a intervenção desse ente nas relações entre os indivíduos é vista de forma necessariamente negativa e tida como mal necessário à preservação da boa convivência em sociedade. Dessa forma, o exercício do poder punitivo deve permanecer sob constante vigilância partindo-se do pressuposto que o valor que deve prevalecer é a liberdade individual.

O *habeas corpus* passa a ser informado também por esse paradigma filosófico, sendo uma expressão da prevalência que deve ter a preservação da liberdade na ordem civil sob o estado constituído pelo pacto social, a ação constitucional passa a ser tida como um meio de estabelecer limites para a atuação legítima do estado, impedindo a invasão indevida da esfera de liberdade individual. Nos dizeres de Beccaria:

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da saúde pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão as penas quanto sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos²⁰

¹⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª Edição. Leme: CL Edijur, 2017, p. 17.

²⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª Edição. Leme: CL Edijur, 2017, p. 17.

O *habeas corpus* é produto de processos históricos de lutas e conquistas capitaneadas pela burguesia ascendente em busca da consolidação do Estado de Direito, sendo um dos produtos da superação histórica do absolutismo monárquico e da construção de limites efetivos ao poder estatal, daí a tensão que se estabelece entre o *writ* e o descontrole do poder estatal. O *habeas corpus* é, portanto, uma das garantias abarcadas pela primeira geração de direitos fundamentais, sendo incorporado ao patrimônio civilizatório da humanidade enquanto o principal instrumento de defesa da liberdade de locomoção. Considerando o valor da liberdade na filosofia iluminista, que integra o fundamento do *habeas corpus*, a amplitude do poder de tutela do instituto somente será compreendida se analisada também pela perspectiva do controle da juridicidade da própria atuação do estado, e não apenas como ferramenta para cessar uma indevida privação de liberdade.

1.2 A Amplitude do Habeas Corpus no Direito Brasileiro

O *habeas corpus*, tal como existe atualmente no direito brasileiro, ostenta a condição de remédio constitucional vocacionado à defesa da liberdade de locomoção, estando previsto no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República, e regulamentado pelo artigo 647 e seguintes do Código de Processo Penal. Apesar de o Código de Processo Penal elencar, de forma atécnica, o *habeas corpus* entre os recursos, a doutrina nacional é pacífica ao apontar a sua natureza de ação autônoma de impugnação²¹. Dessa forma, o remédio pode ser manejado para combater qualquer ato administrativo ou judicial - e até mesmo ato de particular - que represente ilegalidade ou abuso de poder em detrimento da liberdade de locomoção, independentemente da prévia existência de processo judicial.

Além disso, o *habeas* adquiriu, no âmbito do saber jurídico brasileiro, contornos especialmente amplos - como se verá ao final deste tópico -, não se restringindo apenas à hipótese de coação direta à liberdade ambulatorial - consubstanciada na prisão ou ameaça atual de prisão -, mas abarcando ainda a capacidade de impugnar qualquer ato que represente um perigo concretizável apenas a longo prazo. Partindo desse ponto, o *habeas corpus* se

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Tutela Preventiva das Liberdades: Habeas-Corpus e Mandado de Segurança**. Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 76, 1981, p. 170.

tornou, como anota Alberto Toron, instrumento apto para a fiscalização geral da cláusula do *due process of law* em matéria penal, ante o risco potencial que um processo abusivo cria para para a liberdade de ir e vir²².

A história brasileira é rica quanto ao debate sobre a efetividade das garantias constitucionais. Sob a aberta disciplina do texto original da Constituição de 1891²³ a respeito do *habeas corpus*, desenvolveu-se a doutrina brasileira do *habeas corpus*, responsável por conferir uma amplíssima utilidade ao instituto, permitindo que fosse manejado para tutelar qualquer direito violado por ilegalidade ou abuso de poder, ainda que sem relação com a liberdade de locomoção.

Diante da ausência de outros instrumentos de proteção de direitos fundamentais, o *habeas corpus* se tornou a grande ferramenta de impugnação de violação a direitos constitucionais na Velha República, sendo empregado para garantir, por exemplo, a posse de parlamentares e a liberdade de imprensa. Percebe-se que o *habeas corpus*, associado ao papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, foi elemento central no processo de consolidação do Estado de Direito no Brasil.

Alberto Toron aponta que a elasticidade conferida ao *writ* decorre das próprias necessidades fáticas oriundas do conturbado contexto político da Primeira República, tendo sido uma construção teórica e jurisprudencial necessária à garantia de efetiva tutela aos direitos ainda timidamente previstos na Carta Constitucional de 1891²⁴. Posteriormente, a doutrina brasileira seria superada definitivamente pela Reforma Constitucional de 1926, realizada sob estado de sítio, que extinguiu o *habeas corpus* preventivo e restringiu a garantia ao âmbito da liberdade ambulatorial. Na sequência, a Constituição de 1934 consolidou a

²² TORON, Alberto Zacharias. **Habeas Corpus Controle do Devido Processo Legal: Questões Controvertidas e de Processamento do Writ**. 3ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 51.

²³ Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22 - 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(BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 29/11/2021).

²⁴ No expressivo dizer de EVANDRO LINS E SILVA, a doutrina brasileira do *habeas corpus* representou uma “construção feliz, talvez arrojada, em certos casos, mas que foi necessária para suprir a falta de outros institutos capazes de amparar direitos assegurados na Constituição, como por exemplo, a imunidade parlamentar no estado de sítio(TORON, 2020, apud SILVA, 1991, p. 14).”

delimitação do *habeas corpus* à liberdade de locomoção por meio da introdução do mandado de segurança no direito brasileiro²⁵.

Apesar disso, a doutrina brasileira deixou um legado que permanece presente na doutrina jurídica nacional até os dias atuais, a saber, a flexibilidade de que é dotada a garantia do *habeas corpus*, o que é imprescindível para conferir eficácia ao direito à liberdade diante das múltiplas situações violadoras que surgem do contexto social brasileiro. Dessa forma, permanece hígido o fundamento da doutrina brasileira no sentido de que o *writ* deve possuir a elasticidade necessária à proteção que a liberdade demanda diante de cada caso concreto. Nesse sentido, destaca Daniel Sarmiento:

No entanto, a maior delimitação de seu campo de atuação não tornou o remédio processual inflexível. A multiplicidade de desafios que se apresentam à proteção da liberdade de locomoção e a relevância desse bem jurídico em nosso sistema constitucional continuaram a demandar uma tutela jurisdicional adaptável e informal, a fim de lhe conferir proteção integral.

Nesse sentido, verifica-se que, embora o *habeas corpus* se destine precipuamente a eliminar restrições e ameaças ilegais ao direito de ir, vir e permanecer dos indivíduos, a jurisprudência vem admitindo a sua impetração para questões correlatas²⁶.

Outro marco importante no desenvolvimento do *habeas corpus* no Brasil foi a Constituição de 1946²⁷, que restabeleceu o *writ* preventivo, e eliminou a exigência de que a coação ao direito de liberdade fosse atual ou iminente, passando a ser possível a concessão da ordem mesmo diante de situação que gerassem um risco apenas possível à liberdade de

²⁵ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 29/11/2021).

²⁶ SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira (Parecer)**. Consultante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Data do Parecer: 16 de junho de 2015, pp. 14/15. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>>. Acesso em 29/11/2021.

²⁷ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 23 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus* (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 29/11/2021).

locomoção, dando um importante passo na conformação doutrinária e jurisprudencial de que é dotado o *habeas corpus* na presente ordem constitucional.

Outro marco interessante trazido pela Constituição de 1946 foi a previsão da competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer de *habeas corpus* quando os juízos ou tribunais de instâncias inferiores não pudessem apreciar o pedido em tempo hábil de evitar o dano²⁸, exprimindo o prestígio do remédio e ressaltando sobremaneira sua natureza de mecanismo constitucional autônomo de tutela da liberdade.

Após os reveses impostos pelo regime ditatorial, que restringiu o cabimento do *writ* e o seu processamento, a Constituição de 1988 restabeleceu a garantia do *habeas corpus* em termos similares à Carta de 1946, restaurando a sua amplitude e cabimento mesmo diante de privações de liberdade apenas futuras e possíveis. Os direitos fundamentais ganharam especial destaque na Constituição de 1988, ante o ambiente político do processo de redemocratização do País, que teve como traço a viva memória das violações aos direitos humanos praticadas pela Ditadura Militar. Nessa linha, destaca-se não apenas a simples previsão de direitos mas a necessidade de existirem também mecanismos para conferir efetividade a esses bens jurídicos.

O *habeas corpus* se destaca, portanto, como a grande ferramenta desse sistema constitucional de proteção à liberdade, sobretudo face à persecução penal, de modo que o *writ*- garantia processual - deve ser lido em conjunto com o devido processo legal(Art. 5º, LIV), a ampla defesa(Art. 5º, LV), o contraditório(Art. 5º, LV), a vedação à utilização de provas ilícitas(Art. 5º, LVI), a vedação à autoincriminação(Art. 5º, LXIII), o necessário relaxamento da prisão ilegal(Art. 5º, LXV) e etc. - garantias materiais -, todos integrando um sistema único de conformação do processo penal à Constituição da República.

O Código de Processo Penal de 1941, por outro lado, foi editado em outro contexto histórico, e reflete um ideário autoritário, fortemente influenciado pela doutrina jurídica da

²⁸ Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

h) o *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for Tribunal, funcionário ou autoridade cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e quando houver perigo de se consumir a violência, antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido(Ibid.);

Itália Fascista, de modo que suas disposições acabam por exprimir certo despreço pela liberdade individual, calcando-se na supremacia dos interesses securitários do estado em detrimento do cidadão sujeito à perseguição criminal. Além disso, o próprio funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro guarda fortes traços da cultura inquisitória herdada dos colonizadores portugueses.

Ante esse quadro, é necessário promover uma completa releitura do próprio Código de Processo Penal e da atuação dos operadores do sistema de justiça à luz da nova ordem constitucional. A Constituição é dotada de supremacia formal e, sobretudo, material no ordenamento jurídico, de modo que as demais normas devem ter seu conteúdo filtrado e lido de acordo com as disposições da Constituição. Dessa forma, como defende Luís Roberto Barroso, as normas anteriores à Constituição devem ser submetidas ao juízo de recepção ou não recepção ou, de outro modo, a uma reinterpretação à luz da Constituição, ante o advento de um novo fundamento supremo de validade²⁹.

Dessa forma, não apenas o Código de Processo Penal como também o próprio sistema de justiça criminal brasileiro precisa sofrer uma profunda releitura a partir dos paradigmas estabelecidos pela Constituição da República, o que tem se revelado uma árdua tarefa nas últimas décadas, ante as dificuldades impostas pela própria cultura inquisitorial que molda a formação dos operadores do direito e a estrutura autoritária da sociedade brasileira, que inexoravelmente se reflete nos mecanismos de perseguição criminal.

Considerando essa dificuldade de implementação prática dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, o *habeas corpus* e os demais remédios constitucionais surgem como mecanismos essenciais para reduzir o hiato existente entre normatividade constitucional e a realidade social. Paulo Bonavides faz uma importante contribuição ao apontar as garantias constitucionais como fio condutor da Constituição com a realidade concreta:

²⁹ Por assim ser, criaram-se duas regras pragmáticas para disciplinar as relações entre uma nova Constituição e o Direito que a antecedia: 1ª) todas as normas com ela incompatíveis ficam automaticamente revogadas; 2ª) todas as normas com ela compatíveis são recepcionadas, passando a vigor sob um novo fundamento de validade e, eventualmente, com nova interpretação (BARROSO, Luís Roberto. **Efetividade e Eficácia do Direito à Liberdade**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Curitiba: Juruá, n. 05. ano 02, 2000, p. 101).

Sem as garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas.

(...)

A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege³⁰.

Tem-se, portanto, que a importância do *writ* transcende a própria proteção do direito subjetivo à liberdade individual, exercendo um papel de tutela objetiva da legalidade constitucional por meio da imposição de limitações à atividade estatal na persecução criminal. Pode-se dizer que o *habeas corpus* controla a própria juridicidade das agências do sistema de justiça criminal, estabelecendo um padrão de respeito à legalidade. José Afonso da Silva ressalta que os remédios constitucionais são dotados de uma função saneadora da atuação estatal:

Permitimo-nos, contudo, lembrar que esses remédios não deixam também de exercer um papel limitativo da atuação do Poder Público, quer porque, em existindo, este se comporta de maneira a evitar sofrer-lhes a impugnação, quer porque o exercício desses direitos-remédios pelos titulares dos direitos ou interesses violados ou ameaçados ou não satisfeitos nos termos da Constituição importa em impor correção a seus atos e atividades, o que é um modo de limitar. E mais, tais remédios atuam precisamente quando as limitações e vedações não foram bastantes para impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de remédios, e remédios constitucionais, porque consignados na Constituição³¹.

Justamente por esse importante papel exercido pelo *habeas corpus* como instrumento de defesa da liberdade de locomoção é que deve ser ressaltada sua natureza de ação autônoma de impugnação de natureza constitucional, sendo necessário conferir uma leitura mais ampla do que aquela conferida pelo Código de Processo Penal - redigido sob a égide do Estado Novo e da Constituição autoritária de 1937 -, que inseriu a regulamentação do *habeas corpus* no título destinado aos recursos e estabeleceu um rol fechado de hipóteses de coação ilegal³².

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 532.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Edição Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 445.

³² Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

À luz da Constituição da República e da normatividade dos direitos fundamentais, de forma alguma o *habeas corpus* pode ser encarado como recurso, pois isso diminuiria sobremaneira o seu escopo de aplicação e as possibilidades de tutela da liberdade pela via do *writ*, de sorte que a doutrina nacional se posiciona pela natureza de ação autônoma do *habeas corpus*³³.

A amplitude e informalidade que são exigidas para a tutela da liberdade em um contexto como o brasileiro impõem que o *habeas corpus* esteja despido das formalidades e da morosidade que caracterizam os recursos em geral, pois, considerando sua natureza de ação autônoma constitucional, pode ser manejado em qualquer situação na qual haja ameaça ou constrição da liberdade, independentemente da prolação de decisão judicial ou de pré-questionamento, na fase investigatória³⁴ - como se tratará no próximo tópico -, e até mesmo após o trânsito em julgado.

Em suma, partindo de tais pontos, conclui-se que o *habeas corpus* é independente do sistema recursal, consistindo em ferramenta própria e célere de defesa da liberdade de locomoção, podendo ser utilizada sempre que a privação de liberdade for possível, inclusive de forma concomitante ao recurso cabível. Esta posição era, inclusive, dominante nos tribunais superiores, como demonstra a seguinte ementa da lavra do Ministro Gilson Dipp, que conheceu de *habeas* impetrado concomitantemente à apelação no Tribunal de origem:

Da mesma forma, a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *habeas corpus*, tendo em vista

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade(BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 3.689/1941. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021).

³³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1739/1740 e BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **Processo Penal**. 8ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 1079.

³⁴ Como reforço à tese de o *writ of habeas corpus* não ser um recurso, deve-se agregar o fato de se poder impetrá-lo preventivamente, antes mesmo de ser desencadeada a coação ilegal, ou antes ainda de ser instaurada a ação penal, ou seja, por exemplo, a evitar o indiciamento(...)(TORON, Alberto Zacharias. **Habeas Corpus Controle do Devido Processo Legal: Questões Controvertidas e de Processamento do Writ**. 3ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 68).

sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu(...)³⁵.

Assim, para além de um remédio para defesa direta da liberdade, o *habeas corpus* ostenta, no direito brasileiro, o papel de ferramenta ágil de *collateral attack*, uma vez que se presta à impugnação alternativa de atos judiciais que ameacem a liberdade de forma indireta e para os quais não caiba recursos ou, existindo recurso previsto na lei, este seja de tramitação vagarosa. Sobre isso, anota Aury Lopes Jr.:

O alcance do writ não só se limita aos casos de prisão, pois também pode ser utilizado como instrumento para o *collateral attack*, possibilitando que seja uma via alternativa de ataque aos atos judiciais, e inclusive contra a sentença transitada em julgado.

Tanto pode ser utilizado no inquérito policial como também na instrução. A primeira decisão judicial que pode ser atacada pelo *habeas corpus* é a que recebe a ação penal, seja ela denúncia (em caso de ação penal pública, cujo titular é o Ministério Público) ou queixa-crime (delitos de ação penal privada em que o titular é o ofendido)³⁶.

Infelizmente os Tribunais Superiores vem, nos últimos anos, retomando a arcaica ideia do *habeas corpus* como instrumento processual integrado ao sistema recursal, não conhecendo de *habeas corpus* substitutivo do recurso cabível³⁷, o que prejudica muito a efetividade da proteção conferida pelo *habeas corpus*, a pretexto de conferir “racionalidade” ao sistema recursal diante do grande número de impetrações que tem alcançado as Cortes Superiores.

1.3 A Tutela de Direitos Fundamentais na Fase de Investigação

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 20.624/MG. Relator: Min. Gilson Dipp, Quinta Turma. Brasília, 13/02/2007, DJe: 19/03/2007. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2720624%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2720624%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2720624%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2720624%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 23 dez. 2021

³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1755.

³⁷ A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 694.826/SP. Relator: Min. Jesuíno Rissato, Quinta Turma. Brasília, 23/11/2021, DJe: 26/11/2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 dez. 2021).

A fase de investigação preliminar antecede o processo judicial e tem por finalidade a reunião de elementos informativos para formação do juízo de propositura ou não da ação penal. Apesar de a Constituição da República e da Legislação Complementar permitirem a condução de procedimento investigatório diretamente pelo Ministério Público, a realização da investigação preliminar fica na maioria das vezes a cargo da polícia judiciária, vinculada ao poder executivo, por meio do inquérito policial.

A finalidade do inquérito policial é coletar elementos que evidenciem a probabilidade do *fumus comissi delicti* de modo a subsidiar a escolha pelo processo ou pelo não-processo por parte do titular da ação penal, papel exercido na maioria das vezes pelo Ministério Público. Dessa forma, o inquérito tem como ponto de partida o juízo de possibilidade exprimido pela notícia de crime, e deve atingir a probabilidade para que seja apto a subsidiar eventual denúncia por parte do Ministério Público.

Assim, o inquérito tem natureza de procedimento administrativo destinado a averiguar a ocorrência de um fato que em tese se subsume a um tipo penal, e a fornecer elementos para subsidiar o exercício da pretensão punitiva. Apesar disso, o inquérito policial já ostenta em si uma imputação criminal, pois, quando já não se inicia tendo uma certa pessoa ou pessoas como alvo determinado, a progressão do iter investigatório aos poucos vai resultando na responsabilização de determinadas pessoas pelo fato em tese delituoso, tal direcionamento da investigação tem como ápice o indiciamento, ato administrativo previsto no artigo 2º, §6º, da Lei 12.830/2013³⁸.

Ademais, é facultado à autoridade policial ou ao Ministério Público requerer à autoridade jurisdicional a implementação de determinadas medidas que representam violação ou restrição de direitos fundamentais da pessoa investigada, de forma que o própria

³⁸ Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

(...)

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias (BRASIL. Lei Federal n.º 12.830 de 2013. Brasília, 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso: 09 fev. 2022).

investigação preliminar, em muitos casos, já representa antecipadamente uma privação de liberdade ou do pleno exercício de direitos por parte do cidadão imputado.

Assim sendo, o inquérito policial não se trata de um mero procedimento administrativo destinado à apuração de um fato, mas já traz em si a imputação preliminar de um fato e já representa um conflito de interesses entre o estado e o cidadão, mormente após a realização do indiciamento pela autoridade policial. Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco apontam o indiciamento como marco inicial de uma relação de litigância entre estado e cidadão no procedimento administrativo:

O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em indiciado(e não acusado, ou réu), mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com litigantes (Const., art. 5a, inc. LV). Por isso, se não houver contraditório os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado hão de ser plenamente tutelados no inquérito³⁹.

Considerando a própria definição trazida pela Lei, conclui-se que o indiciamento constitui verdadeira decisão administrativa, pois por meio dele a autoridade policial, de maneira fundamentada e à luz dos elementos colhidos até então, atribui, ainda que de maneira preliminar, responsabilidade jurídico-penal a determinada pessoa ou conjunto de pessoas, direcionando a investigação. Em razão disso, torna-se evidente a necessidade de observância do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, ante o prejuízo acarretado ao status jurídico do cidadão alvo do indiciamento. Nesse sentido, o emprego do *habeas corpus* é aceitável pois a atribuição de autoria delitiva pela autoridade policial incrementa consideravelmente o risco de deflagrar-se futuramente a ação penal, e de serem requeridas medidas cautelares invasivas em detrimento do investigado.

Nessa linha, é de grande importância promover também a releitura dos mecanismos de investigação à luz do novo ordenamento constitucional, afastando-se do superado entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o inquérito é procedimento totalmente

³⁹GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 31ª Edição Rev. e At.. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 81.

desprovido de ampla defesa e contraditório. Tal leitura não se coaduna com o teor do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República⁴⁰, que é expresso em garantir o exercício da ampla defesa e do contraditório inclusive em procedimentos de natureza administrativa.

A incidência dos referidos direitos fundamentais no âmbito do inquérito policial é ainda mais evidente em razão da umbilical relação que o inquérito policial guarda com a futura ação penal, pois, além de muitas vezes ser ele próprio causa de privação da liberdade, ainda é a principal fonte de informações a serem objeto da instrução processual. No âmbito do inquérito policial, o Poder Judiciário não possui protagonismo, sob pena de comprometimento da imparcialidade do julgador, de forma que se encontra superado o antigo modelo do juiz instrutor⁴¹, próprio dos sistemas inquisitoriais, nos quais a fase de investigação preliminar é conduzida pelo juiz.

Nesse ponto, é importante passar o Código de Processo Penal pelo filtro da Constituição da República, que adotou o sistema acusatório, de modo que eventuais disposições do Código que conflitem com os paradigmas da Lei Maior devem ser considerados não recepcionados, como, por exemplo, a possibilidade de realização de busca e apreensão diretamente pela autoridade jurisdicional(artigo 241 do CPP) e a possibilidade de produção de provas de ofício pelo juiz na fase de inquérito(artigo 156, inciso I, do CPP).

No sistema inquisitorial, o sujeito é tido como mero objeto da atividade investigatória desenvolvida pelo órgão estatal. Considerando a progressiva superação desse modelo, em um estado democrático direito, o cidadão investigado passa a ser sujeito de direitos, de modo que

⁴⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 nov. 2021);

⁴¹ Tanto no processo penal como no civil a experiência mostra que o juiz que instaurasse o processo por iniciativa própria acabaria ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, que se mostrou sumamente inconveniente, pela constante ausência de imparcialidade do juiz. E, assim, a ideia de que *toutjuge est procureur gèneral* acabou por desacreditar-se, dando margem hoje ao processo de ação, que no processo penal corresponde ao processo acusatório(GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 31ª Edição Rev. e At.. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 82).

o estado encontra limites à sua atividade persecutória nos direitos fundamentais intangíveis do cidadão. Dessa forma, o inquérito policial, enquanto fase da persecução criminal, também deve se adequar ao paradigma democrático estampado na Constituição, refletido no âmbito processual como o direito de participação na apuração dos fatos e na coleta dos elementos de informação que futuramente serão utilizados na construção da verdade processual:

A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida em que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas, com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento.

(...)

Isso coloca o acusado, e, dadas as especificidades técnicas relativas ao mecanismo de co-determinação e conformação da decisão judicial, também seu defensor, na condição de sujeitos de direitos, deveres, ônus e faculdades.⁴²

A doutrina mais acurada aponta que o principal elemento caracterizador do sistema acusatório, adotado pela Constituição Brasileira, é a iniciativa probatória concentrada nas mãos das partes - decorrência lógica da efetiva observância da separação das funções de julgar e acusar-, de modo que a busca por informações voltadas à imputação ou afastamento de responsabilidade do réu incumbe unicamente à acusação e defesa, devendo o magistrado manter-se em posição passiva em relação a esta atividade⁴³. Somente com a observância desse mecanismo, é possível garantir a real equidistância do juiz em relação às partes, condição indispensável à prolação de uma decisão justa ao final, isso porque o envolvimento do juiz com a produção de provas acarreta a formação de uma série de pré-juízos a respeito dos fatos sob julgamento, o que compromete a necessária imparcialidade.

Veja-se, portanto, que a atividade investigatória do estado também encontra, à luz do sistema constitucional, limites nos direitos fundamentais do investigado e no necessário respeito ao seu direito de participar, sugerir diligências e apresentar sua versão dos fatos, assistido por sua defesa técnica. A função do Poder Judiciário está diretamente ligada à preservação de tais direitos, conforme ensina Aury Lopes Júnior, a função do Judiciário na

⁴² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 74 e 195.

⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 58.

investigação preliminar é a de garantidor dos direitos do investigado⁴⁴. Tal função garantidora se expressa, mormente, pelas cláusulas de reserva jurisdicional necessárias para a adoção de medidas que violem direitos fundamentais, como a interceptação telefônica(artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República), a busca domiciliar(artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República) e a prisão processual(artigo 5º, inciso LXI, da Constituição da República).

A atuação do Poder Judiciário encontra fundamento principalmente no direito à tutela jurisdicional efetiva previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, se manifestando quando o Poder Judiciário se pronuncia sobre o cabimento das medidas cautelares e meios de prova que importam restrição a direitos e quando há utilização de ferramentas como o *habeas corpus* e o mandado de segurança⁴⁵, por meio dos quais o Poder Judiciário realiza o controle de legalidade da investigação. Assim, a postura judicial mais consentânea com os postulados constitucionais é a de afastamento do julgador da produção probatória, e participação na investigação apenas para fins de controle de legalidade.

Sobre esse ponto, as alterações trazidas ao Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019 foram de fundamental importância para a consolidação do sistema acusatório no Brasil, por meio da expressa positivação da estrutura processual acusatória no artigo 3º-A⁴⁶ - que veda também a atuação probatória do juiz na fase de investigação -, e da criação do juiz das garantias pelo artigo 3º-B⁴⁷. O juiz de garantias é o magistrado que tem como competência o controle de legalidade da investigação preliminar, sendo responsável pela apreciação das

⁴⁴ Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição.(...)Esta é a posição que o juiz deve adotar quando chamado a atuar no inquérito policial: como garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo(LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 150/151).

⁴⁵ Destarte, juiz assume na fase pré-processual um papel de garante. Os mecanismos de impugnação dos atos policiais ou do promotor de justiça tomados no curso da investigação preliminar - principalmente o habeas corpus e o mandado de segurança - colocam o juiz na posição de instância de controle judicial, a quem caberá a decisão sobre aquelas medidas que limitem ou coloquem em risco os direitos fundamentais do sujeito passivo(Ibid, p. 152).

⁴⁶ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação(BRASIL. Lei Federal n.º 13.964 de 2019. Brasília, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3>. Acesso: 09 fev. 2022).

⁴⁷ Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:(Ibid.)

medidas cautelares afeitas a cláusulas de reserva jurisdicional, bem como pelo julgamento dos mandados de segurança e *habeas corpus* impetrados pelo investigado.

Além disso, o artigo 3º-C⁴⁸ também promove uma importante mudança ao estabelecer que um magistrado ficará responsável por atuar na fase de investigação e outro, diferente, terá competência para presidir a instrução processual e proferir sentença. Tal alteração é fundamental para proporcionar originalidade cognitiva ao juiz que proferirá sentença final no caso, prevenindo-o de eventual pré-julgamento ou identificação com os órgãos de persecução. Infelizmente, essas importantes inovações legislativas encontram-se com eficácia suspensa em razão de decisão liminar proferida pelo Min. Luiz Fux nas ações diretas de inconstitucionalidade n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

O *habeas corpus*, portanto, tem amplo cabimento no bojo da fase de investigação, considerando-se o desenvolvimento que o *writ* atingiu na doutrina e jurisprudência nacionais, sendo possível o seu manejo mesmo quando a privação de liberdade seja evento apenas possível. Dessa forma, é possível a impetração de *habeas corpus* durante o inquérito policial para coibir ilegalidades ou abusos de poder tanto porque o próprio inquérito policial já trás uma série de restrições à liberdade do investigado, quanto porque o procedimento será fonte de elementos de informação e de provas cautelares que serão utilizadas na fase judicial.

O fato de a legislação processual brasileira abrir margem para que o magistrado se utilize de elementos colhidos na fase de inquérito para formação de seu convencimento no sentido da condenação⁴⁹ reforça o caráter de ameaça possível à liberdade de locomoção de eventuais ilegalidades praticadas no curso do inquérito. Assim, por exemplo, a eventual produção de provas ilícitas em inquérito policial representa indisfarçável constrangimento

⁴⁸ Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento(Ibid).

⁴⁹ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão **exclusivamente** nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas(BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 3.689/1941. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021).

ilegal, passível de combate pela via do *habeas corpus*, ante a possibilidade de tais elementos serem utilizados em futura condenação à pena privativa de liberdade.

Por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 80.632/SP, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura apontou o cabimento do *habeas corpus* para impugnação de ilegalidade na decretação de medida cautelar de busca e apreensão antes mesmo da própria instauração de inquérito policial. A Relatora pontuou a possibilidade de privação de liberdade futura expressa pelo inquérito policial e destacou a importância da ação constitucional para garantia da própria legalidade da persecução criminal:

Conquanto tenha sido medida autorizada antes mesmo da instauração de inquérito policial, trata-se de medida destinada à apuração de ilícito penal, e da qual poderá decorrer a restrição da liberdade de locomoção do paciente, sócio majoritário e diretor presidente da empresa participante em tese do cartel, tais como o indiciamento, a necessidade de comparecer aos atos do inquérito, e até mesmo a prisão do paciente.

O *habeas corpus* é ação constitucional de impugnação cabível em todo o caso em que "alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (artigo 5º, LXVIII da Constituição da República). E, conforme, entendimento mais consentâneo com a necessidade de salvaguarda dos direitos e garantias individuais, deve ser admitido para garantir a validade do procedimento do qual possa decorrer algum tipo de restrição à liberdade de locomoção⁵⁰.

Outro elemento que fundamenta o cabimento do *writ* no curso da investigação preliminar é a tutela do próprio princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República), tanto em sua dimensão formal - entendido como a conformidade do processo com a forma definida em lei - quanto na material - enquanto instrumento de veiculação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, pautado pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. A proteção da liberdade, portanto, guarda uma relação estreita com a própria legalidade da investigação ou processo que o estado conduz em face do cidadão.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 80.632/SP. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma. Brasília, 18/12/2007, DJ: 18/02/2008. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2780632%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2780632%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27HC%27.clap.+e+@num=%2780632%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2780632%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 23 dez. 2021.

Maria Thereza de Assis Moura, ao discorrer sobre o conceito de justa causa na seara processual penal, aponta que o instituto se refere à conformidade das medidas restritivas de liberdade associadas ao processo penal com o ordenamento jurídico como um todo, pontuando que as coações à liberdade, a despeito de eventualmente encontrarem fundamento na legislação ordinária, deverão ser confrontadas com os princípios emanados da própria Constituição da República. Do contrário, de acordo com a doutrinadora, invariavelmente haverá coação ilegal⁵¹.

Para além da conformidade da persecução criminal com a totalidade do ordenamento jurídico, a ideia de justa causa no inquérito policial abrange também a necessidade de que haja mero juízo de possibilidade acerca do cometimento de infração penal⁵² - perceba-se que o inquérito é instaurado a partir de um *standard* probatório inferior ao necessário para recebimento da denúncia -, de forma que a instauração de inquérito contra pessoa manifestamente inocente ou para apurar a prática de fato atípico importam na ausência de justa causa, que possibilita o trancamento da investigação pela via do *habeas corpus*, com fundamento no artigo 648, inciso I, do Código de Processo Penal⁵³. Assim, se no curso da investigação, for aferível de plano que o fato é atípico ou que é manifestamente impossível que o investigado seja autor da infração, é perfeitamente cabível a impetração do *writ*.

Ante o exposto, é possível concluir que, além das restrições de liberdade provocadas pelo próprio fato de responder a uma investigação e de ser o inquérito a principal fonte de material probatório para a ação penal, o manejo do *habeas corpus* para o combate de

⁵¹ Porém, se as normas da legislação ordinária não forem atingidas, mas restar ferido algum preceito constitucional, é evidente que faltará justa causa que legitime, em face do ordenamento jurídico, o constrangimento à liberdade de locomoção. E como a Constituição protege o *ius libertatis* até mesmo quando o ato coativo entre em conflito com os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ainda que não expressos no texto constitucional (art. 5º, §2º), é de concluir-se que a justa causa engloba uma imensa gama de situações, que merecem e devem ser analisadas em cada caso concreto pelo magistrado. Destarte, concluímos que justa causa pode ser definida, de modo amplo, em sentido processual penal, como a causa conforme o ordenamento jurídico, ou “*secundum ius*” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 172).

⁵² TORON, Alberto Zacharias. **Habeas Corpus Controle do Devido Processo Legal: Questões Controvertidas e de Processamento do Writ**. 3ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 156.

⁵³ Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 3.689/1941. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso: 09 fev. 2022);

ilegalidades praticadas na fase de investigação encontra fundamento também no direito fundamental ao devido processo legal. De forma que a deflagração de investigação ao arripio da Constituição e da legislação ordinária inexoravelmente representará coação ilegal, ainda que apenas possível e a longo prazo, à liberdade de locomoção.

Importante, ainda, pontuar o desenvolvimento da garantia do *habeas corpus* a partir da doutrina nacional, que, preservando o importante legado da doutrina brasileira do início do século XX, manteve a flexibilidade do remédio a fim de que pudesse ser utilizado de maneira ampla para expurgar qualquer ilegalidade decorrente da falta de justa causa na persecução criminal, tutelando a um só tempo a liberdade individual e o devido processo legal. Ada Pellegrini Grinover, antes mesmo da promulgação da Carta de 1988, já apontava a aceção ampla das hipóteses de cabimento do *writ*, não restritas ao rol do Código de Processo Penal:

O art. 648 enumera os casos de “coação ilegal”, deles defluindo a possibilidade de obter-se a ordem não somente nos casos de prisão, mas também quando se instaure contra o acusado inquérito policial ou ação penal que falte o requisito do *fumus boni iuris*, ou quando a ação for intendada perante o juiz incompetente.

(...)

O campo de abrangência do *habeas-corpus* preventivo é o mais amplo possível, encontrando aplicação em todos os casos do art. 648 CPP, e mesmo nos não compreendidos na enumeração legal⁵⁴.

Grinover, Dinamarco e Cintra sintetizam o atual estágio da garantia do *habeas corpus* brasileiro, não tão amplo como fora no passado, mas ainda plenamente cabível para atacar qualquer violação ao devido processo legal na seara processual penal que enseje uma possível privação de liberdade⁵⁵. Diante disso, conclui-se que o *writ* é uma ferramenta jurídica capaz de representar um verdadeiro contrapoder do cidadão e, no âmbito objetivo, de forçar as práticas investigatórias do estado brasileiro no sentido da conformação aos ditames da

⁵⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Tutela Preventiva das Liberdades: Habeas-Corpus e Mandado de Segurança**. Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 76, 1981, pp. 170/174.

⁵⁵ O Código de Processo Penal de 1941 (art. 647) refere-se à iminência da violência ou coação como requisito para concessão da ordem em caráter preventivo, mas essa limitação não subsiste no nosso ordenamento, desde a Constituição de 1946, razão pela qual é admissível a tutela antecipada mesmo em situações em que a prisão constitua evento apenas possível a longo prazo; essa característica tem permitido que o *habeas corpus* seja, entre nós, um remédio extremamente eficaz para o controle da legalidade de todas as fases da persecução criminal (GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécies, ações de impugnação, reclamação aos tribunais**, 3ª ed., rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 347).

Constituição de 1988 e das recentes reformas da legislação ordinária, destinadas a garantir a efetiva consolidação de um processo penal democrático e de sistemática acusatória.

CAPÍTULO 02 - O EMPREGO DO HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE LEGALIDADE DOS MAXIPROCESSOS CRIMINAIS

2.1 Os Novos Paradigmas Trazidos pelos Maxiprocessos Criminais

Os maxiprocessos criminais são fenômenos processuais que vêm se multiplicando na cena política e jurídica brasileira das últimas décadas, sendo possível também verificar manifestações dessa conformação jurídica em países inseridos no contexto latinoamericano, como Argentina e Peru. A origem próxima desse fenômeno, contudo, pode ser apontada como a Itália da virada dos anos 1970 para 1980, mais precisamente na região de Palermo, no contexto da repressão policial e judiciária à criminalidade organizada de tipo mafioso. O principal alvo dos primeiros maxiprocessos criminais foi a organização mafiosa denominada *Cosa Nostra*, com mais de quatro centenas de pessoas acusadas.

Segundo aponta Diogo Malan, a própria legislação processual penal italiana trouxe condições que favoreceram o surgimento dos maxiprocessos criminais. Naquele momento, ainda vigorava no País o *Codice de Procedura Penale* de 1930, editado sob o regime fascista, que previa amplas hipóteses de conexão teleológica, intersubjetiva e instrumental, além de prever uma ampla atuação probatória pelo juiz na fase de investigação por meio da figura do magistrado instrutor⁵⁶.

É importante pontuar, contudo, que o grande número de acusados não é o principal elemento para a distinção desse tipo de fórmula processual em relação aos processos criminais

⁵⁶ Na perspectiva normativa, parece correto afirmar que a fenomenologia dos megaprocessos criminais foi favorecida pela disciplina do instituto da conexão processual contida no *Codice di Procedura Penale* de 1930. Tal codificação fascista continha ampla gama de hipóteses de conexão processual, contendo vínculos plurissubjetivos e monossubjetivos, com relações de cariz probatório, teleológico, ocasional ou consequencial. Tratava-se de emaranhado cipoal normativo de liames, marcados por 3 rubricas (nexo finalístico ou conjuntura ocasional; autoria; prova) e susceptíveis a interpretações judiciais casuísticas e discricionárias.

(...)

Outro dispositivo que favorecia a formação de *maxiprocessi* era o artigo 299 do *Codice di Procedura Penale* de 1930, que conferia aos juizes instrutores italianos amplos poderes de produção probatória, em regime de segredo absoluto. Tais poderes ensejavam violação à imparcialidade (*terzietà*) desses magistrados peninsulares, principal motivo que ensejou a reforma global da sobredita codificação, abolindo-se a figura do Juiz de Instrução (MALAN, Diogo. **Megaprocessos Criminais e Direito de Defesa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 159/2019. Setembro de 2019, p. 45-67).

ordinários. O grande traço distintivo desse tipo de processo é o seu nascimento e desenrolar num contexto de emergência social, para o qual a ação da mídia é determinante na difusão de tal sentimento na sociedade. Na Itália dos anos oitenta do século passado, o surgimento dos maxiprocessos foi caracterizado pela emergência social do combate ao crime organizado de formato mafioso, o que forneceu uma justificativa político-moral para a adoção de fórmulas policiais e judiciárias que se afastavam da normatividade constitucional.

A emergência do combate ao crime organizado, apontado naquele momento como grande mal da sociedade italiana, justificou a retomada de uma metodologia judiciária tipicamente inquisitorial em face dos apontados como integrantes da *Cosa Nostra*, criando-se um verdadeiro subsistema processual de exceção justificado pela gravidade dos fatos sob apuração. O principal elemento caracterizador dos maxiprocessos criminais, portanto, não é o elevado número de acusados, mas sim uma determinada forma de manejo dos institutos jurídicos processuais como instrumentos destinados à repressão do crime organizado, personificado na cena processual pela figura dos réus ou investigados.

Ferrajoli aponta os maxiprocessos criminais como uma categoria do direito penal de exceção, apontando que essa forma processual é dotada de gigantismo em três dimensões: horizontal, vertical e temporal. Contudo, tal gigantismo, nos dizeres do jurista italiano, não diz respeito apenas a termos quantitativos, mas é qualificado por uma consequência central, que é o significativo prejuízo ao exercício do direito de defesa e a redução da publicidade do processo:

O segundo elemento estrutural do direito penal de exceção é aquele que denominei de "gigantismo processual", que se desenvolve, por sua vez, em três dimensões: horizontalmente, com abertura de megainvestigações contra centenas de imputados, mediante prisões baseadas em frágeis indícios como primeiros e prejudiciais atos de instrução; verticalmente, com a multiplicação sobre a responsabilidade de cada imputado dos delitos adjudicados, circularmente deduzidos uns dos outros - os delitos associativos dos delitos específicos e vice-versa - ou bem induzidos a título de concurso moral dos adstritos aos co-imputados; temporalmente, com a prolongação desmesurada dos processos que se arrastam frequentemente sem razão, às vezes com intervalos de anos entre a conclusão da instrução e a abertura do juízo,

de modo que se cumpra o máximo da prisão preventiva.(...)Os processos tomaram, assim, a forma de labirintos intrincados, de modelos em expansão entrelaçados entre si e concorrentes, de montanhas de papel mensuráveis por toneladas, por dezenas de mil páginas com a conseguinte neutralização do princípio da publicidade do processo e as possibilidades materiais de defesa⁵⁷.

Nessa linha, os maxiprocessos são caracterizados também pela produção massiva de informações por meio do uso de ferramentas tecnologicamente avançadas, que invadem a privacidade dos investigados, tudo sob o manto do sigilo processual. Nesse tipo de investigação, há um prolongamento da etapa de investigação preliminar realizada sob sigilo, com procedimentos investigatórios que se prolongam até por anos, reunindo informações que transcendem até mesmo o próprio objeto da investigação com pesquisas até sobre relações familiares e comerciais dos alvos.

Tal produção massiva de informações associada ao elevado número de imputados gera também relevantes consequências práticas para o desenrolar do processo, pois tem como consequência a produção de denúncias vastas subsidiadas em documentos com milhares de páginas e pulverizados por diversos apensos e procedimentos conexos, bem como a necessidade de oitiva de dezenas de testemunhas e réus, o que demanda uma grande quantidade de tempo dos profissionais do sistema de justiça criminal. Conforme anotam Fernanda Prates e Thiago Bottino, em trabalho resultante de pesquisa empírica, essa quantidade exorbitante de informações com acesso dificultado representa um entrave ao exercício da defesa técnica⁵⁸.

Outra marcante característica dos maxiprocessos é o protagonismo atribuído à investigação preliminar. O prolongamento da fase de investigação sob sigilo cria o efeito de estabelecer uma relação triangular entre polícia, Ministério Público e autoridade judiciária, uma vez que muitas medidas adotadas - como a interceptação telefônica e a captação ambiental - dependem de autorização judicial, de modo que o magistrado acaba por participar

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 661.

⁵⁸ PRATES, Fernanda. AMARAL, Thiago Bottino do. **Megaprocessos e o Exercício do Direito de Defesa: Uma Abordagem Empírica**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 162. São Paulo: Editora RT, 2019.

da investigação, ao fazer uma série de juízos prévios acerca da existência de elementos de materialidade de autoria necessários ao deferimento das referidas medidas.

Outro elemento fundamental de distinção dos maxiprocessos é o deslocamento do seu centro epistemológico de produção de informações, que sai da fase da instrução processual em contraditório e se direciona para a investigação preliminar desprovida de contraditório, ou apenas com contraditório diferido⁵⁹. A abundância de provas cautelares produzidas sob sigilo, sem a confrontação por parte da defesa instituída pelo investigado, reduz a incidência do contraditório e gera certo monopólio de informações por parte dos órgãos investigatório e acusador.

Ademais, a colaboração premiada adquire também centralidade enquanto principal ferramenta de investigação e de produção de provas nos maxiprocessos, tornando-se verdadeiro método de construção da verdade processual. Tem-se, portanto, que as informações a serem objeto de valoração pelo julgador passam a ser obtidas em ambiente de sigilo total e mediante confissão por parte do investigado.

Para além de uma técnica de investigação, a colaboração premiada representa ainda uma forma diferenciada e mais profunda de exercício do poder punitivo, ao exercer influência sobre a própria subjetividade do investigado, buscando intervir no seu psiquismo de tal forma a extrair dele a confissão e a revelação de toda a verdade a respeito do fato sob apuração e de outras infrações penais⁶⁰. A utilização da colaboração premiada como principal ferramenta de

⁵⁹ Há, portanto, diante desta quinta característica, uma produção antecipada de informação válida para julgamento antes de serem aplicáveis as garantias processuais, com a participação ativa do juiz, aproximando os maxiprocessos de uma lógica tipicamente inquisitiva.

Essa característica apresenta especial importância para o desenvolvimento do presente trabalho porque realiza um importante deslocamento do momento informativo central: da instrução processual para a fase de investigação, normalmente aquela em que os meios de obtenção de prova são produzidos (SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **A Imbricação entre Maxiprocessos e Colaboração Premiada: O Deslocamento do Centro Informativo para a Fase Investigatória na Operação Lava-Jato**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal: Porto Alegre, v. 06, n. 01, pp. 81/116, 2020, p. 93).

⁶⁰ Apesar de algumas posições contrárias, acreditamos que a colaboração premiada apenas ressignificou a estrutura inquisitiva do processo penal brasileiro, pois além de utilizar a coação para obter confissões e um posterior acordo, permanece vinculada à epistemologia da verdade que funda o processo penal moderno e permeia a atuação do intérprete. É importante destacar que a diminuição do risco de condenação para o delator pressupõe a sua confissão e, conseqüentemente, a renúncia do direito ao silêncio e a submissão ao dever de dizer a verdade. Conforme abordamos em obra diversa, a colaboração premiada assume um modelo epistemológico que deriva do inquérito medieval, em termos foucaultianos, “forma de gestão e exercício de poder” que configura

produção de informações está relacionada também com o uso intenso da prisão processual, tida como mecanismo para indução dos investigados à celebração de acordos, seja pelo temor da prisão eventual, seja pela perspectiva de deixar o cárcere mais rapidamente.

Sérgio Fernando Moro, então juiz federal da Seção Judiciária do Paraná e responsável pelos processos da Operação Lava-Jato, em artigo publicado em 2004, ao analisar a operação Mani Pulite - principal maxiprocesso italiano - se refere com entusiasmo aos métodos empregados na referida investigação peninsular:

Sua colaboração inicial gerou um círculo virtuoso, que levou a novas investigações, com outras prisões e confissões.

A estratégia de ação adotada pelos magistrados incentivava os investigados a colaborar com a justiça: A estratégia de investigação adotada desde o início do inquérito submetia os suspeitos à pressão de tomar a decisão quanto a confessar, espalhando a suspeita de que outros já teriam confessado e levantando a perspectiva de permanência na prisão pelo menos pelo período da custódia preventiva no caso da manutenção do silêncio ou, vice-versa, de soltura imediata no caso de uma confissão(...)⁶¹.

O então juiz faz referência ainda à figura dos “*pretori d’assalto* (‘juízes de ataque’, i.e, juízes que tomam uma postura ativa, usando a lei para reduzir a injustiça social)”⁶² como um dos elementos centrais para o sucesso da operação Mãos Limpas. Evidencia-se, dessa forma, a defesa, no âmbito dos maxiprocessos criminais, de um novo modelo de Judiciário, que se coloca como ator de combate a um determinado mal - “injustiça social”, no entender do então juiz -, distanciando-se do modelo liberal clássico de juiz como sujeito imparcial e desinteressado. O juiz, portanto, assume uma função ativa, de combate ao mal personificado na figura do acusado - corrupção, crime organizado, tráfico de drogas, etc.

Nessa linha, Ferrajoli faz uma importante colocação, apontando que os maxiprocessos são também marcados pelo objetivo de investigar fenomenologias apontadas como criminosas, e não fatos típicos determinados, de tal forma que abre-se caminho para imputações genéricas, favorecendo a ocorrência do gigantismo processual e o afastamento da

a principal fonte imaginária dos sistemas processuais da modernidade(BOLDT, Raphael. **Maxiprocessos Criminais, Corrupção e Mídia: Uma Análise a Partir da Operação Lava-Jato**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1209-1237).

⁶¹ MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 26, pp. 56-62, jul/set. 2004.

⁶² Ibid.

prática processual da legalidade estrita⁶³. No Brasil, essa forma de imputar fatos genericamente pode ser verificada pela substituição das imputações de fatos específicos pela investigação dos “esquemas de corrupção”. Essa modificação na forma de imputação se opera, sobretudo, por meio da atribuição de crimes associativos, e da utilização, nas denúncias, de elementos narrativos de referência a outros processos e investigações, criando uma complexa teia de acusações.

2.2 Maxiprocessos e a Negação do Modelo Liberal de Processo Penal

A partir da ótica da emergência punitiva, os maxiprocessos criminais trazem a lógica do combate ao crime, do processo como arma contra um inimigo que ameaça a ordem ou os valores morais da sociedade. Assim, como aponta Diogo Malan, nos maxiprocessos os agentes públicos envolvidos na persecução criminal - polícia, promotor e juiz - assumem uma posição partidária, não no sentido propriamente político-eleitoral, mas sim no sentido de que sua atuação é previamente pautada pelo objetivo de reprimir um determinado mal encarnado nas pessoas acusadas, o que compromete profundamente as imparcialidade exigida desses profissionais. A finalidade do processo não é tanto mais apurar o que de fato ocorreu, mas sim encontrar o crime na figura do inimigo, dentro de uma lógica de defesa social:

Em primeiro lugar, acusador e julgador assumem conotação partidária e o processo criminal feição ofensiva, de instrumento de luta contra a delinquência organizada (v.g. terrorista, mafiosa, contra a Administração Pública etc.). Nessa toada, o paradigma liberal clássico do processo penal, enquanto mecanismo de reconstrução histórica imparcial do fato imputado, é substituído por mecanismo inquisitorial de busca do delito na pessoa do acusado encarcerado.

Assim, o procedimento de verificação empírica sobre fatos naturalísticos imputados é substituído por técnica de inquisição sobre a personalidade “amiga” ou “inimiga” do acusado, desvelada não só pela imputação como também pelo seu próprio comportamento processual⁶⁴.

⁶³ E claro que quando um processo não tem já como objeto de investigação um feito criminal determinado, mas, apenas, pretende investigar toda uma fenomenologia criminal em todas as suas complexas dimensões políticas e sociais, inevitavelmente se transforma em uma investigação historiográfica, ou numa investigação sociológica de dimensões exorbitantes em relação aos esquemas garantistas de estrita legalidade e de estrita submissão à jurisdição. De outra parte, o gigantismo processual representou, por sua vez, um terreno próprio a todo tipo possível de abuso (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 661/662).

⁶⁴ MALAN, Diogo. **Megaprocessos Criminais e Direito de Defesa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 159/2019. Setembro de 2019, p. 45-67.

A emergência no combate ao mal legitima o desencadeamento de uma violência repressiva que ultrapassa os limites do ordenamento constitucional e legal, tudo com suporte dos veículos de mídia hegemônicos, de modo que os mecanismos estatais da normalidade são tidos como ineficazes para lidar com o mal criminoso. Fauzi Hassan Choukr aponta como exemplo o tráfico de drogas, dito como uma grande ameaça à segurança da sociedade, o que reclama mecanismos excepcionais de repressão⁶⁵.

Na esteira da emergência punitiva, ocorre um progressivo abandono do ideário garantista por parte dos agentes institucionais do sistema de justiça criminal, que passam a ver-se como protagonistas de um giro repressivo apontado como necessário ao combate ao crime organizado e à moralização da administração pública. Com essa base ideológica, os agentes públicos intensificam uma atividade investigatória divorciada do ordenamento constitucional, que passa a ser justificada unicamente *a posteriori* com base em resultados supostamente positivos (prisão de alvos, devolução de recursos desviados, etc). Tem-se, por conseguinte, a face mais danosa do gigantismo processual, que demonstra o caráter patológico dos maxiprocessos - partindo-se do processo penal liberal como modelo ideal -, pois o processo deixa de ser um elemento de filtragem do poder punitivo e se converte em puro instrumento de poder neutralizante nas mãos do estado.

O prolongamento da investigação preliminar sob sigilo, por sua vez, conduz a um indesejável envolvimento cognitivo do magistrado com a investigação e certo comprometimento do seu convencimento com a hipótese acusatória esposada pela polícia e pelo órgão de acusação, uma vez que é levado a decidir seguidas vezes sobre medidas cautelares em um ambiente de ausência da defesa, tendo contato apenas com a versão dos órgãos de persecução.

Em razão desses fatores, os maxiprocessos conduzem também a uma policização do Poder Judiciário, restaurando a figura do juiz instrutor, que se apresenta, até mesmo perante a

⁶⁵ O mesmo expediente de combate è usado no caso do narcotráfico, cujo apelo à emotividade social é tão grande, senão maior, que o terrorismo. Amparados em dados estatísticos a demonstrar a amplitude do narcotráfico, políticas internas e internacionais são estabelecidas visando um tratamento específico do ponto de vista jurídico de oposição ao crescimento dessa atividade ilegal que, dado seu alto grau de organização e penetração no tecido social, acaba atingindo as estruturas políticas e econômicas como um todo(...)(CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, pp.37/38).

imprensa e no âmbito político, como parte integrante de “forças-tarefa” ou como protagonista de investigações policiais. Conforme anota Ferrajoli, a atividade jurisdicional tem profundas diferenças em relação à atividade de investigação desenvolvida pela polícia judiciária, de modo que a mistura entre as referidas funções representa um sério risco à imparcialidade e retoma características típicas do sistema inquisitorial, aduz o autor que a atividade policial de apuração de fatos é desenvolvida dentro de uma lógica de combate ao crime, de modo que inexoravelmente assume feições acusatórias⁶⁶. No âmbito do processo de emergência, o juiz passa, então, a ver-se também como um agente público incumbido de combater o crime, e não mais como ator imparcial e supra-partes responsável por decidir ao final.

Aqui também se verifica um outro ponto de ruptura com a ideia constitucional de imparcialidade do juiz, uma vez que, se o magistrado já chega ao processo previamente comprometido com o ideal de reprimir o crime organizado ou a corrupção, que no processo serão simbolicamente personificados na figura do imputado, é logicamente impossível que o julgador considere com a mesma seriedade os argumentos suscitados pelo réu e sua defesa. Dessa forma, conclui-se que tal concepção a respeito do papel do Poder Judiciário acaba por colocar o juiz ainda mais ao lado dos órgãos de persecução penal, aniquilando-se uma vez mais o caráter suprapartes que deve ter o julgador em um processo penal de normalidade.

Conforme já abordado aqui, há uma estreita relação entre prisões processuais e colaboração, o que se evidencia pelo fato de que grande parte dos acordos são celebrados por investigados presos ou sob os efeitos de um séquito de outras medidas cautelares, mormente de restrições patrimoniais, o que relativiza a própria autonomia da vontade do colaborador em firmar a avença. Não raro se verifica a oferta de diversos benefícios não previstos em lei, como a promessa de regime domiciliar de cumprimento da pena, cessação da prisão processual, liberação de bens provenientes da prática de crimes, retirada de acusações, etc⁶⁷.

⁶⁶ A primeira dessas diferenciações é a natural parcialidade da polícia em relação à imparcialidade institucional do juiz: as forças de polícia, tendo por missão descobrir e capturar os culpados, construindo profissionalmente as suas funções como "luta" contra a delinquência, e tendo desta maneira a tendência de considerar todos os suspeitos como culpados e inimigos(FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 663).

⁶⁷ O preço das confissões e das colaborações não se limitou apenas à redução das penas previstas em lei mas é freqüentemente usado sob forma de favores ilegítimos: como a retirada formal dos registros da imputação, a liberação antecipada por meio de complicadas operações de remissão, a falta do exercício da ação penal e até a favorecimento de fugas ao exterior com passaportes facilitados para subtrair o arrependido da verificação do

Thiago Bottino faz importantes ponderações acerca da qualidade das informações prestadas em acordos de colaboração no contexto da Operação Lava-Jato - maxiprocessos de maior destaque no Brasil. Sob a ótica da teoria econômica do crime, o autor aponta o risco de falsas incriminações por parte dos colaboradores diante do alto custo-benefício que a celebração do acordo passa a representar no contexto da coação da prisão processual/ameaça de altas penas e dos amplos benefícios - por vezes ilegais - oferecidos ao colaborador⁶⁸.

Tal uso intenso das colaborações premiadas cria um ambiente de beligerância dentro da investigação ou processo, pois os imputados são divididos entre aqueles dispostos a colaborar, que cerram fileiras ao lado da acusação, e os que não colaboram, que serão vistos como inimigos e sobre os quais recairá o peso do processo penal tradicional. É importante pontuar que a eleição da colaboração premiada como principal instrumento de investigação nos maxiprocessos também exprime a releitura que esses institutos negociais sofrem à luz da tradição jurídica inquisitorial, pois são manifestações de uma epistemologia baseada na busca pela "verdade real" como finalidade absolutamente central da persecução criminal, de modo a legitimar o emprego de métodos divorciados da legalidade estrita, tais como o uso das prisões processuais à margem das hipóteses autorizativas da legislação e o oferecimento de benefícios ilegais como contrapartida da delação.

No que tange ao caráter aberto das acusações feitas em maxiprocessos, tal característica guarda relação direta com a ideia do processo de combate, pois possibilita a adoção de um discurso punitivo voltado à neutralização de determinado mal personificado pelo acusado, e não mais de mera apuração de eventuais fatos típicos ocorridos. Aqui também, é possível

juízo oral(FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 662).

⁶⁸ Ora, os benefícios excedem muito os custos. Por essa razão, a colaboração premiada exige um nível de cooperação maior do acusado, qual seja, a identificação de outros membros da organização criminosa bem como a indicação dos meios pelos quais se poderá provar a prática do crime por essas e outras pessoas e ainda a revelação de outros crimes(...).

Nesse cenário, o risco que se apresenta é o de que o criminoso colaborador busque incriminar outras pessoas(inocentes ou com participação de menor importância) a fim de maximizar seus benefícios.

Essa hipótese ganha maior força nos casos em que o acusado se vê diante de penas potenciais altíssimas e os benefícios concedidos são muito atrativos(como aqueles que constam dos acordos de colaboração examinados)(AMARAL, Thiago Bottino do. **Colaboração Premiada e Incentivos à Cooperação no Processo Penal: Uma Análise Crítica dos Acordos Firmados na “Operação Lava-Jato”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. n.º 122/2016, pp. 359-390, set - out/2016).

verificar uma ruptura com o modelo de legalidade estrita que pauta o direito penal e processual penal liberais, por meio de uma releitura do direito penal do autor, uma vez que o processo não possui como objeto um fato determinado, mas sim a investigação da personalidade criminosa do acusado, justificada juridicamente por uma teia de acusações vagas.

Por fim, vale destacar, ainda, que o divórcio da atuação das agências do sistema de justiça criminal em relação aos princípios e regras contidos na Constituição e na legislação ordinária faz dos maxiprocessos um terreno fértil para a prática do chamado *lawfare* - manipulação do direito para fins políticos -, como uma nova forma de empoderamento dos operadores do direito, de modo que se estabelece uma nova arena de luta política: o processo judicial. O professor Antonio Santoro faz importantes colocações sobre a relação entre *lawfare* e maxiprocessos:

O modelo maximizado de processo penal permite o afastamento de garantias e a consecução de finalidades políticas por meio do processo, caracterizando o uso de perseguições penais como instrumento de Lawfare político.
A redução ou eliminação de garantias processuais constitucionais nos maxiprocessos afastam o sistema processual, na prática, da ideia de democracia constitucional que, como visto, se caracteriza como um sistema de limites ao poder⁶⁹.

A prática de *lawfare* nos maxiprocessos também se evidencia quando os agentes do sistema de justiça criminal se posicionam publicamente emitindo opiniões no sentido de utilizar os processos nos quais atuam como uma espécie de política pública anticorrupção. Assim, o processo penal deixa de ter apenas a finalidade de apurar determinado caso concreto e adquire ares de instrumento moralizante das instituições públicas e da própria sociedade, o que é utilizado como justificativa para o excesso de acusação e para a atribuição de penas desproporcionais aos delitos supostamente cometidos. Um exemplo desse tipo de fenômeno é o engajamento de juízes e membros do Ministério Público em campanhas populistas para o recrudescimento da legislação penal. Sobre isso, os professores Carolina Cyrillo e Antonio

⁶⁹ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. GONÇALVES, Rodrigo Machado. **A Criação de “Zonas de Interseção Normativa” pelo Ministério Público: um Instrumento de Lawfare Político para Legitimar a sua Investigação Preliminar Direta e a Transigência sobre Pena nos Acordos de Colaboração Premiada.** Revista de Direito Público, Vol. 17, pp. 84-99, Brasília, mar./abr. 2020.

Santoro alertam para o uso da competência penal do Ministério Público como instrumento de controle da política pelos operadores do direito⁷⁰.

O elemento fundamental para caracterização dos maxiprocessos é, portanto, a ruptura com o paradigma liberal clássico do processo como conjunto de formalidades destinadas a resguardar a liberdade individual em face de abusos do poder público, e a assunção de uma nova visão sobre a finalidade do processo, que passa a ser tido como instrumento de combate ao crime e de puro exercício das razões de estado.

2.3 Maxiprocessos no Contexto Brasileiro

No Brasil, o fenômeno dos maxiprocessos criminais não está ligado a organizações mafiosas, como na Itália, mas sim à criminalidade econômico-financeira e contra a administração pública. Essas estruturas processuais se tornaram notórias na cena político-jurídica nacional a partir de 1996, com o chamado “Caso Banestado” - esquema de evasão de divisas e lavagem de ativos no Banco do Estado do Paraná -, que levou à denúncia de mais de trezentas pessoas perante a Justiça Federal. Em 2008, viria a Operação Satiagraha, marcada pelo protagonismo do delegado Protógenes Queiroz e pelo juiz Fausto de Sanctis, que estava ligada a uma complexa disputa empresarial pela hegemonia no setor de telecomunicações no Brasil.

Todavia, foi a Operação Lava-Jato o maxiprocessos mais notório da história recente brasileira, iniciando-se na Justiça Federal, posteriormente a investigação se espraiaria para as seções judiciárias do Rio de Janeiro, São Paulo e Distrito Federal, e resultaria em 283 ações penais e na condenação de 357 pessoas⁷¹, somando apenas os braços paranaense e carioca da

⁷⁰ Assim, é cediço que o controle político pelo jurídico feito pelo Ministério Público também pode se dar pela atribuição do inciso I, do artigo 129, da Constituição que estabelece o Ministério Público como titular da ação penal pública. Essa função persecutória e punitiva típica do direito penal é, por vezes, utilizada como controle pelo direito penal das políticas, quer a atividade política, quer as políticas públicas e dos grupos a elas destinado (CYRILLO, Carolina. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **As Forças-Tarefas do Ministério Público Federal: O Discurso Político Punitivo Anticorrupção na Instituição de Garantias**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 06, n. 03, pp. 1271-1300, set/dez 2020).

⁷¹ BRASIL. Ministério Público Federal. **Resultados - Caso Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Consulta em: 23 dez. 2021.

Operação. O objeto inicial da operação foi um intrincado esquema de cartelização de empresas e pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos no âmbito da sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S.A.

O fenômeno dos maxiprocessos criminais encontrou condições propícias para desenvolvimento no Brasil, uma vez que a cultura jurídica nacional já é historicamente moldada por uma visão inquisitória e autoritária acerca do processo penal, e já fortemente reacionária à consolidação dos direitos fundamentais. A introdução de institutos negociais próprios da tradição jurídica norte-americana, como a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, tão somente levou a uma releitura de tais institutos pela ótica da cultura inquisitorial, de modo que os institutos negociais foram aqui assimilados apenas como ferramentas mais céleres de exercício do poder punitivo por meio da confissão.

O próprio Código de Processo Penal brasileiro de 1941 pode ser apontado como traço inicial da conformação autoritária da processualística penal. A norma, inspirada no Código de Processo Penal de 1930, da Itália Fascista, continua em vigor até hoje e exerce influência sobre a atuação dos operadores do sistema de justiça criminal brasileiro. Acrescente-se, ainda, que o Código Brasileiro, tal qual o italiano, também prevê regras flexíveis de competência e confere poderes instrutórios ao juiz, elementos que favorecem o surgimento de maxiprocessos.

Além disso, a legislação especial brasileira das últimas décadas também favoreceu o surgimento de maxiprocessos, por meio do recrudescimento do direito penal material e, sobretudo, do direito processual, com a promulgação de legislações gestadas em momentos de profusão do populismo punitivo e do clamor popular diante de eventos criminais de grande divulgação midiática.

As referidas legislações tornaram a criar hipóteses de atuação proativa do juiz na fase investigatória, ampliaram mecanismos de caráter negocial, criaram novos meios ocultos de investigação marcados pela flexibilização de direitos fundamentais de investigados. É interessante notar que as referidas leis foram produzidas nas décadas posteriores à

promulgação da Constituição da República de 1988, que instituiu um conjunto de direitos fundamentais processuais e adotou o sistema acusatório.

A despeito disso, as referidas normas relativizadoras de direitos apenas se multiplicaram nas décadas posteriores, o que reflete certa permanência da ideologia de segurança nacional no imaginário político-jurídico brasileiro, de modo que a existência de normas de exceção é tida como tolerável diante de emergências sociais (ameaça comunista, crimes hediondos, tráfico, corrupção, etc).

Nessa linha, são exemplos a Lei 8.072/1990, que institui tratamento penal mais gravoso ao vasto rol de crimes que previu como hediondos, em seu artigo 8º, parágrafo único, estabeleceu a primeira forma de colaboração premiada, a Lei 9.296/1996 criou a interceptação telefônica e possibilitou ao juiz decretar a medida de ofício, a Lei 9.613/1998, que traz disposições materiais e processuais sobre lavagem de ativos, passa a permitir a denúncia com meros indícios da existência de infração penal e o prosseguimento de ação penal à revelia do acusado e, por fim, a Lei 12.850/2013 - Lei do Crime Organizado - regulamentou detalhadamente a colaboração premiada e previu uma série de métodos secretos de investigação altamente invasivos, tais como a captação ambiental e a infiltração de agentes.

No Brasil, as grandes operações foram comumente marcadas pela divisão das investigações em uma fase oculta que se protraí por meses ou anos a fio, com interceptações telefônicas e colheita de delações premiadas, seguidas de uma fase ostensiva com cumprimento simultâneo de buscas e apreensões e prisões cautelares. Essa fase ostensiva contou com intensa exploração midiática dos grandes veículos de comunicação nacionais, que exploraram o caráter fortemente apelativo das cenas típicas das operações da Polícia Federal.

A complexidade dos crimes investigados nesse tipo de investigação acabou levando os veículos de mídia a promoverem certa simplificação das imputações a fim de que as notícias se tornassem mais compreensíveis pelos consumidores, contribuindo para formação de uma espécie de juízo definitivo de culpa dos investigados perante a opinião pública. Esse fator contribuiu para que os maxiprocessos, sobretudo a Operação Lava-Jato, ganhassem enorme

repercussão, chegando a influenciar diretamente os rumos da política brasileira. Nesse ponto, também é possível identificar uma similaridade com o contexto italiano, uma vez que a Operação *Mani Pulite* também teve, com o suporte dos veículos de mídia, forte ascendência sobre o quadro político institucional do País, conduzindo à derrocada de forças políticas tradicionais e resultando na ascensão do populismo de direita.

Os maxiprocessos brasileiros, em conjunto com as modificações recentes da legislação penal e processual, representam a permanência de práticas autoritárias e excepcionais no âmbito do sistema de justiça criminal, justificadas discursivamente pelas emergências punitivas de combate ao crime organizado e à corrupção. Verifica-se, em razão disso, a perda de densidade normativa do texto constitucional, diuturnamente afastado pelas práticas judiciárias e pela legislação ordinária.

Nesse contexto, a construção de um processo penal ao arripio da Constituição não é um acidente, mas sim um método atinente a uma forma específica de enxergar as funções do direito penal e do processo penal em uma contemporaneidade na qual as transformações econômicas do estado levam à redução máxima da atuação estatal na esfera social e econômica e, paralelamente, à edificação de um estado interventor e paternalista na esfera penal⁷².

Diante do agigantamento da intervenção punitiva justificada no combate à corrupção, a própria existência dos direitos fundamentais de natureza processual - a presunção de inocência, a previsão de recursos e o *habeas corpus* - é apontada como “deficiência” da legislação brasileira, que atrapalha o combate efetivo ao crime. Há uma crítica e uma práxis judiciária que leva à deterioração do garantismo, legitimando uma atuação dos agentes do sistema de justiça à margem da legalidade e do texto constitucional⁷³.

⁷² Sem, por enquanto, vincular diretamente os novos tempos e a cultura que os inspira à estrutura processual penal em concreto, vale insistir em sublinhar a tendência política da sociedade atual, porque a adoção de uma cultura de Estado mínimo, de Estado penal ou simplesmente punitivo, tendo como sua única responsabilidade o monopólio legítimo do emprego da força, produz um tipo específico de política criminal, ilumina um movimento penal e acaba incidindo sobre o modelo de sistema processual acatado e interpretado, ainda que à luz de uma constituição democrática (PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 65).

⁷³ Como resultado, verifica-se a “corrosão simbólica do garantismo”, consubstanciada na deslegitimação de práticas comprometidas com a tutela dos direitos fundamentais em virtude da deterioração da teoria no plano

Dentro dessa ótica de crítica aos direitos fundamentais, sobretudo os de índole processual, que se estabelece a tensão entre o modelo dos maxiprocessos e o *habeas corpus*. O Ministério Público Federal publicou, em 2015, as “Dez Medidas contra a Corrupção”, um conjunto de propostas legislativas que o *Parquet* Federal reputava como necessárias ao aprimoramento da legislação penal e processual penal brasileira. Dentre as alterações legislativas sugeridas, está a modificação dos artigos 647 e 652 do Código de Processo Penal, de modo a impor profundas limitações ao cabimento do *habeas corpus*, restringindo-o somente a casos de ameaça direta e atual à liberdade de locomoção⁷⁴. Além disso, o Ministério Público Federal sugeriu o fim da possibilidade de concessão do *habeas corpus* de ofício, a vedação do emprego do *writ* para trancamento de ações penais e inquéritos policiais e a impossibilidade de utilizar o remédio em lugar do recurso cabível⁷⁵.

Prosseguindo no estudo aqui empreendido a respeito do *habeas corpus*, será realizada a análise de alguns casos paradigmáticos, no âmbito dos tribunais superiores, que representaram importantes passos na consolidação do *writ* como instrumento de defesa da liberdade em face das novas tendências autoritárias do processo penal brasileiro.

2.4 O HC n.º 149.250/SP e a Utilização do Habeas Corpus no Controle da Atividade Investigatória Estatal

discursivo(BOLDT, Raphael. **Maxiprocessos Criminais, Corrupção e Mídia: Uma Análise a Partir da Operação Lava-Jato**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1209-1237).

⁷⁴Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal que prejudique diretamente sua liberdade atual de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar(BRASIL. Ministério Público Federal. Dez Medidas Contra a Corrupção. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos>>. Acesso em: 23 dez. 2021).

⁷⁵Art. 647(...)

§ 1º A ordem de *habeas corpus* não será concedida:

I – de ofício, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente;

(...)

V – para discutir nulidade, trancar investigação ou processo criminal em curso, salvo se o paciente estiver preso ou na iminência de o ser e o reconhecimento da nulidade ou da ilegalidade da decisão que deu causa à instauração de investigação ou de processo criminal tenha efeito direto e imediato no direito de ir e vir.

§ 2º O *habeas corpus* não poderá ser utilizado como sucedâneo de recurso, previsto ou não na lei processual penal(Ibid.).

O *Habeas Corpus* n.º 149.250 de São Paulo foi julgado em 07 de junho de 2011 pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do ministro Adilson Vieira Macabu, e teve como paciente o banqueiro Daniel Valente Dantas. O referido *habeas corpus* foi paradigmático, pois representou o primeiro caso de anulação de um maxiprocesso em razão de abusos de poder praticados precipuamente na fase de investigação preliminar. O pedido formulado pelos impetrantes foi de anulação das provas colhidas em procedimentos de interceptação telefônica e telemática e de uma diligência de ação controlada, tendo o Superior Tribunal de Justiça concedido a ordem por maioria de votos - três votos a dois -, para anular os referidos procedimentos e a ação penal decorrente das provas inquinadas de ilicitude.

O *habeas* foi impetrado pela defesa de Daniel Dantas no contexto da ação penal n.º 2008.6180136-1, perante a 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo, na qual o paciente havia sido condenado pela prática do crime de corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal⁷⁶), por ter supostamente tentado corromper um delegado da Polícia Federal.

Ocorre que, a investigação - que foi batizada de “Operação Satiagraha” -, sob a coordenação do delegado Protógenes Queiroz, foi realizada de forma atípica, com adoção de diversos procedimentos e táticas investigatórias não previstos em lei. O elemento central no *modus operandi* da Operação Satiagraha foi a participação intensa de servidores da Agência Brasileira de Inteligência - cerca de cem agentes -, que assumiram o protagonismo das investigações, praticando diversos atos de polícia judiciária.

Os agentes da ABIN realizaram interceptações telefônicas, quebras de sigilo bancário, monitoramento do fluxo de e-mails - inclusive dos advogados de Daniel Dantas -, atos de vigilância da vida privada do investigado com a utilização de carro oficial para obtenção de fotografias e vídeos da sua rotina. Além disso, restou comprovado que o delegado Protógenes Queiroz contratou pessoalmente investigador particular - um ex-servidor do extinto Serviço

⁷⁶ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional (BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848/1940. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021).

Nacional de Inteligência da ditadura militar - para realizar atividades de investigação no interior da força tarefa da Operação Satiagraha, tendo acesso a diversos documentos sigilosos.

Ressalte-se que a ABIN é um órgão integrante da estrutura da Presidência da República, e tem como finalidade institucional produzir informações destinadas a assessorar as decisões do presidente da república. Dessa forma, a Agência não é órgão de segurança pública - não está prevista no artigo 144 da Constituição da República - e tampouco pode exercer funções de polícia judiciária, conforme o artigo 4º do Código de Processo Penal⁷⁷ e artigo 4º da Lei 9.883/1999⁷⁸.

Outro ponto relevante é que a ação controlada realizada no âmbito da Satiagraha foi previamente comunicada pelo delegado Protógenes à Rede Globo de Televisão, que gravou toda a ação, em desrespeito ao caráter sigiloso da diligência, o que foi apontado pelo ministro Jorge Mussi em seu voto durante o julgamento do HC n.º 149.250/SP⁷⁹. Ressalte-se que a ABIN também participou da ação controlada, tudo com ciência e autorização do juiz Fausto de Sanctis, que posteriormente viria a proferir sentença condenatória no caso.

⁷⁷ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria(BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 3.689/1941. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021).

⁷⁸ Art. 4º À ABIN, além do que lhe prescreve o artigo anterior, compete:

I - planejar e executar ações, inclusive sigilosas, relativas à obtenção e análise de dados para a produção de conhecimentos destinados a assessorar o Presidente da República;

II - planejar e executar a proteção de conhecimentos sensíveis, relativos aos interesses e à segurança do Estado e da sociedade;

III - avaliar as ameaças, internas e externas, à ordem constitucional;

IV - promover o desenvolvimento de recursos humanos e da doutrina de inteligência, e realizar estudos e pesquisas para o exercício e aprimoramento da atividade de inteligência(BRASIL. Lei Federal n.º 9.883/1999. Brasília, 07 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19883.htm>.

Acesso em: 29 nov. 2021).

⁷⁹ É certo que o escrivão de polícia restou responsabilizado penalmente por ter passado informações sigilosas a uma rede de televisão. Contudo, não menos certo que os funcionários da Abin teriam de igual modo agido, possibilitando a uma repórter publicar matéria veiculada em jornal de grande circulação na edição no dia 26/4/2008(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 149.250/SP. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu, Quinta Turma. Brasília, julgamento: 07/06/2011, DJe: 05/09/2011, p. 64. Acesso em: 23 dez. 2021).

Os ministros também consideraram nula a ação controlada montada pela Polícia Federal, sob comando do delegado Protógenes, com autorização do juiz Fausto Martin de Sanctis, para provar uma suposta tentativa de suborno de um delegado da PF por Daniel Dantas. A gravação da ação, em vídeo, foi feita por uma equipe da Rede Globo por encomenda do delegado Protógenes. Além disso, constatou-se que a fita, usada como prova, foi editada(ROCHA, Gabriela. **STJ Anula Operação Satiagraha**. Revista Consultor Jurídico, 07/06/2011. Disponível

em:<<https://www.conjur.com.br/2011-jun-07/stj-anula-operacao-satiagraha-condenacao-daniel-dantas>>. Consulta realizada em: 03 jan. 2022).

Diante disso, uma característica central das investigações da Operação Satiagraha foi a realização de apurações por meio de procedimentos amorfos - porque totalmente dissociados da forma prescrita em lei -, o que se evidencia pelo fato de que as diligências investigatórias teriam se iniciado em fevereiro de 2007 e somente em junho de 2008 a Polícia Federal viria a instaurar oficialmente o inquérito policial, tudo com intensa participação de servidores flagrantemente incompetentes para essas atividades.

O que se vê, portanto, no caso Satiagraha, não são pontuais ilegalidades, mas sim a realização proposital de toda uma investigação preliminar ao arripio da Constituição da República e da legislação ordinária, em uma persecução criminal informal e de exceção pautada no objetivo de reprimir os investigados e devassar suas vidas particulares. Anos antes da Operação Lava-Jato, a Satiagraha já trazia diversas características típicas dos maxiprocessos, tais como o prolongamento da fase oculta das investigações, a adoção de métodos divorciados da legalidade estrita, o agigantado volume de informações e adoção simultânea de diversos meios de prova cautelares como pontos de partida da investigação.

O julgamento do HC n.º 149.250/SP e a consequente anulação da Operação Satiagraha representam, portanto, um contraponto relevante ao modelo de processo penal trazido pela aludida investigação, evidenciando a aptidão do *habeas corpus* como instrumento de controle de legalidade e constitucionalidade em matéria processual penal. O ponto central no julgamento do *habeas* em estudo foi o próprio direito a um devido processo legal, traduzido nesse caso concreto como a imposição de limites à atuação investigatória do estado na persecução criminal e no direito a não ser processado ou condenado com base em provas ilícitas - até mesmo clandestinas, no caso da Satiagraha.

Indo um pouco além, é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça realizou, por meio do *habeas corpus*, o controle de constitucionalidade e legalidade da própria conduta das autoridades encarregadas da persecução criminal, apontando a incompatibilidade do *modus operandi* adotado na Operação com os postulados do Estado de Direito.

A jurisprudência, então, reiterou a flexibilidade do *habeas corpus*, pois o remédio foi empregado para anular três procedimentos cautelares e uma ação penal inteiramente fundada em provas ilícitas, obtidas por meio de abuso de autoridade e violação aos direitos constitucionais à intimidade e vida privada, mesmo diante da inexistência de coação direta à liberdade ambulatorial.

O *writ* desempenhou uma função saneadora da persecução criminal, levando a exclusão do mundo jurídico um processo criminal que se desenvolveu a partir de diligências policiais divorciadas dos procedimentos previstos em lei. Nessa linha, afirmou o Relator:

Assim, não há outro caminho a não ser **a descontaminação da investigação**, expurgando dos autos todos os elementos colhidos em desconformidade com a lei. Em decorrência dos desmandos e abusos praticados, as provas obtidas por meios ilícitos, circunstância plenamente evidenciada, não podem mais figurar nos autos do processo, sendo certo que a Constituição de 88 as repudiou, na dicção contida em seu art. 5º, LVI, ao estatuir como cláusula pétrea o princípio de que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*” Portanto, estamos diante de garantia que integra o postulado do devido processo legal, que exige, na apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria, a observância da forma legalmente prevista na norma jurídica⁸⁰.

Outro ponto importante da discussão travada no julgamento do HC n.º 149.250/SP, foi a aptidão do *writ* para o controle de legalidade da produção probatória no processo criminal. O princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas é um limite ao princípio da liberdade probatória, previsto no artigo 369 do Código de Processo Civil, de modo que as partes têm liberdade para buscar meios de corroboração de suas alegações, todavia, tal liberdade está circunscrita aos limites da legalidade.

No âmbito processual penal, tal princípio ganha ainda mais importância, pois se está a tratar de um processo que pode levar à privação de liberdade de um cidadão, ademais, a própria instrução criminal se dá em um ambiente de disparidade de forças, pois o aparato estatal - com toda a sua estrutura física e pessoal - possui muito mais ferramentas para buscar a corroboração de sua hipótese acusatória. Além disso, há no processo penal abundância de meios de prova que representam restrições a direitos fundamentais da pessoa investigada -

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 149.250/SP. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu, Quinta Turma. Brasília, julgamento: 07/06/2011, DJe: 05/09/2011, p. 33(grifos inseridos), Acesso em: 23 dez. 2021.

interceptação telefônica, quebra de sigilos constitucionais, busca e apreensão, etc -, de modo que a própria produção de provas em muitos casos já traz em si uma restrição da liberdade e de outros direitos fundamentais.

Daí a importância de que a apuração dos fatos conduzida pelo Estado na investigação preliminar - e também na instrução processual - seja rigorosamente pautada pelos limites da legalidade e da Constituição. O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas possui também uma face de direito subjetivo, portanto, sob a ótica do direito individual fundamental a não ser processado com base em provas obtidas em desacordo com a lei, o que guarda uma íntima conexão com o *due process of law*.

A verificação da verdade dos fatos representa, como aponta Ferrajoli, um fator de legitimação da decisão judicial proferida, de modo que é necessário que o processo tenha caráter probatório, de modo que as partes tenham a possibilidade de sujeitar a hipótese acusatória a um juízo cognitivo de comprovação ou refutação⁸¹. Dessa forma, a instrução processual não pode ser baseado em presunções ou convicções subjetivas, e sim em uma contraposição objetiva de informações que corroborem ou neguem a acusação, de modo que a legitimidade da sentença estará principalmente em sua conformidade com o conjunto de provas produzidas, e não na autoridade do julgador.

Todavia, a obtenção da verdade real não é a finalidade absoluta do processo criminal, mas apenas um elemento que se soma ao seu objetivo precípua de ser um pressuposto para o exercício legítimo do poder punitivo. Nesse sentido, é necessário que a apuração da verdade por meio da produção probatória se dê em conformidade com a lei e com os direitos fundamentais:

Poder-se-ia imaginar que a vedação da utilização da prova ilícita representa uma indevida limitação à busca da verdade material e ao próprio livre convencimento do juiz. Todavia, como já destacado, a própria busca da verdade não é ilimitada e não

⁸¹ Daí deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações — de fato ou de direito - das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual, no sentido que será elucidado mais adiante(FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32).

representa um fim que possa ser atingido a qualquer custo. No processo e, principalmente, na atividade probatória, os fins são tão importantes quanto os meios. Por outro lado, a livre valoração da prova deve ser entendida no contexto do material probatório validamente produzido⁸².

O que ocorre nos maxiprocessos, contudo, é um afastamento dessa ideia de legitimidade ancorada na demonstração da verdade por meio de provas validamente produzidas, que é agora substituída pela legitimação da decisão judicial pela necessidade de repressão à corrupção ou ao crime organizado. Passa-se a uma legitimação da decisão e da atuação estatal pelo próprio poder, e não pelo processo cognitivo ancorado na Constituição.

Como exemplo disso, nas Dez Medidas contra a Corrupção, o Ministério Público Federal sugeriu a modificação do artigo 157 do Código de Processo Penal para inserir um amplo rol de exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas, figurando entre as hipóteses a possibilidade de utilização de prova ilícita obtida de boa-fé pelo agente público⁸³.

No julgamento do Caso Satiagraha, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou imprestabilidade das provas ilícitas, declarando a nulidade das provas produzidas no contexto de um procedimento investigatório totalmente afastado da legalidade, o que representou uma importante defesa do estado democrático de direito, pois a aceitação do uso de provas ilícitas

⁸²BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **Processo Penal**. 8ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 453.

⁸³Art. 157.(...)

§ 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando:

(...)

III – o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada;

IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação;

V – derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé;

VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência;

VII – usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena;()

VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena;

IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público;

X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou

privados(BRASIL. Ministério Público Federal. Dez Medidas Contra a Corrupção. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos>>. Acesso em: 04 jan. 2022).

representa um agravamento da desigualdade já existente entre estado e cidadão na persecução penal, já que permite ao estado se utilizar de meios ilegais para viabilizar o exercício do poder punitivo. Nesse sentido, o ministro Jorge Mussi pontuou a importância da anulação de procedimento baseado em provas ilícitas, ressaltando a ameaça que o uso desses elementos representa à liberdade dos cidadãos⁸⁴.

Outro ponto relevante, que também foi objeto de debate no julgamento, foi o comprometimento da imparcialidade do julgador diante da autorização e do contato com tantas diligências realizadas em desacordo com a lei. É importante recordar que um dos elementos caracterizadores dos maxiprocessos criminais é o intenso envolvimento do juiz nos atos de investigação em um contexto de diligências sigilosas, o que a longo prazo acaba por gerar identificação e envolvimento cognitivo com a hipótese acusatória, mormente se o magistrado permite que se realizem tantos atos ilegais⁸⁵.

2.5 O HC n.º 82.354/PR e o Uso do Habeas Corpus para Garantia do Direito de Defesa

O julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.354/PR deu-se no dia 11 de agosto de 2004, na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, tendo a ordem sido concedida por unanimidade no colegiado, a fim de determinar fosse

⁸⁴Não há lugar maior para o extravasamento dos ódios e dos rancores que uma ação penal ancorada em prova colhida na clandestinidade. Essa volúpia desenfreada de se construir pseudo-provas acaba por ferir de morte a Constituição do País.

(...)

Nesse contexto, se aprova que deu origem a persecutio criminis in judicio é natimorta, eis que viciada, preferível que passemos, desde logo, o competente atestado de óbito, para que amanhã não seja usada contra qualquer outro cidadão(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 149.250/SP. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu, Quinta Turma. Brasília, julgamento: 07/06/2011, DJe: 05/09/2011. Disponível em:<[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27149250%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27149250%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27149250%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27149250%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 23 dez. 2021, pp. 67/68).

⁸⁵ Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda de imparcialidade.

Num estado de direito efetivo e verdadeiro, magistrado deve julgar sem paixões em absoluta sintonia com a estrutura normativa existente, mesmo porque não lhe cabe legislar, mas apenas aplicar regras elaboradas por outro poder, o legislativo, que na sistemática adotada pela nossa Constituição Federal, no seu art. 2º, também goza de independência, consoante a lição advinda do princípio da separação de poderes(Ibid, pp. 36/37).

franqueado aos advogados do paciente acesso aos autos do inquérito policial em que era indiciado.

O paciente foi Augusto Rangel Larrabure, que recebeu intimação da Delegacia de Polícia Federal na cidade de Foz do Iguaçu/PR informando-o de seu indiciamento pela suposta prática de crimes contra o sistema financeiro nacional e determinando que comparecesse em sede policial para fornecer padrões grafotécnicos. A defesa do investigado solicitou vista dos autos do inquérito à autoridade policial, que negou acesso ao feito sob a alegação de que os autos estavam sob sigilo, linha argumentativa também observada posteriormente pelo juiz da 1ª Vara Federal de Foz do Iguaçu, que manteve a negativa de acesso.

Na sequência, a defesa impetrou mandado de segurança perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região com base no direito líquido e certo dos patronos do paciente de analisarem os autos, com esteio no direito constitucional ao livre exercício profissional⁸⁶ e no artigo 7º, inciso XIV, da Lei 8.906/1994⁸⁷, que confere ao advogado a prerrogativa de ter vista dos autos de inquérito policial, independentemente de eventual sigilo do feito.

Após a denegação da segurança pela Corte Regional, a defesa interpôs recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça com base nos mesmos argumentos, tendo sido a segurança também denegada pelo apertado placar de três votos a dois. Vale ressaltar, que a relatora do recurso, ministra Eliana Calmon, fundamentou seu voto na supremacia do interesse público no sucesso da investigação, o que justificaria a vedação do acesso do advogado aos autos:

⁸⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer(BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 nov. 2021);

⁸⁷ Art. 7º São direitos do advogado:

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital(BRASIL. Lei Federal n.º 8.906/1994. Brasília, 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em: 23 dez. 2021);

ADMINISTRATIVO - INVESTIGAÇÕES POLICIAIS SIGILOSAS - CF/88, ART. 5º, LX E ESTATUTO DA OAB, LEI 8.906/94.

1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal.

2. Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado.

3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexistente sigilo.

4. Em sendo sigilosas investigações, ainda não transformadas em inquérito, pode a autoridade policial recusar pedido de vista do advogado.

5. Recurso Ordinário improvido⁸⁸.

Diante da derrota no âmbito da Corte Superior, a defesa passou a olhar o caso de outra maneira, adotando a ótica da negativa da vista aos autos como ofensa à amplitude do direito de defesa, mais especificamente, ao direito de orientação do preso por advogado, previsto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República⁸⁹, o que poderia vir a gerar o perigo de privação da liberdade ambulatorial, diante da deficiência da defesa técnica. Com esse fundamento, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal.

Ao conceder a ordem para garantir o acesso aos autos, o Supremo consolidou a flexibilidade do *writ* na garantia da liberdade de locomoção, apontando o cabimento do remédio para garantia da efetividade da defesa técnica durante a persecução criminal mesmo que ainda em fase de investigação preliminar.

Não se trata de restabelecer a doutrina brasileira do *habeas corpus*, mas sim de aproveitar o legado deixado por essa construção teórica, no sentido de que o *writ* deve ter a

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n.º 12.516/PR. Rel.: Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgamento: 20/08/2002, DJ: 27/09/2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200001120620&dt_publicacao=27/09/2004>. Acesso em: 23 dez. 2021. (grifos inseridos)

⁸⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 nov. 2021);

flexibilidade necessária para conferir efetiva proteção à liberdade diante da multiplicidade de formas com que a coação a esse direito se manifesta na realidade concreta do Brasil.

A deficiência na defesa prestada à pessoa investigada ou processada representa coação, ainda que na modalidade indireta, à liberdade ambulatorial, na medida em que a atuação inefetiva da defesa poderá acarretar a prolação de sentença condenatória afinal, ainda mais em um contexto de desequilíbrio de possibilidades probatórias que é próprio da esfera processual penal.

Esse fato se torna ainda mais evidente pelo fato de a legislação brasileira possibilitar a utilização de elementos de informação colhidos durante o inquérito na formação do convencimento do julgador, vedando apenas que a decisão se baseie unicamente nos referidos elementos⁹⁰. Assim, por exemplo, eventual confissão feita pelo investigado desassistido perante a autoridade policial poderá, em associação com prova produzida em contraditório, ser utilizada pelo julgador na formação de seu convencimento, e resultar na imposição de pena privativa de liberdade, daí a íntima ligação entre o direito à defesa técnica e liberdade de locomoção.

Nesse sentido, a deficiência da defesa poderá gerar uma privação de liberdade ainda que a longo prazo, gerando ofensa indireta à liberdade de locomoção, passível de ser combatida por *habeas corpus*. Nessa toada, apontou o Relator, ministro Sepúlveda Pertence:

É constrangimento que, se existente e ilegal, poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o *habeas corpus* a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente⁹¹.

⁹⁰ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas(BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 3.689/1941. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021).

⁹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.354/PR. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgamento: 10/08/2004, DJ: 24/09/2004, p. 40. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79033>>. Acesso: 04 jan. 2022.

O raciocínio das instâncias inferiores do Judiciário para manutenção da negativa de vista aos autos tem como núcleos, em síntese, as seguintes premissas: a dita inexistência de ampla defesa e contraditório em sede de inquérito policial e a primazia do interesse público no sucesso da investigação sobre o interesse particular na defesa.

A primeira perspectiva é descabida no tema em apreço, pois a discussão do caso concreto não versa sobre a natureza do inquérito policial, e tampouco os impetrantes buscavam o direito de contrapor processualmente os atos investigatórios, o que se buscava era a efetivação do direito à orientação por advogado, direito este que a Constituição prevê sem quaisquer ressalvas.

Ademais, ainda que o inquérito seja procedimento de instrução unilateral pela polícia judiciária - o que, de fato, o torna desprovido de contraditório -, não há que se falar em ausência de defesa, pois a Constituição previu tal direito de maneira ampla, estendo-o, inclusive aos feitos de natureza administrativa⁹². Diante disso, a leitura que mais se coaduna com a ordem constitucional é a admissão da existência do direito de defesa pontualmente mitigado pelas particularidades do inquérito policial.

A existência do mencionado posicionamento das instâncias inferiores reflete a dificuldade de consolidação dos direitos fundamentais em matéria penal no Brasil, pois, mesmo na vigência de uma Constituição democrática, há entendimentos jurisprudenciais que admitem a existência de uma investigação criminal completamente desprovida de defesa, a ponto de recusar-se a assistência do investigado por advogado quando houver “interesse público” no sigilo absoluto do inquérito.

Quanto à segunda perspectiva, esta também não se coaduna com os postulados de um estado democrático de direito, pois inexistente contraposição entre um alegado interesse público

⁹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes(BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 nov. 2021);

na efetividade da persecução criminal e o direito de defesa do cidadão, de modo a reduzir a defesa técnica a mero interesse particular e ainda de natureza prejudicial à persecução criminal. Por via oblíqua, acaba-se admitindo que a investigação que atende ao interesse da sociedade é aquela que se dá sem a presença “inconveniente” da defesa do investigado.

Evidentemente que tal leitura não pode ser aceita sob a regência da Constituição da República de 1988. Em uma sociedade democrática, a persecução penal também deve refletir os valores democráticos, de modo que as autoridades devem conduzir a persecução criminal em harmonia com os direitos fundamentais. Nessa linha, a observância do direito de defesa também representa o interesse público.

Conforme pontuou o ministro Pertence⁹³, essa contraposição entre interesse público e privado em matéria de direito à defesa técnica efetiva é falsa, pois o próprio legislador, por meio da Constituição da República e da Lei 8.906/1994, fez prevalecer o direito à assistência por advogado, mesmo diante de procedimentos acobertados pelo sigilo judicial. Ainda que se alegue a necessidade de ponderação entre os sobreditos princípios - segurança pública e ampla defesa -, o próprio legislador constituinte e ordinário já resolveu o conflito em favor do direito de defesa.

Vale ressaltar, que, independentemente da fase em que se encontra a persecução criminal, o imputado é titular de um plexo de direitos que lhe assegura a Constituição da República, dentre os quais está a assistência moral e afetiva por sua família e a orientação e defesa técnicas feita pelo advogado constituído ou defensor público⁹⁴. Tais direitos, na realidade, constituem ferramentas de que dispõe o cidadão para conferir concretude à defesa

⁹³ O conflito aparente de interesses contrapostos, de que partem tais raciocínios, no entanto, é falso, na medida em que a lei mesma o resolveu, em favor da prerrogativa do defensor e contra a oponibilidade ao advogado do sigilo decretado do inquérito (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.354/PR. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgamento: 10/08/2004, DJ: 24/09/2004, p. 44. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79033>>. Acesso: 04 jan. 2022).

⁹⁴ Anota o autor citado⁽³⁾ que a doutrina e a jurisprudência reconhecem ao indiciado direitos fundamentais, entre os quais os de “assistência de advogado em todos os atos de que participe”; o “de se entrevistar, pessoal e reservadamente com o advogado, ainda quando colocado em regime de incomunicabilidade” (CPP, art. 21 c/c EAOB, art. 7º, III); “o direito ao silêncio” (CF, art. 5º, LXIII e 186, V, CPP) e o **nemo tenetur se detegere**. Desse plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento e prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (...) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2004, apud, NOGUEIRA, 2002).

de sua liberdade, de modo que eventual ofensa a essas garantias pode sim ser objeto de combate pela via do *habeas corpus*.

Mais uma vez, é importante lembrar que a concretização dos direitos previstos na Constituição depende também de um compromisso dos operadores do sistema de justiça criminal em interpretar as leis de acordo com os paradigmas democráticos trazidos pela lei maior, de modo que sempre deverá prevalecer a leitura da norma que maior amplitude confere aos direitos previstos no texto constitucional. Dessa forma, não é mais plausível qualquer leitura feita do artigo 20 do Código de Processo Penal que conduza à conclusão de que o sigilo do inquérito é oponível ao advogado constituído, sob pena de manter interpretação pautada pelas doutrinas securitárias próprias do regime ditatorial. No tocante à efetividade do texto constitucional por meio da interpretação, afirma Luís Roberto Barroso:

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador⁹⁵.

Assim, não basta que o direito de defesa esteja previsto formalmente na Constituição, é necessário que os aplicadores do direito conduzam sua interpretação de modo a materializar a referida garantia concretamente. O *habeas corpus*, nesse sentido, representa uma ponte entre a Constituição da República e a realidade concreta da persecução criminal, sendo um meio de levar o Poder Judiciário a garantir a viabilização efetiva da defesa técnica.

Outro importante julgado em matéria de concretização de direitos fundamentais pela via do *writ*, já no contexto da Operação Lava-Jato, foi o Habeas Corpus n.º 157.627/PR, apreciado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em que foi assentado o direito do réu delatado apresentar por último suas alegações finais por memoriais.

⁹⁵BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 375/376.

Naquela assentada, o Supremo confirmou a aptidão do *habeas* para garantir a observância do contraditório efetivo na persecução criminal, fazendo-se, inclusive, referência à textura ampla que o remédio adquiriu no seio do desenvolvimento da jurisprudência da Suprema Corte brasileira⁹⁶. Mais uma vez, verificou-se que a inobservância dos postulados da ampla defesa e do contraditório no processo penal, do qual pode advir pena privativa de liberdade, representa coação indireta à liberdade de locomoção.

Também foi objeto de discussão no caso referido a eficácia direta dos direitos previstos no artigo 5º da Constituição da República, assentando-se que é desnecessária a previsão em legislação ordinária para viabilizar a incidência do contraditório, de modo que a inexistência de previsão no Código de Processo Penal ou na Lei 12.850/2013 não é óbice ao reconhecimento do direito dos réus delatados falarem por último:

Assinalo, a propósito, que a compreensão hermenêutica e a incidência das normas fundamentais não estão condicionadas, em princípio, à existência de texto normativo infraconstitucional, conforme prescreve o disposto no § 1º do art. 5 da CF/88. É cediço, nessa quadra, que o legislador é incapaz de prever, de forma apriorística e com pormenores, as diversas situações em que descortina-se indispensável assegurar o contraditório substancial ao acusado, mormente quando envolver novel diploma legal introduzido no ordenamento jurídico⁹⁷.

Independentemente de se tratar o colaborador de mais um réu do processo, suas declarações guardam indisfarçável carga acusatória, vez que, é condição para celebração do acordo que o colaborador aponte os demais autores do fato, apresentando elementos informativos que corroborem suas alegações. Dessa forma, os memoriais ofertados pelo colaborador são marcados pelo seu conteúdo de imputação criminal aos corréus, o que conduz à observância do direito dos delatados de rebater as alegações do colaborador.

⁹⁶ Assim, como eu disse, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao *habeas corpus* é generosa e abarca um sem número de casos, nos quais, à primeira vista, não parece ser apenas a liberdade de locomoção, ou exclusivamente a liberdade de locomoção. Mas estou em que esses grandes Ministros, especialmente os citados, porque já não estão aqui, como é o caso do Pedro Lessa, entre outros, que ela ainda se faz presente e ainda continua a ser o núcleo central da construção jurisprudencial brasileira deste Supremo sobre o *habeas corpus* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 157.627/PR. Rel.: Min. Edson Facchin, Rel. p/ acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgamento: 27/08/2019, DJe: 17/03/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752248712>>. Acesso: 04 jan. 2022).

⁹⁷ *Ibid.*

A conclusão dos autos ao juiz com inúmeras declarações acusatórias do colaborador representa coação ilegal que atinge indiretamente a liberdade de ir e vir, uma vez que incrementará consideravelmente as chances de prolação de sentença condenatória, na medida em que o julgador terá contato com uma série de elementos incriminadores sem a correspondente contraposição da defesa do delatado. Tem-se, portanto, que, no HC n.º 157.627/PR, o *habeas* foi utilizado para viabilizar a incidência direta do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, garantindo-se às defesas dos réus o direito efetivo de rebater as alegações incriminatórias feitas pelos réus delatores.

2.6 O HC n.º 164.493/PR e o Uso do *Writ* para Garantir o Direito a um Juiz Imparcial

Tendo-se em conta que, dentro do paradigma do processo penal liberal clássico, os maxiprocessos exercem uma “função anômala de defesa social”⁹⁸, verifica-se uma substancial alteração no papel do juiz nesse tipo de fenômeno processual. De terceiro imparcial e desinteressado, o juiz se transmuta em agente público repressor da criminalidade, aliando-se ao Ministério Público e à Polícia Judiciária.

Sobre isso, anota Diogo Malan:

Assim, o megaprocesso é permeado por elementos metajurídicos (v.g. emotivos, ideológicos, sociológicos, políticos etc.) que modificam as tradicionais funções processual e judicial: o juiz deixa de ser terceiro imparcial e desinteressado no resultado do processo, tornando-se defensor das instituições sociais supostamente postas em causa pela criminalidade organizada⁹⁹.

Assim, é possível perceber que, para além das razões estritamente jurídicas - opinião a respeito da existência dos elementos tipicidade, ilicitude e culpabilidade por exemplo - a atuação dos agentes públicos em um maxiprocessos é permeado por objetivos metajurídicos associados a uma ideia de preservação da segurança pública, centrada na repressão ao crime organizado ou à corrupção, males representados no processo pela própria pessoa do investigado ou réu.

⁹⁸ MALAN, Diogo. **Megaprocessos Criminais e Direito de Defesa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 159/2019. Setembro de 2019, p. 45-67.

⁹⁹ Ibid.

O próprio ex-juiz Sérgio Moro, em artigo já mencionado neste trabalho, aponta a figura dos “juizes de ataque”(pretori d’assalto) como um elemento central no sucesso da Operação Mãos Limpas. No mesmo artigo, o então juiz conceitua os juizes de ataque como jovens magistrados comprometidos com o objetivo de fazer justiça social por meio da aplicação da lei penal, levando a repressão a pessoas de classes até então não atingidas pela justiça criminal

100

Nessa linha, a atuação do Poder Judiciário e dos demais órgãos encarregados do desencadeamento e realização do poder punitivo teria como ponto de partida a própria deslegitimação da classe política (representantes dos Poderes Legislativo e Executivo) e empresarial, de modo que os maxiprocessos assumem uma feição de oposição e combate ao próprio sistema político na figura, muitas vezes, do governo da situação, identificado pelos agentes públicos como aliado do crime organizado ou da corrupção.

Ocorre que um processo criminal se estabelece em face de um indivíduo ou grupo de indivíduos específicos, de forma que a ameaça genérica à paz social é personificada pelo sujeito réu do processo - apontado como corrupto, traficante, etc -, passando o réu a ser tido como inimigo, alvo de combate por parte do estado. Tal quadro se agrava quando leva-se em conta a tradição do positivismo criminológico, muito forte na cultura do sistema de justiça criminal brasileiro, que tende a uma profunda subjetivação do processo, buscando-se o crime na figura do réu ou investigado, sobretudo daquele que opta por não colaborar.

Ocorre que, tal postura judicial compromete frontalmente a necessária imparcialidade judicial, princípio central do direito processual brasileiro, extraído da combinação dos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da Constituição da República¹⁰¹, que é um pressuposto da própria

¹⁰⁰ No sistema judicial, os assim chamados “pretori d’assalto”(“juizes de ataque”, i.e, juizes que tomam uma postura ativa, usando a lei para reduzir a injustiça social) tomam frequentemente posturas anti-governamentais em matéria de trabalho e de Direito Ambiental. Ao mesmo tempo, especialmente na luta contra o terrorismo e a Máfia, a magistratura exercita um poder pró-ativo, em substituição a um poder político impotente.(...)Uma nova geração dos assim chamados “giudici ragazzini”(jovens juizes), sem qualquer senso de deferência em relação ao poder político(e, ao invés, consciente do nível de aliança entre os políticos e o crime organizado), iniciou uma série de investigações sobre a má-conduta administrativa e política(Ibid, p. 57/58).

¹⁰¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

ideia de processo como procedimento dialógico destinado à obtenção de uma decisão justa. Se o juiz já chega ao processo previamente imbuído da missão de reprimir o crime - personificado no interior da relação processual na figura do réu - acaba por aliar-se de antemão à pretensão punitiva do estado, o que fere de morte a imparcialidade, que só é possível se o magistrado se coloca para além dos interesses das partes.

No âmbito dos maxiprocessos, o prejuízo à imparcialidade judicial também é provocado pelo intenso envolvimento da autoridade judicial com a investigação. Diante do emprego frequente de medidas cautelares invasivas, o magistrado é levado a proferir diversos juízos prévios de admissibilidade das referidas medidas, que geralmente têm como requisito o reconhecimento da existência de prova de materialidade e indícios de autoria. Como exemplos disso, pode-se citar a prisão preventiva, o sequestro¹⁰² e a captação ambiental¹⁰³.

Dada a complexidade que normalmente envolve delitos econômicos, a fase de investigação preliminar pode se estender por meses a fio e até anos, o que leva o juiz a proferir seguidos juízos prévios acerca de elementos de existência do crime e de autoria, além de uma intensa exposição a material probatório produzido unilateralmente pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária. Tais elementos acabam por gerar demasiado envolvimento cognitivo do juiz com a investigação em curso, o que pode acarretar certa identificação por parte do magistrado com a tese dos órgãos de persecução, contribuindo também com que o

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente(BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 nov. 2021);

¹⁰² Art. 126. Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado(BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 3.689/1941. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021).

¹⁰³ Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas(BRASIL. Lei Federal n.º 9.296/1996. Brasília, 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 23 dez. 2021).

magistrado adote eventual postura mais ativa nas investigações, determinando diligências de ofício, por exemplo, o que ainda é permitido pelo Código de Processo Penal.

Tal participação intensa do juiz na investigação promove a perda da originalidade cognitiva, necessária para o julgamento imparcial da causa, e representa um entrave à consolidação do modelo processual acusatório, nesse sentido, afirma Aury Lopes Júnior:

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

(...)

Ainda que a investigação preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato (consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo), o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz-instrutor uma série de “pré-juízos” e impressões a favor ou contra o imputado, influenciando no momento de sentenciar¹⁰⁴.

A referida situação se agrava, ainda, em razão da suspensão da eficácia do artigo 3-C do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019, que prevê a figura do juiz de garantias¹⁰⁵ com o objetivo de evitar que o juiz “contaminado” com os pré-juízos da fase investigatória seja também responsável por presidir a instrução e proferir sentença. Nesse sentido, tem-se o adiamento de uma importante mudança legislativa, destinada a estabelecer que, na investigação preliminar, o papel do juiz é o de garantidor de direitos, e não de investigador.

O comprometimento da imparcialidade do julgador advém, ainda, de uma ideia de eficiência da justiça criminal subjacente aos maxiprocessos criminais, segundo a qual o encargo financeiro resultante do funcionamento do Poder Judiciário só se justificaria diante do oferecimento de bons resultados à sociedade, que consistiriam na efetiva contribuição com a repressão e prevenção ao crime.

¹⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 91/94.

¹⁰⁵ O juiz de garantias é o magistrado responsável pelo controle de legalidade da investigação preliminar, sendo competente para decisão de medidas cautelares que importem restrição a direitos fundamentais, bem como pelo recebimento da denúncia ou queixa.

Nessa linha, os magistrados passam a ser vistos como gestores do poder punitivo, e sua produtividade à luz do sistema seria aferível a partir de sua eficiência em viabilizar o célere encarceramento de criminosos - ou corruptos, ou terrorista, etc -, de modo a propiciar sensação de retribuição e segurança no seio social. Sobre isso, aponta Gabriel Anitua:

Mas, ao contrário, verifica-se uma indevida assunção dos fins da penalidade e, ainda pior, de uma política de prevenção do delito por parte dos poderes judiciais, que se somam a essa “fuga sistemática ao direito punitivo como refugium peccatorum” que “apenas se explica como modo demagógico de satisfazer a chamada opinião pública(...).

Como se disse, já não se pensará nos fins do sistema nem no seu efetivo resultado externo, senão que se priorizará o produto interno da justiça: será mais eficaz se logra mais e mais rápidas prisões preventivas, condenações etc., reduzindo, ao mesmo tempo, os custos em uma sucessão de decisões que tendem a autolegitimar o gasto previamente investido¹⁰⁶.

No julgamento do HC n.º 164.493/PR, impetrado pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu um importante contraponto a esse modelo de juiz ativista em matéria penal, próprio dos maxiprocessos criminais. A Segunda Turma do Tribunal, por maioria de votos, concedeu a ordem, nos termos do voto do min. Gilmar Mendes, para anular os atos decisórios praticados pelo juiz Sérgio Moro, na ação penal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000, em razão da parcialidade do magistrado.

O primeiro ponto relevante a ser objeto de análise no julgamento do HC n.º 164.493/PR, é que o Supremo Tribunal Federal consolidou a possibilidade de manejo do *habeas corpus* para que seja reconhecida a imparcialidade de julgador, reiterando jurisprudência já firmada no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 95.518/PR, no qual o Tribunal entendeu ser possível a discussão da falta de imparcialidade em sede de *habeas corpus* se houver a possibilidade de aferir-se, mediante prova pré-constituída, a existência de um padrão decisório que denote objetivamente a parcialidade do juiz:

Processo Penal. Habeas Corpus. Suspeição de Magistrado. Conhecimento . A alegação de suspeição ou impedimento de magistrado pode ser examinada em sede de habeas corpus quando independente de dilação probatória. É possível verificar se

¹⁰⁶ANITUA, Gabriel Ignácio. **Introdução à Criminologia: uma Aproximação desde o Poder de Julgar**. 1ª Edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanc, 2018, p. 117/119.

o conjunto de decisões tomadas revela atuação parcial do magistrado neste habeas corpus, sem necessidade de produção de provas, o que inviabilizaria o writ¹⁰⁷.

No mesmo sentido, posicionou-se a Segunda Turma no julgamento do *habeas* em estudo:

Portanto, ainda que a análise em sede de habeas corpus tenha cognição limitada, nos termos assentados pelo STF, se, a partir dos elementos já produzidos e juntados aos autos do remédio colateral, restar evidente a incongruência ou a inconsistência da motivação judicial das decisões das instâncias inferiores, deve-se resguardar os direitos violados, com a concessão da ordem¹⁰⁸.

Portanto, para a impugnação da parcialidade do julgador pela via do *writ* é necessário que o impetrante demonstre, sem a necessidade de dilação probatória, a existência de parcialidade por meio de reiterados atos processuais de fundamentação incongruente que demonstrem objetivamente a ausência de imparcialidade do julgador. Não é suficiente a existência de um único ato contestável em face da lei, deve haver um contexto de pronunciamentos judiciais violadores da legalidade que expressem atuação enviesada do magistrado.

Ademais, restou evidenciado que o processamento por juiz parcial representa coação ilegal à liberdade de locomoção do cidadão, pois, uma vez que o magistrado se encontra previamente comprometido com a hipótese do órgão acusatório, há uma supressão do contraditório e da ampla defesa, pois a defesa técnica fica completamente alijada da possibilidade de influenciar no convencimento do julgador.

Dessa forma, a prolação de sentença condenatória ao final é praticamente inexorável, evidenciado-se o constrangimento ilegal. No julgamento, o min. Ricardo Lewandoski apontou a condenação do ex-presidente Lula como o ponto culminante de uma sequência de atos parciais do juiz processante:

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 95.518/PR. Rel.: Min. Eros Grau, Rel. p/acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento: 28/05/2013, DJe: 19/03/2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5463892>>. Acesso: 04 jan. 2022.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 164.493/PR. Rel.: Min. Edson Facchin, Rel. p/acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento: 23/03/2021, DJe: 04/06/2021. Acesso: 04 jan. 2022.

Em suma, entendo que o constrangimento ilegal, no caso sob exame, encontra-se claramente evidenciado pela prolação de sentença condenatória em desfavor do paciente, como coramento de uma série de atos processuais e comportamentos pessoais, tismados pela mácula da parcialidade, que violaram manifestamente os seus direitos fundamentais¹⁰⁹.

Também foi pontuado no julgamento o caráter independente do *habeas corpus* em relação ao sistema recursal, sendo o remédio cabível para tutela da liberdade e, mediatemente, do devido processo legal, independente do resultado obtido pelo cidadão na via recursal. Mais uma vez, se faz presente a importância de conferir ao *writ* a aceção mais ampla possível, a fim de tutelar efetivamente a liberdade de locomoção. Nessa linha, anotou o min. Lewandoski:

Ademais, penso que não constitui obstáculo ao conhecimento da matéria versada no presente *writ* a circunstância de que tenham sido as alegações de suspeição, anteriormente formuladas pela defesa, rejeitadas pelas instâncias ordinárias e os recursos interpostos perante as Cortes superiores hajam sido desprovidos. É que **o *habeas corpus*, segundo pacífica jurisprudência desta Suprema Corte, presta-se a sanar vícios processuais que coloquem em risco a liberdade das pessoas, mesmo que estes não tenham sido reconhecidos nas instâncias ordinárias ou, até mesmo, extraordinárias**, sobretudo porque as nulidades processuais, salvo as relativas, por constituírem matéria de ordem pública, não precluem, sendo, portanto, cognoscíveis a qualquer tempo¹¹⁰.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu, a partir das provas trazidas pelos impetrantes, que o então juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba não cumpriu com o dever de imparcialidade com base em sete fatos específicos: i) determinação de espetaculosa condução coercitiva do paciente sem a realização de intimação anterior, ii) determinação de interceptação telefônica dos advogados do paciente, iii) intensa atuação do magistrado para impedir o cumprimento de decisão que concedeu *habeas corpus* ao paciente, iv) divulgação seletiva e ilegal de conversas havidas entre o paciente e a então Presidente da República, em violação à competência do STF, v) teor da sentença condenatória proferida pelo magistrado, no qual este fez críticas de cunho pessoal à atuação da defesa do paciente, vi) determinação, de ofício, do levantamento do sigilo da delação do ex-ministro Antônio Palocci na véspera da eleição presidencial de 2018, quando já finda a instrução processual e vii) assunção do cargo de ministro de estado da justiça no governo do principal opositor político do paciente, de

¹⁰⁹ Ibid, p. 229.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 164.493/PR. Rel.: Min. Edson Facchin, Rel. p/acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento: 23/03/2021, DJe: 04/06/2021. Acesso: 04 jan. 2022, p. 228.

modo que o magistrado obteve vantagem política decorrente das sentenças condenatórias que proferiu.

Diante desse conjunto de fatos determinados, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o então Juiz de primeiro grau adotou uma postura de “juiz de ataque” - na esteira do que ele próprio defendeu em artigo publicado anos antes - em relação ao acusado em questão, violando a imparcialidade por praticar seguidos atos típicos de investigador e acusador, revelando uma adesão prévia à tese acusatória e uma relação de coordenação com os órgãos de persecução penal¹¹¹.

Ante o exposto, é possível concluir que a conduta do juiz responsável pelos casos da Operação Lava-Jato na Justiça Federal do Paraná se amolda ao modelo de magistrado subjacente aos maxiprocessos, qual seja, o do juiz que dirige o processo não na qualidade de julgador equidistante mas sim como agente público incumbido de veicular a repressão estatal ao crime, colocando-se, por meio de seus atos processuais, ao lado do órgão de acusação.

Cerca de um ano antes, o Supremo Tribunal Federal, em sede de agravo regimental em recurso ordinário em *habeas corpus*, já havia afirmado que esse modelo de jurisdição é incompatível com o princípio da imparcialidade, elemento fundante do modelo processual acusatório consagrado na Constituição da República. No julgamento do Agravo Regimental no RHC n.º 144.615/PR, referente à Operação Banestado, o STF entendeu que a atuação proativa do juiz na colheita de provas de corroboração da tese acusatória violou o dever de imparcialidade:

Penal e Processual Penal. Imparcialidade judicial e sistema acusatório. Postura ativa e abusiva do julgador no momento de interrogatório de réus colaboradores. Atuação em reforço da tese acusatória, e não limitada ao controle de homologação do acordo. As circunstâncias particulares do presente caso demonstram que o juiz se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório.

¹¹¹ Todas essas circunstâncias mostram que os atos jurisdicionais praticados pelo ex-juiz denotam em toda sua complexidade a implementação de uma atuação acusatória proativa, seja para restringir a possibilidade de defesa dos acusados, seja para passar por cima dos limites da demarcação do princípio constitucional do juiz natural.

(...)

Aqui, há clara aderência do julgador às pretensões da acusação, refletida em ações de aconselhamento, por parte do juiz, para contribuir ao resultado condenatório pretendido ao processo de um modo preconcebido (Ibid, pp. 142/144).

Imparcialidade judicial como base fundamental do processo. Sistema acusatório e separação das funções de investigar, acusar e julgar. Pressuposto para imparcialidade e contraditório efetivos. Precedente: ADI 4.414, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.5.2012.

Agravo regimental parcialmente provido para declarar a nulidade da sentença condenatória proferida por violação à imparcialidade do julgador¹¹².

No caso em tela, o juiz, em sede de audiência de homologação dos acordos de colaboração de Alberto Youssef e Gabriel Pires extrapolou os limites da mera aferição da voluntariedade na celebração dos acordos, fazendo uma série de perguntas direcionadas à obtenção de elementos de autoria de crimes por Paulo Roberto Krug. Posteriormente, já na fase judicial, após o encerramento da instrução processual, o juiz, de ofício, determinou a juntada de anexos das referidas colaborações premiadas, os quais continham declarações incriminatórias em relação a Paulo Roberto Krug, proferindo, logo após, sentença condenatória em face deste.

Em razão dessa atuação processual, o STF entendeu que o juiz atuou estrategicamente ao lado do órgão acusador, produzindo provas no sentido de corroborar a imputação contida na denúncia em desfavor do réu, o que indica que o julgador desde o momento inicial aderiu à tese acusatória. Sobre isso, salientou o ministro Gilmar Mendes:

Ao meu sentir, essas passagens deixam claro que **o Juiz ultrapassou em muito a função de mero homologador dos acordos e atuou verdadeiramente como um parceiro do órgão de acusação na produção de provas que seriam posteriormente utilizadas no processo penal que tinha como réu o paciente.**

(...)

Nesse momento processual, o juiz ordenou a juntada de quatro volumes dos Anexos XX, XXI e XXII dos autos da Ação Penal, **todos esses documentos direcionados à comprovação da acusação e que foram diretamente utilizados pelo juízo em sua sentença condenatória.** Ou seja, o magistrado produziu a prova para justificar a condenação que já era por ele almejada¹¹³.

Conforme aponta Lopes Júnior, o principal elemento na caracterização de um determinado sistema como acusatório é a colocação do juiz na posição de expectador, afastado, portanto, da gestão da prova, que deve estar centrada nas mãos das partes, o que seria indispensável à garantia da imparcialidade:

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 144.615/PR. Rel: min. Edson Facchin, Rel. p/acórdão: min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/08/2020, DJe: 27/10/2020. Acesso: 04 jan. 2022.

¹¹³ Ibid, pp. 38/41.

Mas tudo isso cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo.

¹¹⁴

Entretanto, se o juiz opta por assumir a gestão da prova, participando ativamente dessa atividade, acaba por sacrificar a necessária imparcialidade, pois a busca por provas indica a existência prévia de uma tese no psiquismo do sujeito, que busca novos elementos para sustentar algo em que já acredita, que, no caso do processo penal, na maioria dos casos, consiste na imputação do órgão acusador, a respeito da qual o magistrado já realizou um juízo prévio quando do recebimento da denúncia.

Por fim, conclui-se que o modelo de juiz proativo trazido pelos maxiprocessos não se coaduna com a Constituição brasileira, pois implica sacrifício da garantia da imparcialidade, o que vulnera o devido processo legal e representa, por isso, ameaça mediata à liberdade de locomoção, passível de saneamento pela via do *habeas corpus*.

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 90.

CAPÍTULO 03 - O DIREITO A MECANISMOS EFETIVOS DE TUTELA DA LIBERDADE E A INCONVENCIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

3.1 A Tutela da Liberdade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A liberdade de locomoção é um direito de importância central no processo civilizatório de concretização dos direitos fundamentais, sendo indissociável da própria subjetividade humana, uma vez que se trata de elemento básico e indispensável no desenvolvimento da personalidade de qualquer pessoa.

Nesse sentido, a liberdade pode ser encarada como um “direito-base”, pois se trata, ao lado da própria vida, de condição para o exercício da grande maioria dos demais direitos fundamentais. A título de exemplo, pode-se concluir que os direitos ligados à participação política, tais como o direito de reunião, de livre manifestação de ideias e pensamentos e até mesmo o voto ficam completamente sem efetividade diante da privação da liberdade. Até mesmo o direito à plena liberdade de culto religioso fica seriamente prejudicado na ausência da liberdade de locomoção.

A liberdade de ir e vir, como se vê, é indistinguível da própria dignidade da pessoa humana, já que é uma condição indispensável para o desenvolvimento da personalidade humana. Tanto é assim, que José Afonso da Silva conceitua a liberdade de locomoção como o direito do cidadão de ser “senhor de sua própria vontade¹¹⁵”, e Paulo Bonavides a aponta como expressão da subjetividade que é “o traço mais característico”¹¹⁶ da pessoa humana. Assim, percebe-se que a liberdade de locomoção se relaciona também com o direito de autodeterminação, sendo uma das faces do direito de ser quem se é.

¹¹⁵ Assim, podemos oferecer a seguinte noção de liberdade da pessoa física (excluindo-se as hipóteses de doenças, causas naturais que não interessam ao nosso estudo): é a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhora de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território nacional(SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Edição Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 239).

¹¹⁶ Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado(BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 563/564).

O direito à liberdade de locomoção se encontra no âmbito da primeira geração dos direitos fundamentais, surgindo como uma das bandeiras políticas da burguesia ascendente que buscava impor uma concepção de estado absenteísta e pautado na legalidade, estabelecendo uma distinção clara entre o estado e a própria sociedade. Com a vitória das revoluções burguesas, sobretudo as Revoluções Gloriosa e Francesa, essa categoria de direitos se faria progressivamente presente em quase todas as constituições nacionais.

Conseqüentemente, como aponta Paulo Bonavides, os direitos de primeira geração - e dentre eles a liberdade locomoção - se universalizaram do ponto de vista formal, estando positivados em todas as constituições do mundo ocidental¹¹⁷. O desafio, no tocante à garantia da liberdade de ir e vir da pessoa humana, se situa no âmbito concreto, da sua efetivação no plano da realidade material, uma vez que esse direito é um dos mais sensíveis ao avanço do poder político.

Conforme já abordado neste trabalho, os gregos e romanos antigos viam o fundamento da garantia da liberdade humana no direito que os cidadão possuíam de participar das deliberações políticas tomadas em conjunto no seio da pólis, lembrando que essa ideia de cidadania no contexto da antiguidade clássica estava restrita aos homens livres, que representavam apenas uma pequena parte da população.

Apesar desse conceito não ser mais central na concepção moderna de liberdade de ir e vir - que tem como fundamento o valor da individualidade forjado pelos pensadores iluministas -, é interessante trazê-lo novamente à baila para recordar a inseparável ligação entre liberdade de locomoção, cidadania e democracia. Isso porque o cidadão somente estará plenamente integrado na comunidade política se possuir liberdade de autodeterminação, da qual é pressuposto a possibilidade de se locomover e se manifestar sem embaraços.

¹¹⁷ Essa linha ascensional aponta, por conseguinte, para um espaço sempre aberto a novos avanços. A história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-lo do que a empobrecê-lo: os direitos da primeira geração - direitos civis e políticos - já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão (Ibid, p. 564).

Não por outra razão, quando o poder político se agiganta no sentido de estabelecer o estado de polícia - em contraposição ao Estado de Direito -, uma das primeiras consequências é a supressão da liberdade por meio da prisão de opositores ou de outros indivíduos considerados perigosos à “segurança do estado e da sociedade”. Assim, fica claro que a liberdade de ir e vir também possui uma dimensão de realização da participação do sujeito na vida política do estado.

Justamente por conta da sensibilidade dos direitos fundamentais e da sua difícil concretização, sobretudo diante do poder político, é que foram criados os tratados internacionais de direitos humanos - assim conhecidos no âmbito do direito internacional -, de modo a estabelecer mecanismos supranacionais de proteção dos bens jurídicos considerados indispensáveis ao pleno usufruto da condição humana. Os direitos humanos representam um ganho civilizatório ao patrimônio comum da humanidade, sendo frutos de um processo histórico secular de lutas sociais protagonizado, sobretudo, pelas parcelas subalternizadas e excluídas das nações.

A concretização dos direitos humanos no plano internacional se insere nos marcos do conceito de estado democrático de direito cooperativo, que se caracteriza como um estado pautado no império da Constituição, mas que não para por aí, pois se integra às demais nações a fim de estabelecer ordenamentos jurídicos supranacionais de defesa dos direitos humanos¹¹⁸.

Considerando que *habeas corpus* é uma garantia que tem por escopo a disponibilização da tutela necessário à liberdade de locomoção, que se trata de instituto surgido no bojo das lutas liberal-burguesas - se inserindo, portanto, dentro da primeira geração de direitos - e que é amplamente universalizado no contexto contemporâneo, esse instituto também deve ser estudado pela ótica do direito internacional dos direitos humanos.

¹¹⁸ Conferir aos tratados internacionais de direitos humanos o status de direito ordinário não só legitima o Estado signatário a descumprir unilateralmente acordo internacional, como ainda afronta a ideia de Estado Constitucional Cooperativo e inviabiliza a tutela dos direitos humanos em nível supranacional(SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1402).

Para os fins do recorte a que se propõe este trabalho, a análise aqui desenvolvida terá como foco o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o qual tem a Convenção Americana de Direitos Humanos - também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica de 1969 - como centro organizacional e axiológico. Os principais órgãos integrantes desse Sistema são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - ente com função de instrução de reclamações, elaboração de relatórios, resolução consensual de conflitos e postulação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos - e a Corte Interamericana de Direitos Humanos - órgão dotado de funções consultiva e jurisdicional, sendo ainda o intérprete legitimado final da Convenção e de demais documentos de direitos humanos firmados dentro da Organização dos Estados Americanos.

A quase totalidade do território sob a jurisdição do Sistema Interamericano é a América Latina, dentro da qual se situa o Brasil, que compartilha com os demais países da região um contexto jurídico e sócio-político semelhante. O estudo sobre a efetividade dos direitos humanos e sobre o *habeas corpus* não pode ser feito de maneira abstrata, deve ter suas bases assentadas na realidade social concreta do País, sobretudo quando se lida com algo tão prático como é a proteção da liberdade no dia a dia do funcionamento das agências do sistema de justiça criminal.

Portanto, o estudo aqui empreendido tem como paradigma informador o realismo marginal, perspectiva teórica criada por Eugênio Raúl Zaffaroni calcada na necessidade de construção de uma criminologia e de uma dogmática penal que partam da posição periférica da América Latina dentro da divisão internacional do trabalho, uma vez que a sociedade latinoamericana contemporânea foi moldada pela violência colonial em sucessivas formas - mercantilista, neocolonial e tecnocientífica - ao longo dos últimos séculos¹¹⁹.

¹¹⁹a) Marginal mostra, em primeiro lugar, nossa localização na periferia do poder planetário, em cujo vértice encontram-se os chamados “países centrais”. Nesse sentido, apesar de “marginal” equivaler a “periférico”, preferimos utilizar aquele adjetivo por ser mais expressivo.

b) Pela mesma razão, com a expressão “marginal” demonstramos a necessidade de se adotar a perspectiva de nossos fatos de poder na relação de dependência com o poder central, sem pretender identificar esses fatos com os processos originários desse poder, pois algumas analogias, superficialmente consideradas, costumam levar a uma identificação errônea.

c) “Marginal” também pretende assinalar aqui a grande maioria da população latino-americana, marginalizada do poder, mas objeto da violência do sistema penal (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 164/165).

Pontua o jurista argentino que os sistemas penais latino-americanos são instrumentos de manutenção das desigualdades sociais internas dos países da região, bem como instrumento de reedição da dominação colonial da América Latina, de modo que os sistemas penais seriam os maiores instrumentos de produção de dor, morte e violência no contexto regional. Por tais razões, o Autor afirma que o funcionamento dos sistemas penais latino-americanos representa uma total negação da ideologia dos direitos humanos:

A necessidade da resposta não é imposta apenas pela ameaça de um genocídio praticado pelo tecnocolonialismo e de um outro genocídio já em andamento, mas, em nível de direitos humanos, a deslegitimação do sistema penal, além de demonstrar que nossos sistemas penais marginais violam os direitos humanos, revela que tais violações não provêm de nossos sistemas penais periféricos, sendo produto de características estruturais dos próprios sistemas penais. Em resumo, o exercício do poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos.

¹²⁰

Assim, a teoria penal e criminológica latinoamericana deve ter como mote central a contenção do exercício de poder punitivo pelos sistemas de justiça criminal da Região, de modo a maximizar a preservação da vida e a busca pela efetivação concreta dos direitos humanos¹²¹.

Diante desse grave déficit de proteção dos direitos humanos na América Latina, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos representa a tentativa de construir um aparato mínimo de proteção comum a todos os países que compõem a região, justamente tendo em conta as realidades de violação verificadas e a eventual proteção insuficiente dos respectivos direitos internos. Sobre isso, apontam Alfonso Jaime Lazcano e Jaime Cubides Cárdenas:

Cada Estado latinoamericano cuenta con la posibilidad de integrar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), aunque los sistemas

¹²⁰ Ibid., p. 147.

¹²¹ No entanto, este processo não impede a construção de um novo discurso jurídico-penal, que aceite a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal e que se limite a pautar as decisões das agências judiciais com o mesmo objetivo político de reduzir a violência, levando-se em conta a informação criminológica sobre a operacionalidade real dos sistemas penais.

(...)

Neste sentido, o realismo marginal, ao invés de eliminar a ética do direito, tornaria ético também a criminologia do direito penal com base em uma decisão ético-política que priorizasse a vida humana como valor e a morte como desvalor (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 172).

jurídicos internos sean tan diferentes, que en algunos no se garantice la adecuada protección de los derechos humanos (DH). Por ejemplo, existen normas que van en contra de otras de mayor jerarquía o, peor aún, hay ausencia de procesos internos de protección a las víctimas ante violaciones de derechos humanos. Por estas irregularidades de cada sistema jurídico estatal se ha buscado crear una institución de carácter internacional que ayude a proteger los DH y, en caso de ser violados, que coadyuve a su reparación, sin dejar impune el acto cometido. No obstante, la solución creada dentro del SIDH no ha sido sencilla y ha resultado de varias décadas de formación y consolidación que todavía transcurren¹²².

O Brasil internalizou a Convenção apenas em novembro de 1992, obrigando-se aos termos do tratado nos âmbitos interno e externo, por meio do Decreto n.º 678/1992, de modo que atualmente o Pacto de São José da Costa Rica integra o ordenamento jurídico do Estado Brasileiro. Dentro do direito nacional, os tratados internacionais ocupam um lugar especial dentro da hierarquia normativa.

A posição hierárquica dos tratados dentro do direito brasileiro é objeto de discussão doutrinária e jurisprudências há décadas. Todavia, especialmente com relação aos tratados sobre direitos humanos, a discussão se acentuou com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que inseriu o §3º no artigo 5º, dispondo que os tratados aprovados pelo rito próprio das emendas à Constituição serão a elas equivalentes.

O Supremo Tribunal Federal pacificou a discussão por meio do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP, no qual se discutia a possibilidade de prisão civil do depositário infiel à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos. Na ocasião, assentou o Supremo, nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes, que os tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados de acordo com o rito das emendas constitucionais teriam status supralegal.

¹²² CÁRDENAS, Jaime Alfonso Cubides; ALFONSO, Jaime Martínez Lazcano; TRIANA, Nathália Chacón; MANTILLA, Luiz Felipe Díaz; DÍAZ, Daniel Ricardo Vargas; BARRERA, Tania Giovanna Vivas. **Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015, p. 96. Tradução Livre: Cada Estado Latinoamericano conta com a possibilidade de integrar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos(daqui para a frente, SIDH), embora seus sistemas jurídicos internos sejam tão diferentes, a ponto de que em alguns não seja garantida a adequada proteção aos direitos humanos(DH). Por exemplo, existem normas que contrariam outras de maior hierarquia ou, pior ainda, há ausência de mecanismos internos de proteção das vítimas diante de violações de direitos humanos. Em razão dessas deficiências de cada sistema jurídico estatal se buscou criar uma instituição de caráter internacional que ajude a proteger os DH e, em caso de serem violados, que contribua para sua reparação, sem deixar impune o ato cometido. No entanto, a solução criada dentro do SIDH não foi simples e resultou de várias décadas de formação e consolidação que seguem em curso.

Apontando para a necessária superação da antiga jurisprudência do Supremo - a qual considerava todos os tratados internacionais como de mesma hierarquia da legislação ordinária -, o Ministro Gilmar Mendes apontou ser necessário conferir aos tratados sobre direitos humanos um lugar especial no ordenamento interno, tendo em conta o conceito de estado constitucional cooperativo e o atual estágio de desenvolvimento dos direitos humanos, o que reclamaria uma postura mais protetiva do ser humano por parte dos estados nacionais:

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

(...)

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana¹²³.

A partir dessa hierarquia superior dos tratados em matéria de direitos humanos, o Supremo lançou as bases do controle de convencionalidade, estabelecendo que os referidos atos internacionais são dotados da capacidade de paralisar a eficácia das leis e atos do poder público que contrariem os seus termos¹²⁴. Assim, as normas ordinárias devem ser submetidas a um duplo exame de compatibilidade material, primeiro em relação à Constituição e na sequência em relação às normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Cria-se uma profunda conexão entre as ordens jurídicas interna e supranacional, pois as autoridades públicas de todos os poderes passam a estar obrigadas a zelar também pela observância dos tratados internacionais de direitos humanos. Dessa forma, não é apenas o

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP. Rel.: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno. Julgamento: 03/12/2008, DJe: 05/06/2009, pp. 1147/1154. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso: 04 jan. 2022.

¹²⁴ Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer normativa infraconstitucional com ela conflitante (Ibid., p. 1160).

legislador que se sujeita à obrigação de respeitar as normas internacionais, o Poder Judiciário também deve respeitar os termos da Convenção em sua atividade de interpretação e aplicação do direito.

No caso *Myrna Mack Chang*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apontou que todos os poderes do estado estão igualmente obrigados a buscar a aplicação efetiva da Convenção, pois o estado nacional se apresenta como um todo único em âmbito internacional, inclusive para fins de responsabilização:

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.¹²⁵

Dessa forma, os juízes nacionais se convertem também em juízes convencionais¹²⁶, pois, considerando a internalização e o caráter superior dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro, passam a ter também o dever de interpretar a legislação ordinária e

¹²⁵ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Julgamento: 25/11/2003 Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022, p. 165. Tradução Livre: Para os efeitos da Convenção Americana e do exercício da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, o Estado presta contas de forma integral, como um todo. Nessa linha, a responsabilidade é global, diz respeito ao estado como um todo e não pode ficar sujeita à divisão de atribuições definida pelo direito interno. Não é possível dividir internacionalmente o Estado, obrigar perante a Corte somente um ou alguns dos seus órgãos, entregar a estes a representação do Estado em juízo - sem que essa representação repercuta sobre o Estado em seu conjunto - e retirar a outros deste regime convencional de responsabilidade, deixando suas atuações fora do “controle de convencionalidade” que trás consigo a jurisdição da Corte Internacional.

¹²⁶ Esta relación presenta una reciprocidad entre los órganos supranacionales y nacionales; por ende, se puede manifestar, de acuerdo com García Morelos(2010), que esto se debe a la densidad e inmensidad del poder judicial, puesto que protege la supremacia del Derecho Internacional de los derechos humanos, ya que se convierten en verdaderos jueces de convencionalidad.

Por tal motivo, afirmamos categóricamente que el control difuso de convencionalidad es la pieza más importante del SIDH, porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH(CÁRDENAS, Jaime Alfonso Cubides; ALFONSO, Jaime Martínez Lazcano; TRIANA, Nathália Chacón; MANTILLA, Luiz Felipe Díaz; DÍAZ, Daniel Ricardo Vargas; BARRERA, Tania Giovanna Vivas. **Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015, p. 101). Tradução Livre: Essa relação traz uma reciprocidade entre os órgãos supranacionais e nacionais; portanto, pode se manifestar, de acordo com García Morelos(2010), que isto se deve à importância e tamanho do poder judiciário, uma vez que protege a supremacia do Direito Internacional dos direitos humanos, pois se convertem em verdadeiros juízes de convencionalidade.

proferir decisões que viabilizem a fruição dos direitos previstos na Convenção em toda a sua extensão.

Feitas essas considerações a respeito da posição ocupada pelos tratados de direitos humanos no direito brasileiro, passa-se a analisar especificamente o regramento do *habeas corpus* no âmbito do sistema interamericano. Como aponta Zaffaroni¹²⁷, o grande foco de violações aos direitos humanos na América Latina se encontra na criminalidade de estado, perpetrada, sobretudo, por meio das agências do sistema penal - tanto em sua acepção formal quanto na atuação subterrânea de seus agentes. Consequentemente, a garantia do *habeas corpus*, que exprime um exercício prático de contra-poder em face dessas agências, possui grande relevância no âmbito do ordenamento regional de proteção dos direitos humanos.

A despeito de não conter a expressão “*habeas corpus*” em seu texto, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, em seus artigos 7º, “item 6”, e 25, “item 1”¹²⁸, que todo cidadão possui direito a um recurso simples, rápido e efetivo para provocar o judiciário a analisar a legalidade da privação de liberdade a que esteja submetida, ou da ameaça de coação à liberdade de locomoção.

¹²⁷ Sea cual fuese el paradigma científico en que cada quien se apoye, lo cierto es que sería despreciable un saber criminológico que ignore el crimen que más vidas humanas sacrifica, porque esa omisión importa indiferencia y aceptación. El científico no puede alejarse de la ética más elemental de los Derechos Humanos (ZAFFARONI, Eugênio Raúl in ARGENTINA. Presidencia de la Nación. **Derechos Humanos: Reflexiones desde el Sur**. 1ª Edición. Buenos Aires: Infojus, 2012, p. 4). Tradução Livre: Seja qual for o paradigma científico em que cada um se apoie, o certo é que seria insignificante um conhecimento criminológico que ignore o crime que mais ceifa vidas humanas, porque essa omissão importa em indiferença e aceitação. O cientista não pode fugir da ética mais central dos direitos humanos.

¹²⁸ Artigo 7º. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Artigo 25. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais (BRASIL. Decreto Presidencial n.º 678/1992 - Pacto de São José da Costa Rica. Brasília, 06/11/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 23 dez. 2021).

No ordenamento jurídico brasileiro, tal como na maioria dos ordenamentos dos países latinoamericanos, esse instrumento judicial corresponde à garantia do *habeas corpus*, que ostenta todas as características citadas no dispositivo convencional, pois consiste em um remédio constitucional simples, de processamento ágil e que tem por finalidade fazer cessar coação ilegal à liberdade de ir e vir. Como o *habeas corpus* não possui natureza de recurso no ordenamento jurídico nacional, onde se lê a expressão “recurso”, nos dispositivos convencionais, deve ser interpretado como meio de provocar a jurisdição, ideia mais atrelada ao direito de ação do que ao sentido literal da expressão “recurso”.

No Sistema Interamericano, o *habeas corpus* é tido como espécie do gênero *garantias de amparo*, meios de acesso rápido e simplificado ao Poder Judiciário com a finalidade de impugnar lesão ou ameaça de lesão a direito. O artigo 7.6 da Convenção se refere especificamente à *garantía de amparo* para defesa da liberdade de locomoção, ao passo que o 25.1 faz menção a uma garantia genérica a um meio rápido e simples de acesso à justiça para combater violação de quaisquer direitos reconhecidos pelas constituições nacionais e pela própria Convenção.

Os dois dispositivos em conjunto formam uma cláusula geral de garantia à proteção judicial para todos os cidadão latinoamericanos. A Convenção dispensa uma especial proteção aos direitos de natureza processual, prevendo em seu artigo 27.2, parte final¹²⁹, a impossibilidade de suspensão das garantias de proteção judicial mesmo em situação de estado de guerra ou emergência pública, o que é fundamental em uma região marcada por constantes rupturas institucionais.

Tem-se, portanto, que a legislação convencional buscou estabelecer o Poder Judiciário como ator responsável pela garantia de direitos dos cidadão diante do exercício arbitrário do poder punitivo, inclusive em situações de anormalidade política, de modo que aquele Poder

¹²⁹ Art. 27. 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 6 (Proibição da Escravidão e Servidão), 9 (Princípio da Legalidade e da Retroatividade), 12 (Liberdade de Consciência e de Religião), 17 (Proteção da Família), 18 (Direito ao Nome), 18 (Direitos da Criança), 20 (Direito à Nacionalidade) e 23 (Direitos Políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos (BRASIL. Decreto Presidencial n.º 678/1992 - Pacto de São José da Costa Rica. Brasília, 06/11/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 23 dez. 2021).

deve desempenhar a função de limitação ao estado de polícia, consolidando uma ideia de manutenção e continuidade dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a ideia de juiz repressor, veiculador dos programas estatais de combate ao crime e à corrupção - modelo dos maxiprocessos -, é incompatível não apenas com a Constituição da República, como também contraria o sistema de proteções que a Convenção Interamericana buscou instituir.

Pode-se argumentar que os maxiprocessos - sobretudo vinculados à criminalidade política e empresarial, no contexto brasileiro - não integram a clientela habitual do sistema de justiça criminal, contra a qual se praticam as violações massivas de direitos humanos no Continente. Todavia, essa linha de raciocínio não se sustenta, uma vez que os maxiprocessos criminais também se estruturam sobre uma lógica de supressão de diversos direitos fundamentais dos imputados. Além disso, representam uma legitimação das violações de direitos praticadas pelo sistema penal como um todo, pois conduzem à permanência do discurso da exceção justificada pelo combate ao crime.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou algumas vezes sobre a garantia do *habeas corpus*, tanto em casos concretos como em opiniões consultivas. Para além da mera previsão de remédios para combate à violação dos direitos dos cidadãos, a Corte Interamericana apontou para a existência de um dever estatal que abrange não apenas a criação de meios rápidos e simples de acesso à jurisdição, como também de abster-se de criar embaraços à efetividade desses “recursos”. Ou seja, é necessário que os remédios constitucionais sejam concretamente aptos a cessar a coação ilegal:

Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios¹³⁰.

¹³⁰ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva n.º 09/1987, consulente: República Oriental del Uruguay. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf>. Acesso

Além disso, a Corte confere ao *habeas corpus* uma leitura especialmente ampla. Na Opinião Consultiva n.º 08/1987, ao pronunciar-se a respeito da impossibilidade de suspensão do *writ* durante o estado de guerra ou outras emergências públicas, o Órgão manifestou-se no sentido de que o *habeas corpus* se destina a tutela mediata de diversos outros direitos, tais como a vida, integridade física e legalidade:

35. El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

36. Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido¹³¹.

Entretanto, a Corte enquadró o *habeas corpus* no conceito de garantia judicial inafastável, de modo que está coberto pela proteção do artigo 27.2 da Convenção, de modo que é vedada a sua suspensão ou restrição em situações de anormalidade institucional. Mas não é só, nas Opiniões Consultivas 08/1987 e 09/1987, a Corte entendeu que o *habeas corpus* decorre da própria forma democrática representativa do Estado, pois se presta ao controle de

em: 14 jan. 2022, p. 07. Tradução Livre: De acordo com esse princípio, a inexistência de um recurso efetivo contra as violações de direitos reconhecidos pela Convenção constitui uma violação desta pelo Estado Parte em que tal situação ocorra. Nesse sentido, sublinhe-se que, para que tal recurso exista, não basta que esteja previsto pela Constituição ou pela lei ou que seja formalmente admissível, e sim que seja realmente apto a definir se houve uma violação aos direitos humanos e garantir o que for necessário para remediá-la. Não podem ser considerados efetivos os recursos que, pelas condições gerais do país ou pelas circunstâncias particulares do caso concreto, se tornem ilusórios.

¹³¹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinião Consultiva n.º 08/1987, consulente: Comissão Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022, pp. 10/11. Tradução Livre: 35. O habeas corpus, para cumprir com sua finalidade de verificação judicial da legalidade da privação de liberdade, exige a apresentação do preso ao juiz ou tribunal competente, em relação ao qual o preso fica à disposição. Nesse sentido é essencial a função que cumpre o habeas corpus como meio para aferir o respeito à vida e integridade da pessoa, para impedir seu desaparecimento ou a indeterminação do local de sua prisão, assim como para protegê-la contra a tortura ou outros tratamentos penais cruéis, desumanos ou degradantes. 36. Tal conclusão se fundamenta na experiência sofrida por várias populações de nosso hemisfério em décadas recentes, particularmente por desaparecimentos, torturas e assassinatos cometidos ou tolerados por alguns governos. Essa realidade demonstrou mais uma vez que o direito à vida e à integridade pessoal são ameaçados quando o habeas corpus é parcial ou totalmente suspenso.

legalidade e razoabilidade dos atos das autoridades públicas¹³². Em razão disso, nos termos do artigo 29, alínea “c)”, da Convenção¹³³, o instituto não poderia receber interpretação restritiva.

No julgamento do caso *Loayza Tamayo v. Peru*, a Corte entendeu, ainda, pela impossibilidade de privação do cidadão do direito de impetrar *habeas corpus* para análise da legalidade de sua detenção em razão da espécie de crime imputado¹³⁴. Naquele caso, o Estado Peruano manteve a Sra. Elena Loayza Tamayo detida por noventa dias sem direito à *habeas corpus* em razão de acusação por supostos crimes de terrorismo e traição à pátria, então previstos no ordenamento jurídico do País andino.

¹³² 40. Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el *habeas corpus* adquiere una nueva dimensión fundamental (Ibid., p. 12); 37. Así entendidas, las "garantías... que se derivan de la forma democrática de gobierno", a que se refiere el artículo 29.c), no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar (Ibid., párr. 20), sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de Derecho (Op. Cit., p. 10). Tradução: Se assim for conforme todo o ponto de vista exposto, dentro de um estado de direito, o exercício do controle de legalidade de tais medidas por parte de um órgão judicial autônomo e independente que verifique, por exemplo, se uma detenção, baseada na suspensão da liberdade pessoal, se adequa aos limites em que o estado excepcional a autoriza. Aqui o *habeas corpus* adquire uma nova dimensão fundamental. Assim entendidas, as “garantias... que derivam da forma democrática do governo”, a que se refere o artigo 29.C, não implicam somente uma determinada organização política contra a qual é ilegítimo atentar, mas também a necessidade de que ela esteja amparada pelas garantias judiciais que sejam indispensáveis para o controle de legalidade das medidas tomadas no estado de emergência, de maneira que se preserve o estado de direito.

¹³³ Artigo 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo (BRASIL. Decreto Presidencial n.º 678/1992 - Pacto de São José da Costa Rica. Brasília, 06/11/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 23 dez. 2021);

¹³⁴ 52. La Corte considera que, de acuerdo con el artículo 6 del Decreto-Ley Nº 25.659 (delito de traición a la patria), la señora María Elena Loayza Tamayo no tenía derecho a interponer acción de garantía alguna para salvaguardar su libertad personal o cuestionar la legalidad de su detención (supra, párr. 46. c), independientemente de la existencia o no del estado de suspensión de garantías. 53. Durante el término de la incomunicación a que fue sometida la señora María Elena Loayza Tamayo y el proceso posterior en su contra, ésta no pudo ejercitar las acciones de garantía que, de acuerdo con el criterio de esta misma Corte, no pueden ser suspendidas (OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Loayza Tamayo v. Peru*. Julgamento: 17/09/1997. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.). Tradução Livre: A Corte considera que, de acordo com o artigo 6 do Decreto-Lei n.º 25.659 (delito de traição à pátria), a senhora María Elena Loayza Tamayo não teve direito a interpor ação para salvaguardar sua liberdade pessoal ou questionar a legalidade de sua prisão, independentemente da existência ou não de estado de suspensão de garantias. 53. durante o término da incomunicabilidade a que fora submetida a senhora María Elena Loayza Tamayo e o processo posteriormente ajuizado contra ela, esta não pode exercer as ações de garantia que, de acordo com o entendimento dessa mesma Corte, não podem ser suspensas.

Outro caso emblemático da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da temática das garantias judiciais é o Soares Rosero v. Equador. O caso teve como substrato fático a prática de diversas violações de direitos humanos pelo Estado Equatoriano contra o Sr. Rafael Ivan Soares Rosero, notadamente, o desrespeito aos direitos à liberdade, razoável duração do processo, proteção judicial e garantia de amparo à liberdade de locomoção (artigos 7, 8 e 25 da Convenção), consubstanciados na manutenção do Sr. Rosero em prisão preventiva por mais de três anos, em razão da suposta prática do delito de ocultação do tráfico de entorpecentes, sem ordem judicial para tanto. Ademais, foi negado, ainda, o direito de o preso valer-se de um meio rápido e efetivo para questionar a validade de sua detenção, isso porque o *habeas corpus* por ele impetrado foi julgado, e denegado, quatorze meses após a impetração.

Quanto a isso, é importante destacar que, naquela assentada, a Corte Interamericana apontou um aspecto central para concretização da garantia judicial da liberdade: não basta a mera positividade formal da possibilidade de impetrar *habeas corpus*, é necessário que o estado - incluído aqui o próprio Poder Judiciário -, a um só turno, adote medidas para garantir que a impugnação da coação ilegal efetivamente seja apreciada pela autoridade judicial, bem como se abstenha de criar embaraços formais ou burocráticos à apreciação do *habeas corpus*, pois a rapidez e simplicidade procedimental integram o próprio conteúdo da garantia de proteção judicial da liberdade. Nesse sentido, pontuou a Corte:

63. Esta Corte compartilha o parecer da Comissão no sentido de que o direito estabelecido no artigo 7.6 da Convenção Americana não se cumpre com a existência formal dos recursos que regulamenta. Estes recursos devem ser eficazes, pois seu propósito, segundo o mesmo artigo 7.6, é obter uma decisão sem demora “sobre a legalidade [da] prisão ou [da] detenção” e, caso estas forem ilegais, a obtenção, também sem demora, de uma ordem de liberdade¹³⁵.

Além disso, também é possível verificar que o Estado Equatoriano violou a garantia da proteção judicial à liberdade pela ótica de que o País, ao atrasar demasiadamente o julgamento do *writ* impetrado pelo Sr. Rosero, negou-se a prestar jurisdição e, por conseguinte, furtou-se

¹³⁵ OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Soares Rosero v. Equador**. Julgamento: 15/11/1995. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>>. Acesso: 10 fev. 2022.

de fiscalizar o respeito a todo os demais direitos humanos garantidos pela Convenção à pessoa privada de liberdade - sobretudo integridade física, vedação da tortura, apresentação ao juiz -, uma vez que a Corte entende o *habeas corpus* como instrumento de garantia mediata dos direitos à vida e à integridade física. Sobre isso, Junya Barletta, ao comentar o caso, faz a seguinte colocação:

Nesta oportunidade, a Corte invocou a importância do instrumento do *habeas corpus*, não apenas para cumprir com a finalidade de garantir a liberdade, mas também a vida e a integridade pessoal do preso, prevenindo o seu desaparecimento forçado e a indeterminação dos locais de prisão. Neste sentido, ressaltou a importância da exigência, no *habeas corpus*, da apresentação pessoal do preso perante a autoridade competente para conhecer da legalidade da prisão¹³⁶.

Em suma, o *habeas corpus*, no Sistema Interamericano, é entendido de maneira ampla, sendo insuscetível de restrição ou suspensão mesmo em estados de exceção, ante a sua indispensabilidade na proteção de outros direitos que vão além da liberdade ambulatorial em si, sendo também uma decorrência da própria forma democrática do estado.

3.2 A Incompatibilidade da Jurisprudência Defensiva com a Convenção Americana de Direitos Humanos

A jurisprudência defensiva pode ser conceituada como a postura adotada, principalmente pelos Tribunais Superiores, de impedir o conhecimento de recursos e remédios constitucionais em razão de questões de cunho formal, que antecedem a análise do mérito. Antônio Pitombo apresenta, em poucas palavras, uma boa síntese do que seria esse fenômeno: “Ao que parece, reproduz-se uma prática da jurisdição cível de limitar o acesso às Altas Cortes por meio da rigidez quanto a aspectos formais dos recursos(e dos *writs*), bem como do desprezo ao denominado princípio da fungibilidade”¹³⁷.

De fato, desde a redemocratização, há um crescimento expressivo e constante de impetrações alcançando os tribunais superiores, o que é também um reflexo, em certa medida,

¹³⁶ BARLETTA, Junya. **Caso Soares Rosero v. Equador da Corte IDH**. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito, 22/03/2018. Disponível em: <<https://nidh.com.br/caso-suarez-rosero-vs-equador-1997-da-corte-idh/>>. Acesso: 10 fev. 2022.

¹³⁷PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. **Vinte Anos, Liberdade**. São Paulo: Editora Singular, 2015, p. 51.

da ampliação do acesso à Justiça operado pela Constituição de 1988, com a criação das Defensorias Públicas, por exemplo. Como observa Thiago Bottino, a média de *habeas corpus* aportando no Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2008 e 2012 foi de 5.845,4, e de 32.935,6 no Superior Tribunal de Justiça, no mesmo período¹³⁸, o que tem um inegável efeito no funcionamento dos órgãos do Poder Judiciário.

Diante disso, vem ganhando coro nas últimas décadas um discurso vocalizado por setores do Judiciário de que o excesso de *writs* decorre de estratégias protelatórias da defesa¹³⁹ e exprime um desprestígio às instâncias ordinárias e às vias recursais¹⁴⁰. No entanto, é o discurso da gestão do excesso de processos o maior fundamento da jurisprudência defensiva.

Visando a reduzir o número de feitos que chegam às Cortes Superiores, os Tribunais vêm erguendo, notoriamente desde o início dos anos 2000, uma série de barreiras consubstanciadas em entendimentos restritivos quanto ao cabimento do *writ*, sendo exemplos a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, o não conhecimento de *habeas* impetrado em lugar do recurso cabível, a exigência de pré-questionamento em *habeas corpus* e a recusa em analisar alegações da impetração com base na impossibilidade de revolvimento de matéria fático-probatória.

Para fins de recorte, serão analisadas apenas o não conhecimento de impetração substitutiva do recurso cabível e o não conhecimento de *habeas corpus* em razão dos limites de cognição presentes na mencionada ação.

Há claramente, no tocante a esse tema, duas visões antagônicas sobre a postura do Judiciário em relação à garantia do *habeas corpus*, o que ficou bastante claro por ocasião do

¹³⁸AMARAL, Thiago Bottino do. **Pesquisando Habeas Corpus nos Tribunais Superiores**. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 1, p. 64-79, jan./abr. 2019, p. 68.

¹³⁹ JURÍDICO, Consultor. **Remédio na UTI: Aumento do Uso de HC Divide Opiniões**. 1º de abril de 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-abr-01/juizes-criticam-aumento-hcs-advogados-defendem-ferramenta>>.

Acesso em: 14/01/2022.

¹⁴⁰VITAL, Danilo. **Dipp critica uso indiscriminado de Habeas Corpus**. Consultor Jurídico, 22/02/2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-fev-22/gilson-dipp-critica-uso-indiscriminado-habeas-corpus-advogados>>.

Acesso em: 14/01/2022.

juízo do Habeas Corpus n.º 143.333/PR, cujo paciente foi o ex-ministro da fazenda Antônio Palocci, sendo uma calcada numa ideia de gestão eficiente da Justiça, cujo mote é a transformação do Supremo em estrita Corte Constitucional, excluindo do Tribunal a apreciação de *habeas corpus*, tidos como matéria inerente à jurisdição das instâncias ordinárias.

Por outro lado, há uma segunda posição, mais próxima e coerente com a disciplina constitucional do *habeas corpus* na Constituição Federal de 1988 e com a histórica construção jurisprudencial do instituto na Suprema Corte brasileira, a qual apregoa a simplicidade do instituto, priorizando a tutela efetiva da liberdade pessoal a eventuais aspectos formais da impetração.

Como representação da primeira corrente, tem-se a posição do Min. Roberto Barroso, que não conheceu do *habeas* com base em um argumento de política judiciária, defendendo a necessidade de reduzir o número de *habeas* no Supremo e o não conhecimento do pleito a fim de não estimular a chegada de novas impetrações à Corte:

Portanto, é preciso lançar alguma luz de reflexão e de pensamento original e construtivo, para fazer um sistema que funcione. Porque um sistema que não funciona, como eu já disse anteriormente, não serve nem para a sociedade, nem para o Poder Judiciário e nem para a advocacia, por evidente.

Dessa forma, é à luz dessas premissas que eu examino o cabimento ou não de *habeas corpus*. Porque, se nós criarmos um facilitário para um modelo que já produz 10 mil por ano, nós vamos inviabilizar o sistema.

(...)

Então, Presidente, por essa razão, eu não estou conhecendo do *habeas corpus* pelos fundamentos filosóficos que expus anteriormente, que a multiplicação indefinida inviabiliza o manuseio adequado do instituto, e considero que a substituição do título, pelo qual se deu prisão preventiva, torna este *habeas corpus* prejudicado e, portanto, insuscetível de conhecimento¹⁴¹.

Em sentido contrário, é a posição externada pelo Min. Gilmar Mendes, que identifica no *habeas corpus* a matriz de todo desenvolvimento do direito processual constitucional brasileiro, além do que a recusa do Tribunal em apreciar as questões ventiladas nos *writs* representaria uma tolerância com ilegalidades cometidas pelo Poder Público:

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 143.333/PR. Rel.: Min. Edson Facchin, Tribunal Pleno. Julgamento: 12/04/2018, DJe: 21/03/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749413076>>. Acesso: 04 jan. 2022.

O STF afirmou a importância da pronta análise da situação prisional dos presos provisórios ao reconhecer o direito à imediata apresentação do flagrado ao juízo, ADPF 347, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015. Reconhecer o prejuízo à ação de habeas corpus, sem inovação substancial, **é negar, Presidente, tutela jurisdicional**, demitindo os Tribunais de sua função de revisão.
(...)

E nós estamos descaracterizando o habeas corpus tal como nós o fizemos ao longo da história. Se nós olharmos o processo constitucional brasileiro, na verdade, ele é um desdobramento - e eu falo com autoridade de quem conhece essa matéria, aqui e no mundo - do habeas corpus. É do habeas corpus que nasce o mandado de segurança, é do habeas corpus que sai a doutrina brasileira do habeas corpus. É do habeas corpus e a disciplina do mandado de segurança que vai se fazer a representação interventiva. Inicialmente, a primeira lei que tratou da representação interventiva dizia "aplica-se a lei do mandado de segurança". Portanto, isso é a matriz do processo constitucional brasileiro! E nós agora estamos dizendo: "Não, não se deve conhecer do habeas corpus. Isso não é competência do Supremo Tribunal Federal". Se nós mantivermos essa orientação, nós estamos fazendo uma ablação da institucionalidade do Supremo Tribunal Federal!¹⁴²

Diante disso, instalou-se uma verdadeira contradição na realidade jurídica brasileira, de um lado a Constituição ampliou substancialmente o acesso à justiça a setores até então excluídos dessa ferramenta e previu o *writ* de maneira ampla - inclusive prevendo expressamente a possibilidade de julgamento de *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça -, e de outro tem-se setores da magistratura buscando tocar certa política de administração judiciária baseada na restrição ao remédio constitucional por meio da criação de empecilhos processuais ao seu conhecimento.

Com relação ao primeiro exemplo de jurisprudência defensiva a ser aqui enfrentado, a negativa de conhecimento do *writ* em razão da alegada inviabilidade de análise de acervo probatório na via estreita, tal posicionamento se tornou extremamente comum, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça. Para além de utilizar a alegada limitação para não conhecer de *habeas corpus*, os ministros a utilizam de maneira bastante corriqueira para não analisar argumentos levantados pelo impetrante. São milhares os arestos nesse sentido. A título de exemplo, o seguinte trecho da ementa do HC n.º 563.619/SP: “É inadmissível o enfrentamento da alegação acerca da negativa da autoria delitiva por falta de provas, ante a necessária incursão probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus.”¹⁴³

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 563.619/SP. Rel.: Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma. Julgamento: 16/03/2021, DJe: 22/03/2021. Disponível: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000469756&dt_publicacao=22/03/2>

Há, inclusive, invocação da Súmula n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça, que, a despeito de ser voltada ao recurso especial, também é manejada para não conhecer de *habeas corpus*.

Esse posicionamento se utiliza de um entendimento bastante equivocado. Em direito, a prova é o meio utilizado pela parte para demonstrar a correspondência de suas alegações com a realidade material. Por conseguinte, o impetrante, ao apresentar sua petição inicial de *habeas corpus*, deverá apresentar provas que embasam a sua pretensão, notadamente, deverá demonstrar a ocorrência da coação ilegal. Assim, a cognição do julgador, limitada no âmbito da ação de *habeas corpus*, resultará do confronto das provas apresentadas pelo impetrante na inicial e as informações prestadas pela autoridade coatora.

Conclui-se, portanto, que, no âmbito do *writ*, há sim análise probatória. O que é inviável na via da ação de *habeas corpus*, em razão de sua natureza sumária, é a produção de provas na própria ação, ou seja, a existência de uma fase instrutória. Nesse sentido, será possível análise de provas, desde que todas estejam pré-constituídas no momento da apresentação da petição inicial. Basta que a coação ilegal esteja demonstrada por meio das provas pré-constituídas, como apontam Mendes e Branco¹⁴⁴.

Portanto, os Tribunais Superiores fazem uma indevida confusão entre análise de provas e dilação probatória, pois a primeira é inteiramente possível em sede de *habeas corpus*, até porque a prova é o único meio idôneo em direito para se demonstrar os fundamentos fáticos da pretensão deduzida.

[021](#)>. Consulta: 23/12/2021. No mesmo sentido: HC n.º 585.748/CE, Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Julgamento: 02/02/2021, DJe: 10/02/2021; AgRg no RHC n.º 131.184/PR, Rel.: Min. Félix Fischer, Quinta Turma, Julgamento: 15/12/2020, DJe: 17/12/2020; HC 606.740/SP, Rel.: Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgamento: 20/10/2020, DJe: 23/10/2020.

¹⁴⁴ Tendo em vista o seu caráter voltado para a defesa imediata contra lesão ao direito de liberdade de locomoção, é pacífica a orientação no sentido de se exigir a apresentação de prova pré-constituída e, por isso, de se não utilizar o instituto para proteção de situações jurídicas que demandem dilação probatória ou envolvam estado de fato controvertido (vide, *supra*, item sobre o âmbito de proteção do *habeas corpus*)(MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 662).

O que ocorre é que alguns ministros se recusam a enfrentar os argumentos apresentados em sede de *habeas corpus* apenas em razão da amplitude do material probatório apresentado pela parte ou em razão da sua complexidade, o que não tem a menor relevância para fins de admissibilidade da ação, desde que as provas estejam pré-constituídas, e a questão diga respeito a matéria de direito. Quanto a isso, é preciso o ensino de Gustavo Badaró:

No *habeas corpus*, em regra, não há fase instrutória. Isto não significa, contudo, que não haja produção de prova. Obviamente, o pedido de *habeas corpus* deverá ser instruído com documentos. Também as informações da autoridade coatora costumam vir acompanhadas de documentos. Em suma, no procedimento não há fase instrutória, mas há instrução. E no julgamento do *habeas corpus* deverão ser analisadas as provas produzidas. Há, portanto, exame de prova: da prova pré-constituída que acompanha a petição inicial, da resposta ao pedido de informação e de qualquer outra prova documental juntada aos autos.

Se o pedido tiver por finalidade discutir apenas uma questão jurídica, por mais complexa que seja, mesmo assim poderá ser tratada em *habeas corpus*.

Até mesmo para o trancamento da ação penal é possível o exame de prova, desde que seja para demonstrar a total ausência de prova, que caracteriza falta de justa causa. Trata-se, porém, de uma análise negativa de provas, tendo por objeto a inexistência de qualquer prova¹⁴⁵.

Ao recusar-se a analisar os argumentos postos em um pedido de *habeas corpus*, o Judiciário acaba por furtar-se ao papel que lhe foi conferido pela Convenção Americana de Direitos Humanos no tocante ao exercício da proteção judicial efetiva, pois cria restrições não previstas no ordenamento jurídico em relação ao *habeas corpus*, violando os artigos 7.6 - que veda a restrição ao *amparo* referente à defesa da liberdade individual - e 29, alínea “c)” - que veda a interpretação restritiva dos direitos previstos no Pacto.

Ocorre uma verdadeira frustração do direito de *amparo* por parte do Judiciário, deixando de dar concretude à tutela da liberdade, e, por consequência, acaba tolerando eventuais situações de ilegalidade perpetradas contra o cidadão, que se vê desprovido da tutela jurisdicional pois seu pedido demanda análise de acervo de provas dotado de complexidade.

Repise-se que, conforme já abordado no tópico anterior, o Poder Judiciário, enquanto integrante da estrutura do estado brasileiro, tem igualmente a obrigação de cumprir os termos dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como de não criar embaraços à fruição

¹⁴⁵BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **Processo Penal**. 8ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 1095.

dos direitos previstos na Convenção, o que acaba se verificando quando se deixa de prestar tutela jurisdicional efetiva em razão da amplitude do material probatório apresentado pelo impetrante.

A negativa de conhecimento do *habeas corpus* impetrado em substituição ao recurso cabível representa uma recente virada jurisprudencial refratária à apreciação do *writ*, que fora inaugurada no julgamento do HC n.º 109.956/PR, no qual a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, abandonando entendimento anterior da Corte, passou a entender que a previsão legal de recurso cabível seria causa de não conhecimento do *habeas corpus*, no que foi prontamente seguida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

O Relator, Min. Marco Aurélio Mello, utilizou o grande volume de *habeas corpus* em tramitação no Supremo como justificativa para a alteração na jurisprudência, de modo a limitar a quantidade de *habeas* apreciados e conferir racionalidade ao sistema judiciário, isso sem prejuízo da análise de eventual possibilidade de concessão da ordem de ofício¹⁴⁶.

Em primeiro lugar, é importante salientar a grande contradição do entendimento adotado a partir desse julgamento, pois, em seus termos, passou-se a não conhecer do *habeas corpus*, mas eventualmente conceder a ordem de ofício em caso de manifesta ilegalidade da decisão atacada, nos termos em que pedido pelo impetrante. Ou seja, a pretexto de conferir racionalidade ao sistema, criou-se a irracionalidade de se conceder de ofício algo que se pede.

¹⁴⁶ Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada – praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição –, passou-se a admitir o denominado *habeas substitutivo* do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

(...)

Cumprir implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas substitutivo*, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 109.956/PR, Rel.: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma. Julgamento: 07/08/2012, DJe: 11/09/2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2709684>>. Acesso: 04 jan. 2022.).

Além disso, esse entendimento conduz a um indesejável casuísmo, além de confundir pressupostos de admissibilidade e de mérito, diante da indeterminação do conceito de “manifesta ilegalidade”. Como consequência, só se conhece do *writ* se o julgador entende de plano que é caso de concessão da ordem, levando a uma apreciação seletiva dos *habeas corpus* que chegam às Cortes Superiores e, por via de consequência, admitindo a prevalência de eventual ilegalidade contra o paciente.

O *habeas corpus* é regulado de maneira ampla pela Constituição da República e pelo Código de Processo Penal, os quais determinam ao juiz que conceda *habeas corpus* caso verifique coação ilegal à liberdade de ir e vir do paciente, exprimindo a simplicidade e elasticidade que o instituto necessita ter para a efetiva defesa da liberdade individual. Tratando-se de um direito fundamental, quando foi desejo do constituinte originário reduzir o âmbito de incidência do *writ*, aquele mesmo o fez, ao dispor que o *habeas* não é cabível para questionar punições disciplinares na esfera militar.

Assim, sendo instituto de natureza constitucional e não havendo previsão constitucional de outro limite ao seu emprego além do citado acima, não é possível impor outras limitações por via da interpretação jurisprudencial. Dessa forma, se a Constituição de 1988 - ao contrário do AI-6 - não vedou o manejo de *habeas* em substituição ao recurso cabível, não cabe ao julgador criar essa restrição.

Tem-se, no caso do *writ* substitutivo, como pontuou Alberto Toron, um caso de “concorrência eletiva dos meios processuais”¹⁴⁷, pois a parte poderia optar entre mais de um instrumento para impugnar provimento jurisdicional a ela desfavorável, algo já existente no direito processual e até então aceito pela jurisprudência. Tem-se, mais uma vez, a ideia consolidada do *habeas corpus* como mecanismo de *collateral attack*, prestando-se à defesa rápida da liberdade diante da insuficiência dos outros caminhos disponíveis no ordenamento jurídico.

¹⁴⁷ TORON, 2020, p. 70 apud BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RHC n.º 67.788, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ: 22/02/1991.

A possibilidade do emprego do *habeas* em lugar do recurso cabível se dá pelo fato de que o *habeas corpus* é uma ação autônoma de impugnação de natureza constitucional especificamente destinada a defesa da liberdade de locomoção do paciente, de modo que este instrumento pode ser empregado sempre que a matéria a ser ventilada por meio dele comporte os estreitos limites da cognição sumária e seja subsidiada por provas pré-constituídas. O *habeas corpus* é, portanto, instrumento completamente independente do sistema recursal.

Também o Código de Processo Penal não cria restrição ao manejo do *habeas corpus* substitutivo. Em sentido contrário, o Código traz disposições que denotam a finalidade do instituto de proteger de forma simples e célere a liberdade individual, tais como a inexistência de preclusão para a impetração do *writ*, a concessão da ordem de ofício e a possibilidade de qualquer pessoa lançar mão do instrumento em favor de outra¹⁴⁸.

É uma característica do *habeas corpus*, adquirida no bojo do desenvolvimento histórico do instituto no Brasil - no seio da Doutrina Brasileira e da construção jurisprudencial feita pelo Supremo Tribunal Federal - o seu objetivo precípua de tutelar a liberdade individual independentemente de quaisquer formalismos e burocracias:

O STF criou uma armadilha interpretativa não apenas para os advogados e os cidadãos, que podem diretamente manejar o *writ*, mas para si próprio, que navegará no subjetivismo de cada ministro e, pior, permitirá a continuidade da ilegalidade. Preocupa-se tanto com o que o *habeas corpus* não deve ser, que esqueceu do que ele é na sua essência histórica: um instrumento apto a coibir ilegalidades contra a **liberdade** do constrangido, sem qualquer **entranche burocrático ou formalismo**¹⁴⁹.

A simplicidade procedimental do *habeas corpus* também está estampada nos artigos 7.6, parte final, e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, como condição necessária para que o *derecho de amparo* cumpra o seu papel de garantia democrática, porque

¹⁴⁸ Art. 654. O **habeas corpus** poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 2o Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 3.689/1941. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021).

¹⁴⁹ TORON, Alberto Zacharias. **Habeas Corpus Controle do Devido Processo Legal: Questões Controvertidas e de Processamento do Writ**. 3ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, pp. 92/93.

a todos acessível, e concretamente apta a defender a fruição dos direitos humanos previstos pela própria Convenção e pela Constituição da República.

Diante disso, os Tribunais Superiores, ao criarem novas restrições formais não previstas na Constituição e tampouco na legislação processual quanto ao cabimento do *habeas corpus* estão violando a garantia da simplicidade formal do *amparo* prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, e descumprindo o papel de garantidor da observância dos direitos humanos que o Sistema Interamericano conferiu ao Poder Judiciário.

Ademais, como assinala Antônio Pitombo, o texto da Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LXVIII, ao dispor que “dar-se-á *habeas corpus*” emite um comando positivo ao Poder Judiciário, de modo que os juízes possuem um dever constitucional de conceder a ordem sempre que verificarem a coação ilegal¹⁵⁰. Nesse sentido, não cabe ao Poder Judiciário instituir uma política de administração da justiça baseada na criação de restrições interpretativas à garantia do *habeas corpus*, prevista de forma inerentemente ampla na Convenção Americana e na Constituição da República.

Se, na esteira do que entende a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o cabimento do *habeas corpus* não pode ser restringido sequer em situações de anormalidade institucional, com muito mais razão não poderá ter sua amplitude cerceada em plena normalidade democrática como parte de uma política de administração da justiça adotada unilateralmente por alguns órgãos judiciários sem qualquer discussão com a sociedade civil.

Por fim, é importante pontuar que a ideia de que o grande número de *habeas corpus* nas Cortes Superiores decorre de uma banalização da garantia por parte dos advogados está envolta em preconceitos e em uma visão superficial sobre os reais problemas da justiça criminal brasileira. O grande número de ações de *habeas corpus* chegando aos Tribunais não

¹⁵⁰ Portanto, os magistrados devem conhecer o *habeas corpus* de modo amplo, em obediência à legalidade estrita (artigo 37 da CF) que lhes norteia o agir na qualidade de funcionários públicos. O tempo verbal empregado pelo legislador (“conceder-se-á”, “dar-se-á”) retira qualquer possibilidade de tergiversação quanto ao sentido do dever imposto às autoridades judiciárias brasileiras (PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. **Vinte Anos, Liberdade**. São Paulo: Editora Singular, 2015, p. 53).

é o problema, é antes mero sintoma de disfuncionalidades profundas que acometem o funcionamento da Justiça Penal.

Os pesquisadores Vinícius Vasconcellos e Gustavo Mascarenhas, responsáveis pela plataforma “Observatório Penal”, apontam que, dos 1.567 HCs concedidos pelo Supremo Tribunal Federal nos anos de 2018 e 2019, 340 tinham como ato coator decisões que decretaram prisões preventivas em desacordo com a legislação processual, o que faz do encarceramento cautelar mau fundamentado a principal causa de concessão de *habeas corpus* pela Suprema Corte¹⁵¹.

Thiago Bottino afirma, a partir de ampla pesquisa por ele coordenada na Fundação Getúlio Vargas, que uma das principais causas do grande fluxo de *habeas corpus* para os Tribunais Superiores é a resistência das instâncias ordinárias do Judiciário em incorporar jurisprudências libertárias do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

Os dados da pesquisa indicam que, atualmente, as principais questões jurídicas discutidas em sede de *habeas corpus* – ou seja, os atos que representam os maiores riscos à liberdade individual – provêm do Poder Legislativo, mediante a edição de legislações que, posteriormente, são declaradas inconstitucionais (não sem antes gerar volumes enormes de impetrações apontando essa inconstitucionalidade), e também do próprio Poder Judiciário, na medida em que as decisões dos Tribunais Superiores demoram a ser incorporadas pelos magistrados de primeiro e segundo graus, gerando insegurança jurídica e alimentando a espiral de processos nos Tribunais Superiores.

(...)

A pesquisa indica que parte do congestionamento dos Tribunais Superiores decorre de ações que pretendem somente a aplicação de entendimentos já pacificados¹⁵².

As conclusões da mencionada pesquisa foram corroboradas por um apelo público feito pelo ministro Rogério Schietti, em 16/07/2020, no qual o Magistrado apontou que mais de cinquenta por cento dos *habeas corpus* e recursos ordinários que chegam à Terceira Seção do STJ são oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo e estão relacionados com desrespeito,

¹⁵¹ BRANDINO, Géssica. **Prisão Mal Fundamentada é a Principal Causa de Habeas Corpus no STF, Diz Pesquisa**. Mogi das Cruzes: Folha de São Paulo, 14/09/2021. Disponível em: <[https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/prisao-mal-fundamentada-e-principal-causa-de-habeas-corpus-no-stf-diz-pesquisa.shtml#:~:text=%E2%80%9CO%20habeas%20corpus%20tem%20se,formador%20de%20precedentes%20no%20STF.&text=Para%20Vasconcellos%20a%20principal%20diferen%C3%A7a,outros%20v%C3%A3o%20no%20sentido%20contr%C3%A1rio](https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/prisao-mal-fundamentada-e-principal-causa-de-habeas-corpus-no-stf-diz-pesquisa.shtml#:~:text=%E2%80%9CO%20habeas%20corpus%20tem%20se,formador%20de%20precedentes%20no%20STF.&text=Para%20Vasconcellos%20a%20principal%20diferen%C3%A7a,outros%20v%C3%A3o%20no%20sentido%20contr%C3%A1rio.)>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹⁵² AMARAL, Thiago Bottino do. **Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: Uma Análise e Proposta de Reflexão**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 101.

por parte do Tribunal estadual, da jurisprudência dos Tribunais Superiores, sobretudo no tocante ao uso da prisão preventiva como sanção e à imposição indevida de regime fechado de cumprimento de pena¹⁵³.

Portanto, a solução para o problema do excesso de feitos não passa, e não pode passar, pela restrição do direito à proteção judicial efetiva da liberdade, mas sim pela construção de caminhos para a incorporação efetiva dos direitos humanos pela prática judicial, sobretudo nas instâncias ordinárias, o que, como visto acima, é prejudicado por posicionamentos excessivamente punitivistas adotados por setores da magistratura.

¹⁵³ JURÍDICO, Consultor. **Ministro Schietti critica 'medição de forças' do TJ-SP com tribunais superiores.** 17/07/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/ministro-critica-medicao-forcas-tj-sp-tribunais-superiores>>. Acesso em: 17 jan. 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que a ação de *habeas corpus*, a despeito de sua antiguidade, ocupa um lugar de protagonismo dentro dos sistemas de justiça criminal atuais, apresentando-se como a face concreta do direito à liberdade de locomoção, tão central no próprio desenvolvimento da personalidade humana.

Acerca da sua previsão formal e reconhecimento como garantia fundamental não há o que se discutir, pois o instituto encontra tamanho grau de consolidação na história humana que já se faz presente na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Conforme abordado, os desafios que cercam o *habeas corpus* na atualidade dizem respeito à concretização da tutela da liberdade no campo prático, no contexto dos diários embates entre o poder punitivo e a liberdade do cidadão.

No Brasil, a garantia do *habeas corpus* já se faz presente desde o período imperial, e esteve expressamente prevista em todas as Constituições do período republicano. Em terras brasileiras, o instituto apresentou um desenvolvimento especialmente interessante, sendo impossível distingui-lo do próprio processo de consolidação do Estado de Direito.

Diante do conturbado contexto político do início do período republicano - com constantes estados de sítio, intervenções federais e detenções arbitrárias - e do amplo aparelhamento do Estado pelas oligarquias rurais, o *habeas corpus* passou a ser manejado para garantia não apenas da liberdade de locomoção como também de uma série de outros direitos fundamentais. Essa construção teórica mais ampla a respeito do *writ* foi denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.

O Supremo Tribunal Federal exerceu um papel central por meio da produção de uma jurisprudência generosa em relação ao cabimento do *habeas corpus*, abrigando a utilização da ação para viabilizar a proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais diante da ausência de outros remédios constitucionais. Com a reforma constitucional de 1926 e a instituição do mandado de segurança, a doutrina brasileira sofreu um profundo revés, pois não seria mais

possível defender o cabimento do *habeas corpus* para defesa de outros direitos diversos da liberdade de locomoção.

Entretanto, não há que se falar em extinção da doutrina brasileira do *habeas corpus*, pois, ainda que esta não seja mais aplicável em toda sua extensão, tal construção integra o desenvolvimento teórico do instituto no direito brasileiro, e deixou um indelével legado na compreensão que hoje se tem a respeito do *habeas corpus*. Nesse sentido, apesar de não haver mais que se falar em tutela de direitos estranhos à liberdade de locomoção, o *habeas corpus* deve ser dotado da elasticidade e amplitude necessárias à defesa eficaz da liberdade de locomoção em todas as suas acepções.

Dessa forma, o *habeas corpus* é ação apta à tutela da liberdade ambulatorial tanto diante de ofensas que a atinjam diretamente quanto em face de ilegalidades ou abusos que a atinjam apenas de maneira indireta. Assim, o *habeas corpus* evoluiu doutrinária e jurisprudencialmente a ponto de ser instrumento capaz de combater coações que criem um perigo à liberdade apenas possível a longo prazo.

A partir do início da década de 2000, os maxiprocessos criminais tornaram-se frequentes no cenário jurídico-político brasileiro. Esse fenômeno processual surgiu na Itália, no contexto do combate ao crime organizado de tipo mafioso, e se notabilizou pelo gigantismo processual, com grande número de imputações e de acusados. Todavia, a característica fundamental dos maxiprocessos é o paradigma da primazia da repressão estatal ao crime como tônica central da atuação dos operadores do sistema de justiça criminal.

Pautados por essa lógica, os maxiprocessos trazem uma série de mecanismos destinados a garantir a efetividade da realização do poder punitivo a partir da supressão de direitos fundamentais da pessoa imputada, gerando uma releitura do paradigma inquisitorial já marcante no processo penal brasileiro. A utilização preferencial da colaboração premiada, o prolongamento da investigação preliminar sob sigilo e o julgador com postura proativa e alinhada ao órgão de acusação são alguns exemplos de características dos maxiprocessos que refletem a lógica da primazia da repressão.

Os entusiastas desse modelo apontam que o maxiprocesso criminal é um instrumento necessário à desestruturação do crime organizado e da corrupção, bem como à ruptura da impunidade dos integrantes de organização criminosa. Dentro dessa ideia, os direitos fundamentais, sobretudo os de ordem processual, são apontados como disfuncionalidades do ordenamento jurídico pátrio, que obstaculizam a punição efetiva.

Um exemplo disso são as chamadas “Dez Medidas contra a Corrupção”, documento no qual o Ministério Público Federal - notadamente os procuradores da república atuantes na Operação “Lava-Jato” - propõem a limitação do cabimento do *habeas corpus* à hipótese de prisão. Assim, o *habeas corpus* aparece também como alvo dos defensores de um modelo processual penal “de ataque”.

Os maxiprocessos representam, portanto, uma patologia sistêmica da justiça penal, já que apontam em direção sumamente oposta ao modelo processual consagrado pela Constituição da República de 1988. Diante desse cenário, o *habeas corpus* se mostra como uma ferramenta jurídica capaz de desencadear o controle de legalidade em face dessas novas formas processuais, que implicam violação a direitos individuais.

Por meio de uma série de julgados históricos aqui analisados, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça apontaram o cabimento do *habeas corpus* para tutela do plexo de direitos de que é titular o imputado na persecução criminal, mesmo em situações em que não há afetação direta e imediata da liberdade de ir e vir.

Demonstrou-se, dessa maneira, que o *habeas* pode ser utilizado para garantia dos direitos a um juiz imparcial, à imprestabilidade das provas ilícitas e à defesa efetiva, com pleno acesso aos autos do inquérito policial, em suma, do devido processo legal em matéria penal como um todo, diante do risco que essa espécie de procedimento estatal causa à liberdade de locomoção.

Diante dos importantes precedentes firmados pelos Tribunais em sede de *habeas corpus*, conclui-se que esta ação constitucional é o principal instrumento para impor a conformação do processo penal brasileiro aos padrões estabelecidos na Constituição da República, em outras palavras, o *habeas* é o grande mecanismo para garantir a força normativa da Constituição em matéria penal.

Para além da Constituição Nacional Brasileira, a Convenção Americana de Direitos Humanos - da qual o Brasil é signatário e que, conforme entende o Supremo Tribunal Federal, ocupa lugar de suprallegalidade - também prevê o direito a uma ação célere e simples para defesa da liberdade de locomoção junto ao Poder Judiciário, a *garantía de amparo*.

Na esteira dos pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o *habeas corpus* cumpre um papel central na manutenção do Estado de Direito, servindo para proteção mediata de diversos outros direitos relacionados à liberdade de locomoção, bem como para o controle de legalidade dos atos das autoridades públicas. Nesse sentido, o *habeas corpus* seria uma garantia decorrente da própria forma democrática de governo, de modo que o seu cabimento deve ser interpretado de forma ampla e não pode ser suspenso ou restringido sequer em estados de anormalidade institucional.

Conclui-se, nessa linha de ideias, que a jurisprudência defensiva - consubstanciada em criar empecilhos de ordem formal não previstos na legislação ao conhecimento de *habeas corpus* - além de não se compatibilizar com a ordem constitucional interna, também viola o direito internacional dos direitos humanos ao contrariar a simplicidade formal da *garantía de amparo* e negar a proteção jurisdicional ao cidadão.

Por fim, vale pontuar que o *habeas corpus* é uma peça central na consolidação do acesso à justiça no Brasil, e que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o instituto tem sido essencial para construção de precedentes importantes a respeito de como deve ser o direito penal e o processo penal à luz da Constituição Cidadão. Por conseguinte, tal como ocorreu em outros momentos históricos, o aperfeiçoamento da legislação penal e processual brasileira não

pode passar pelo amesquinamento do *habeas corpus*, sob pena de agravar-se a crise da democracia no País.

REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro, Volume II, Tomo I.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Introdução à Criminologia: uma Aproximação desde o Poder de Julgar.** 1ª Edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanc, 2018.

AMARAL, Thiago Bottino. **Considerações sobre a Origem e Evolução da Ação de Habeas Corpus.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 35/2001, Jul - Set/2001.

_____. **Colaboração Premiada e Incentivos à Cooperação no Processo Penal: Uma Análise Crítica dos Acordos Firmados na “Operação Lava-Jato”.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. n.º 122/2016, pp. 359-390, set - out/2016.

_____. **Pesquisando Habeas Corpus nos Tribunais Superiores.** Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 1, p. 64-79, jan./abr. 2019.

_____. **Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: Uma Análise e Proposta de Reflexão.** Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 24 de Fevereiro de 1891. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 29 nov. 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 29 nov. 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 29 nov. 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 29 nov. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 nov. 2021.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n.º 3.689/1941. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei n.º 2.848/1940. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021.

_____. Lei Federal n.º 9.883/1999. Brasília, 07 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19883.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021.

_____. Ministério Público Federal. **Dez Medidas Contra a Corrupção**. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos>>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Ministério Público Federal. **Resultados - Caso Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Consulta em: 23 dez. 2021.

_____. Lei Federal n.º 8.906/1994. Brasília, 04 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Lei Federal n.º 9.296/1996. Brasília, 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Lei Federal n.º 12.830 de 2013. Brasília, 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso: 09 fev. 2022.

_____. Lei Federal n.º 13.964 de 2019. Brasília, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3>. Acesso: 09 fev. 2022.

_____. Decreto Presidencial n.º 678/1992 - Pacto de São José da Costa Rica. Brasília, 06/11/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.354/PR. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgamento: 10/08/2004, DJ: 24/09/2004. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79033>>. Acesso: 04 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 157.627/PR. Rel.: Min. Edson Facchin, Rel. p/ acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgamento: 27/08/2019, DJe: 17/03/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752248712>>. Acesso: 04 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 95.518/PR. Rel.: Min. Eros Grau, Rel. p/acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento: 28/05/2013, DJe: 19/03/2014. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5463892>>. Acesso: 04 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 164.493/PR. Rel.: Min. Edson Facchin, Rel. p/acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento: 23/03/2021, DJe: 04/06/2021. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756048250>>.

Acesso: 04 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 144.615/PR. Rel: min. Edson Facchin, Rel. p/acórdão: min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/08/2020, DJe: 27/10/2020. Disponível em:<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754213731>>.

Acesso: 04 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP. Rel.: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno. Julgamento: 03/12/2008, DJe: 05/06/2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso: 04 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 143.333/PR. Rel.: Min. Edson Facchin, Tribunal Pleno. Julgamento: 12/04/2018, DJe: 21/03/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749413076>>. Acesso: 04 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 109.956/PR, Rel.: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma. Julgamento: 07/08/2012, DJe: 11/09/2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2709684>>. Acesso: 04 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 149.250/SP. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu, Quinta Turma. Brasília, julgamento: 07/06/2011, DJe: 05/09/2011. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27149250%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27149250%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27149250%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27149250%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 20.624/MG. Relator: Min. Gilson Dipp, Quinta Turma. Brasília, 13/02/2007, DJe: 19/03/2007. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2720624%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2720624%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2720624%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2720624%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 694.826/SP. Relator: Min. Jesuíno Rissato, Quinta Turma. Brasília, 23/11/2021, DJe: 26/11/2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 80.632/SP. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma. Brasília, 18/12/2007, DJ: 18/02/2008. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2780632%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2780632%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%2780632%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2780632%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n.º 12.516/PR. Rel.: Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgamento: 20/08/2002, DJ: 27/09/2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200001120620&dt_publicacao=27/09/2004>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 563.619/SP. Rel.: Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma. Julgamento: 16/03/2021, DJe: 22/03/2021. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000469756&dt_publicacao=22/03/2021>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 585.748/CE, Rel.: Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Julgamento: 02/02/2021, DJe: 10/02/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001290810&dt_publicacao=10/02/2021>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC n.º 131.184/PR, Rel.: Min. Félix Fischer, Quinta Turma, Julgamento: 15/12/2020, DJe: 17/12/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001824175&dt_publicacao=17/12/2020>. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 606.740/SP, Rel.: Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgamento: 20/10/2020, DJe: 23/10/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002092529&dt_publicacao=23/10/2020>. Acesso em: 23 dez. 2021.

BARLETTA, Junya. **Caso Soares Rosero v. Equador da Corte IDH**. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito, 22/03/2018. Disponível em: <<https://nidh.com.br/caso-suarez-rosero-vs-equador-1997-da-corte-idh/>>. Acesso: 10 fev. 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª Edição. Leme: CL Edijur, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. **Processo Penal**. 8ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BRANDINO, Géssica. **Prisão Mal Fundamentada é a Principal Causa de Habeas Corpus no STF, Diz Pesquisa**. Mogi das Cruzes: Folha de São Paulo, 14/09/2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/prisao-mal-fundamentada-e-principal-cao-d>>

e-habeas-corpus-no-stf-diz-pesquisa.shtml#:~:text=%E2%80%9CO%20habeas%20corpus%20tem%20se,formador%20de%20precedentes%20no%20STF.&text=Para%20Vasconcellos%20a%20principal%20diferen%C3%A7a,outros%20v%C3%A3o%20no%20sentido%20contr%C3%A1rio.>. Acesso em: 17/01/2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Efetividade e Eficácia do Direito à Liberdade**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Curitiba: Juruá, n. 05. ano 02, 2000.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Penal Transformadora**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. **História da Legislação Penal Brasileira**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOLDT, Raphael. **Maxiprocessos Criminais, Corrupção e Mídia: Uma Análise a Partir da Operação Lava-Jato**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 3.

BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro: Dois Tempos de uma História**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

CÁRDENAS, Jaime Alfonso Cubides; ALFONSO, Jaime Martínez Lazcano; TRIANA, Nathália Chacón; MANTILLA, Luiz Felipe Díaz; DÍAZ, Daniel Ricardo Vargas; BARRERA, Tania Giovanna Vivas. **Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.

CYRILLO, Carolina. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **As Forças-Tarefas do Ministério Público Federal: O Discurso Político Punitivo Anticorrupção na Instituição de Garantias**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 06, n. 03, pp. 1271-1300, set/dez 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 31ª Edição Rev. e At.. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécies, ações de impugnação, reclamação aos tribunais**, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Tutela Preventiva das Liberdades: Habeas-Corpus e Mandado de Segurança**. Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 76, 1981.

JURÍDICO, Consultor. **Remédio na UTI: Aumento do Uso de HC Divide Opiniões**. 1º de abril de 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-abr-01/juizes-criticam-aumento-hcs-advogados-defendem-ferramenta>>. Acesso em: 14/01/2022.

_____. **Ministro Schietti critica 'medição de forças' do TJ-SP com tribunais superiores**. 17/07/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/ministro-critica-medicao-forcas-tj-sp-tribunais-superiores>>. Acesso em: 17/01/2022.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MALAN, Diogo. **Megaprocessos Criminais e Direito de Defesa**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 159/2019. Setembro de 2019, p. 45-67.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. Revista Centro de Estudos Judiciários, n. 26, pp. 56-62, jul/set. 2004.

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala**.

Julgamento: 25/11/2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinião Consultiva n.º 09/1987**, consulente: República Oriental do Uruguay. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinião Consultiva n.º 08/1987**, consulente: Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Loayza Tamayo v. Peru**. Julgamento: 17/09/1997. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.

____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Soares Rosero v. Ecuador**. Julgamento: 15/11/1995. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>>. Acesso: 10 fev. 2022.

PITOMBO, Antonio Sergio Altieri de Moraes. **Vinte Anos, Liberdade**. São Paulo: Editora Singular, 2015.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRATES, Fernanda. AMARAL, Thiago Bottino do. **Megaprocessos e o Exercício do Direito de Defesa: Uma Abordagem Empírica**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 162. São Paulo: Editora RT, 2019.

ROCHA, Gabriela. **STJ Anula Operação Satiagraha**. Revista Consultor Jurídico, 07/06/2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-07/stj-anula-operacao-satiagraha-condenacao-daniel-dantas>>. Consulta realizada em: 03/01/2022.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira(Parecer)**. Consultante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Data do Parecer: 16 de junho de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. in: org. CANOTILHO, J.J Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13ª Edição. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 4ª Edição. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **A Imbricação entre Maxiprocessos e Colaboração Premiada: O Deslocamento do Centro Informativo para a Fase Investigatória na Operação Lava-Jato**. Revista Brasileira de Direito Procesusal Penal: Porto Alegre, v. 06, n. 01, pp. 81/116, 2020.

_____. GONÇALVES, Rodrigo Machado. **A Criação de “Zonas de Interseção Normativa” pelo Ministério Público: um Instrumento de Lawfare Político para Legitimar a sua Investigação Preliminar Direta e a Transigência sobre Pena nos Acordos de Colaboração Premiada**. Revista de Direito Público, Vol. 17, pp. 84-99, Brasília, mar./abr. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Edição Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**. 1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

TORON, Alberto Zacharias. **Habeas Corpus Controle do Devido Processo Legal: Questões Controvertidas e de Processamento do Writ**. 3ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

VITAL, Danilo. **Dipp critica uso indiscriminado de Habeas Corpus**. Consultor Jurídico, 22/02/2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-fev-22/gilson-dipp-critica-uso-indiscriminado-habeas-c-orpus-advogados>>. Acesso em: 14/01/2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **Crímenes de Masa**. 2ª Edição. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

_____. in ARGENTINA. Presidencia de la Nación. **Derechos Humanos: Reflexiones desde el Sur**. 1ª Edição. Buenos Aires: Infojus, 2012.