



UNIPAC.BR
BARBACENA

CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS/UNIPAC
CURSO DE DIREITO

VICTOR GABRIEL MOREIRA DE OLIVEIRA

CABIMENTO DE HABEAS CORPUS OU NÃO EM SEDE DE EXECUÇÃO

BARBACENA
2021



UNIPAC.BR
Barbacena

CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS/UNIPAC
CURSO DE DIREITO

VÍCTOR GABRIEL MOREIRA DE OLIVEIRA

CABIMENTO DE HABEAS CORPUS OU NÃO EM SEDE DE EXECUÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado no curso de Direito do UNIPAC-FADI/Barbacena como requisito obrigatório para a Conclusão Final do Curso (Área de Concentração: Direito...)

Orientador: Prof. Esp. Delma Gomes Messias.

BARBACENA
2021



UNIPAC.br
Barbacena

FOLHA DE APROVAÇÃO

VICTOR GABRIEL MOREIRA DE OLIVEIRA

CABIMENTO DE HABEAS CORPUS OU NÃO EM SEDE DE EXECUÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado no curso de Direito do UNIPAC-FADI/Barbacena como requisito obrigatório para a Conclusão Final do Curso (Área de Concentração: Direito...)

Orientador: Prof. Esp. Delma Gomes Messias

Aprovado em: ____/____/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. ou Prof.^a....UNIPAC/BARBACENA

Prof. ou Prof.^a....UNIPAC/BARBACENA

Prof. ou Prof.^a...UNIPAC/BARBACENA



UNIPAC.br
Barbacena



unipac.br
Barbacena

TERMO DE RESPONSABILIDADE E AUTORIA DE TCC

Eu, Vilson Gabriel Moreira de Oliveira,
acadêmico(a) de Graduação do curso de DIREITO, matriculado(a) sob nº
371.000709 no Centro Universitário Presidente Antônio
Carlos/UNIPAC, declaro estar ciente do que é considerado utilização indevida,
ilegal e/ou plágio, no desenvolvimento de um trabalho de conclusão de curso, e
afirmo ter seguido o Manual de Orientação e Guia de Normalização de Trabalhos
Acadêmicos do curso da UNIPAC/Barbacena/MG, apresentando meu Trabalho
de Conclusão de Curso/TCC dentro dos padrões técnicos.

Declaro ser de minha total responsabilidade a autoria do texto referente ao meu
trabalho de conclusão intitulado Calimento de Habeas Corpus
ou não em sede de execução

Por ser a expressão da verdade, firmo e dato o presente termo de
responsabilidade e autoria.

Barbacena/MG. 07 / 06 / 2021.


Assinatura do(a) Aluno(a)

DEDICATÓRIA

Em outro lugar eu não estaria, se não fosse pelos meus pais, que a todo tempo acreditaram em mim me apoiaram em tudo e me deram uma base forte, para que eu enfrentasse as dificuldades da vida, em outro lugar eu não estaria se não fosse os amigos que me auxiliaram nos estudos, que me motivaram, que me impulsionaram a ser melhor. Dedico este trabalho aos meus pais, Paulo Sergio de Oliveira e Rosângela Ione Moreira de Oliveira, e aos meus amigos Elcinei, Livia e Eugênio, por me ajudarem a achar o meu lugar e nele me manter.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por me dar forças, a todos que de alguma forma participaram da minha vida e me ajudaram a ter capacidade de chegar até aqui, e por fim a mim mesmo, por não desistir.

RESUMO

O processo penal possuiu muitos regramentos processuais, que tem como finalidade garantir o efetivo cumprimento dos princípios processuais e constitucionais no processo até mesmo dentro da pena. Passando por todas as fases processuais, existem vários, recursos para o caso de insatisfação ou até mesmo irregularidades dentro do processo sanáveis, apesar de o processo penal em si, possuir vários recursos, em fase de execução da pena, existe somente o Agravo em execução, e muitas vezes, por se tratar de liberdade de um indivíduo, não é suficiente. O presente trabalho, tem como finalidade abordar sobre o cabimento ou não cabimento do Habeas Corpus em fase de execução, abordando as peculiaridades do Habeas Corpus, como também, se a presença da Ação autônoma na Constituição, torna possível a substituição do Agravo em Execução, observando tanto a doutrina atual, quanto a jurisprudência dos Tribunais Estaduais e superiores quais sejam, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Habeas Corpus, execução, Processo Penal.

ABSTRACT

The criminal process has many procedural rules, which aim to ensure the effective compliance with procedural and constitutional principles in the process, even within the penalty. Going through all the procedural stages, there are several resources for the case of dissatisfaction or even irregularities within the process that can be remedied, although the criminal procedure itself has several resources, in the execution phase of the sentence, there is only the Interlocutory Appeal in execution, and often, because it is an individual's freedom, it is not enough. The purpose of this paper is to discuss the appropriateness or not of the Habeas Corpus in the execution phase, addressing the peculiarities of the Habeas Corpus, as well as whether the presence of the autonomous action in the Constitution makes it possible to replace the Interlocutory Appeal, observing both the current doctrine and the jurisprudence of the State Courts and higher, namely, the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice.

Key-Words: Habeas Corpus. Execution. Criminal Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
2. ASPECTOS HISTÓRICOS.....	11
2.1 Habeas Corpus e a Carta Inglesa.....	14
2.2 Dos Direitos Humanos à Constituição Federal Brasileira de 1988.....	16
3. CONCEITUAÇÃO.....	19
3.1 Conceito e Natureza Jurídica.....	19
3.2 Espécies.....	23
4. HABEAS CORPUS NA EXECUÇÃO PENAL.....	25
4.1 Dos Princípios.....	26
4.2 Cabimento.....	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS.....	38

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe dizer que é de grande relevância, a Ação constitucional Habeas corpus, chamada também remédio heroico, como o próprio nome versa, é um remédio para quaisquer coações e ilegalidades que cerceiem o direito individual de ir, vir e ficar. Estes visam garantir a liberdade do indivíduo, são parte do direito fundamental, bem como seus reflexos, os mesmos atingem ainda, direitos semelhantes ou que se englobam, como direito a inviabilidade de domicílio, a vida privada, dentre outros.

Por se tratar de Ação regida pela Constituição Federal Brasileira de 1988, esta, não pode ser suprimida por lei ordinária. Por exemplo, apesar de o Código processual Brasileiro, em seu artigo 648, apresentar um rol de cabimento para o Habeas Corpus não podemos dizer que tal, é taxativo ou até mesmo limitativo ao presente Remédio Heroico.

O instituto constitucional se faz presente no art. 5.º, LXVIII, CFRB/88 e neste contexto garantista, há de se dizer, que sua interpretação é muito mais extensiva e ampla do que se vê no supramencionado artigo 648, cabendo em mais situações do que as ali elencadas.

Dadas a todas essas insurgências e ampliações do entendimento, ao que tange ao cabimento do Habeas Corpus, mister se faz um profundo olhar para esta ação, do ponto de vista jurisprudencial e doutrinário.

2. ASPECTOS HISTORICOS

Historicamente o instituto do Habeas Corpus, remonta-se de um passado longínquo, consubstanciando-se em vários episódios históricos, apesar, de um marco muito importante que, gravou a história da Ação heroica nas bases inglesas em 1215. É necessário retroceder ainda mais ao passado, para que se possa entender e compreender, bem como, suas alterações e mudanças no que tange aos direitos e garantias individuais em especial a liberdade de locomoção.

É cediço, que o direito romano, foi basilar para constituição do que se entende de direito em vários Estados jurídicos ao decorrer das eras, e não seria estranho concordar com a afirmação. Por conseguinte, quando se observa a sociedade romana como um todo, nota-se que foi uma das primeiras datadas, a entender que um Estado muito além de criar o dever, de seus entes entregassem tributos, ou forças militares, também possuem direitos e deveres, sendo esta, a base de uma sociedade constituída de pleno direito.

Paralelamente, temos nações com sistemas de governo absolutistas, em que o poder era totalmente centralizado na nobreza e no clero, e somente estes eram detentores de direitos. As pessoas que não eram bem-nascidos ou não faziam parte do clero sofriam com as adversidades promovidas por aqueles que detinham o poder. Nos diversos períodos históricos da idade média, a ideia de direitos, na maior parte das vezes, se advinha da igreja refletindo na nobreza, em que o rei, era o representante de Deus na terra escolhido para guiar o povo, e essa ideia de poder religioso, era usado como justificativa para o cerceamento de direito daqueles menos abastados.

Destarte que, o Império romano, antes um governo absolutista, por intermédio do sistema de governo monárquico, onde o poder era passado hereditariamente, e apesar de não ser ainda uma nação com influencia católica, também pregava a ideia religiosa de centralização do poder, qual o imperador era a própria representação de um Deus. A história romana teve vários picos, vagando do regime monárquico à primeira república com poucas décadas de diferença, isto é, antes de Cristo, pois

após, a igreja católica desde seu surgimento ganhou grandes forças no império romano, sendo imprescindível para queda do mesmo.

O primeiro grande momento de Roma, foi a monarquia, na qual perdurou por 12 séculos, sendo o império regido por sete reis ou imperadores, são eles; Rômulo, Numa Pompílio, Túlio Hostílio, Anco Márcio, Tarquínio Prisco, Sérvio Túlio e Tarquínio, o Soberbo. Curiosamente, apesar de ser uma monarquia, o rei/imperador era eleito pelo Senado, que era composto por anciões patrícios, como também, possuía uma assembleia formada por cidadãos romanos em idade militar **(ALVES,2018)**.

Ao decorrer deste período, entre as idas e vindas da república para a monarquia, surgiram-se as *lex*, ou seja, as leis que se consubstanciavam-se nos costumes, previa quais eram validados por quem detinha o direito juntamente com o dever de fazê-las, chamados de magistrados, figura equiparada aos juízes da atual época.

Contudo, o sistema legal de costumes, que sobrepujam leis, notou que o Império Romano não poderia ser mais assim, fato este, que motivou mudanças, tornando a *lex* força normativa não mais baseada somente em costumes, mas também, em direito legal qual fosse a necessidade do Estado ou de seus entes.

Sob duas modalidades apresenta-se a lei em Roma: *lex rogata* (a proposta de um magistrado aprovada pelos comícios, ou a de um tribuno da plebe votada pelos concilia plebis, desde quando os plebiscitos se equipararam às leis) e a *lex data* (lei emanada de um magistrado em decorrência de poderes que, para tanto, lhe concederam os comícios). Na *lex rogata*, distinguem-se quatro partes: 1ª) o *index* (onde se consignava o nome gentílico do proponente e a indicação sumária do seu objeto); 2ª) a *praescriptio* (em que constavam as indicações do nome e títulos do magistrado proponente, do dia e local em que se votou a lei, e da tribo ou centúria que votou em primeiro lugar); 3ª) a *rogatio* (parte principal da *lex rogata*, pois nela estava declarado o seu conteúdo); 4ª) a *sanctio* (sanção, pena para o caso de infringência da lei) (ALVES, 2018, p. 49).

A constante mudança legislativa ocorridas em Roma, e a não participação nas magistraturas da plebe, mas com os efeitos advindos das leis estabelecidas pelos

magistrados, descaírem sobre essa camada mais pobre, fez com que a liberdade de uma sociedade em evolução sobre direitos, exigissem participar de tal processo.

Então, após pressionarem os magistrados, evadindo-se da cidade principal de Roma até que a situação fosse resolvida. Com a pressão, os conflitos entre a plebe e os patrícios, principais entes da magistratura, cessou, tendo a plebe direito também a participar das magistraturas, por intermédio da lei das XII Tábuas.

A partir destes fatos referidos, houve grande paridade entre os patrícios e a plebe, sendo aprovada diversas leis que reconhecem diversos direitos da plebe, bem como o estado de equidade entre as camadas sociais de Roma, criando diversas leis como, a lei de calnuleia, que permitiu o casamento entre a classe dominante e pessoas mais pobres, e o exemplo que interessa, a lei licínea que acabou com a escravidão por dívida (**ALVES, 2018**).

Sendo este, um dos primeiros atos expressos de reconhecimento da liberdade dos indivíduos, ditos cidadãos romanos.

Como supramencionado, a história romana é marcada por um império com altos e baixos, e diversas mudanças de sistema de governo, passando desde a monarquia à república ou até mesmo um misto dos dois. Passada a situação da aprovação das novas leis, que deram margem para que a camada social mais pobre, pudesse participar da magistratura da época, várias leis criadas por aqueles responsáveis desta, garantiram diversos direitos sejam eles, coletivos ou individuais, com aspectos garantista, desses, pode-se ver reflexos na Carta Magna Brasileira de 1988.

Por outro lado, por mais que o direito romano tenha voltado os olhos jurídicos para as outras camadas sociais, pode se perceber um grande problema, Roma ainda era um país extremamente escravagista, de forma que somente os homens livres, tinham a capacidade de requerer um direito, leia-se também como capacidade processual. Dito isto, na situação que ilegalmente ocorrer de alguém ter sua liberdade cerceada somente poderia recorrer sobre, caso estivesse no status de homem livre, não podendo o escravo ou aquele que está sob égide de seus pais, reclamar de sua liberdade.

O instituto do habeas corpus já mostrava seus lados na época, mesmo que não fosse o evento definitivo de sua instauração, previamente observa-se o papel basilar e inicial do direito romano na criação de fato, do atual remédio constitucional brasileiro.

No caso de coação mediante uma prisão ilegal, quem era detentor de direito, poderia recorrer ao instituto processual *o interdictum de libero homine exhibendo*, este instituto, no qual, declarava que o homem que estava preso, com aspecto de arbitrariedade ou ilegalidade, deveria ser exposto ao público, de mesma forma preceitua o nobre doutrinador Massau que:

[...] “a finalidade do *interdictum de libero homine exhibendo* consistia na apresentação do homem livre retido perante o magistrado, cuja presença corporal pudesse ser constatada pelo magistrado e pelo público; advém daí a ideia de *exhibere* que significa deixar fora de segredo”. [...] “Em face da publicidade, cessa a coação com o ensejo de todos observarem a condição do agredido e a desse de defender-se da agressão, perante o olhar do magistrado e do público” (MASSAU, 2008, p. 4).

A celeridade do interdito, visava muito além da liberdade, pois também evitar-se uma prisão em segredo que, quando a pessoa presa era exibida para a figura magistral, cumpria-se a tutela jurisdicional, dando aspecto inicialmente parcial para aquela prisão. Momentos posteriores que seriam averiguados se quem está preso deveria permanecer, ou se era causa de ter sua liberdade manifestada.

Nisso, as constantes mudanças no direito romano, para a época, não só ressignificou o conceito de liberdade, como também, a ideia de direitos individuais, em uma época cercada por um absolutismo qual os simplórios judiciários existentes, se atinham aos direitos da camada mais alta da sociedade e se esquecia de suas bases, através de várias modificações, começou o Estado jurídico romano a alcançar um status jurisdicional, no qual seria a base para vários estados e suas constituições.

2.1 Habeas Corpus e a Carta Inglesa

Não é necessário muito para suscitar uma revolta, e menos ainda para uma mudança. A Inglaterra durante o século XIII, passava por um período bem difícil e com

grande instabilidade política, na época, o país encontrava-se sob tutela do rei João sem nome, neste período, o rei tomou uma série de decisões quais o fizeram tornar-se impopular tanto entre as camadas sociais mais baixas, quanto com as camadas dominantes, perdendo apoio do clero bem como, dos barões, com uma série de decretos com aumentos exorbitantes de tributo fiscal e uma quantidade significativa de prisões regadas de arbitrariedade.

Como preceituava Maquiavel em sua famosa obra O Príncipe, um governante tem que ter prudência nos seus atos, para se evitar motins e rebeliões contra seu governo.

E justamente seus atos, que desencadearam uma série de eventos, quais, começaram a dar fim a monarquia no que tange a centralização do poder e o início de uma sociedade inglesa, regrada e regulamentada por uma Carta Superior, no caso, após uma derrota avassaladora, em uma excursão militar contra a França, em 1204, perdeu terras no norte francês, em consequência disso, impôs novos impostos sem consultar os barões, o que contrariou as leis e os costumes feudais da época. Derradeiramente, em 1214, perdeu novamente para França, perdendo muitos recursos essenciais ao Estado, nisto, promoveu novamente uma série de impostos e ações arbitrárias com fim de tentar reestabelecer seu reinado e sua força política, porém o efeito foi contrário ao que pretendia, desagradando todas as camadas sociais da Inglaterra, até mesmo gerando insatisfação perante a Igreja Católica, que possuía muito poder na época.

Com esse novo investimento arbitrário promovido pelo rei, os barões se recusaram a acatar as medidas propostas e se rebelaram, porém, mesmo não conseguindo vencê-lo, os barões conseguiram pressionar o rei a discutir questões, o que resultou na Carta Magna de 1215.

A Carta Magna inglesa, foi redigida no montante de 63 cláusulas, quais evadiam-se das arbitrariedades do rei e limitava seus poderes, conferindo estes ao clero e também a nobreza. Por exemplo, no que tange aos impostos, a mudança dos mesmos para acréscimos ou diminuições deveriam ser aprovados pelo Grande Conselho, e as prisões deveriam passar pelo sistema jurídico da época antes de se tornarem efetivamente válidas.

Neste momento, após reiteradamente as camadas sociais se insurgirem por seus direitos, surge em 1679 a figura do Habeas Corpus, baseada em uma série de fatores já outrora mencionados, e carregados de um histórico de abusividade no cercear de liberdade das pessoas, não podendo se valer mais o rei, da sua simples vontade, apenas do que era visto como legalmente do ponto de vista jurídico.

Vale ressaltar, que o rei passou de pessoa que detinha todo o poder, para quem apenas tinha uma parcela dele, mesma que considerável, bem como, com o direito dever de fazer cumprir também as cláusulas daquela Carta Magna, um documento jurídico que ultrapassava o direito costumeiro e alavancava o direito escrito sob a égide de todos aqueles que faziam parte, e deveriam fazê-la cumprir, bem como estariam sob sua Égide.

Ato continuo o instituto processual Habeas Corpus (apresente o corpo), mostra-se parecido com o instituto de direito romano do *interdictum de libero homine exhibendo*, diferenciando-se, no momento de percepção e análise do mesmo, o sistema judiciário para análise desta ação detinha um procedimento diferente do romano, no sistema romano não possuía de fato um procedimento judicial prévio a prisão, já o sistema Inglês possuía. Vejamos, em primeiro momento pela supramencionada Carta Magna Inglesa, não poderia mais haver prisão de homens livres arbitrariamente, ou seja, sem um processo legal e ao fim uma condenação pelo sistema judiciário, porém o instituto não estava maduro ao ponto de reconhecer outras modalidades de ilegalidades nas prisões.

2.2 DOS DIREITOS HUMANOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.

A declaração do direito dos homens e cidadãos, anunciada ao público em 26 de agosto de 1789, França, teve papel fundamental, na constituição de diversos países, por exemplo, o entendimento de homem livre, deixando de lado as questões quanto a servos e escravos, e ampliando o conceito para todos os homens e mulheres pertencentes ao Estado, sendo eles legítimos perante a sociedade de receberem direitos e lhe serem atribuídos deveres.

O artigo primeiro da declaração de 1789 "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum", foi a primazia da Carta que seria feita em 1948, que fez ganhar muito mais força, pois acabaria de passar por um grande e difícil momento histórico, a Segunda Guerra Mundial.

O artigo primeiro da Declaração de 1948, continha princípios quais foram basilares a França em momentos posteriores, e englobados pela declaração "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

Destarte que, para análise do Instituto objeto deste estudo, é necessária uma breve passada novamente por alguns momentos que marcaram a história, bem como a razão de ser do direito. E dentro dessas perspectivas históricas, juntamente com todas já mencionada, não seria menos importante estar com relação a Declaração dos direitos humanos, tais atos feitos no passado, retirou a condição social de um indivíduo privado arbitrariamente ao interesse privado ou até mesmo estatal, deixando de ser tratado como um objeto, e visto como um ser humano, como deveria ser.

Observar-se que graças a Declaração de 1789, o entendimento quanto ao Habeas Corpus mudou, tanto ao alcance, quanto, as possibilidades de aplicação do Instituto supramencionado, vejamos, antes o mesmo se limitava aos homens ditos livres, aqueles que não estavam em situação de escravidão ou de servo, com essas intervenções jurídicas ao decorrer dos tempos, chegou se ao entendimento que todos os homens são aptos e devem ser livres, e sua liberdade não deveria ser tirada arbitrariamente, deu-se também, a ampliação de conceito, no que tange as práticas que seriam objeto de apreciação pelo Habeas Corpus, sendo portanto observadas outros atos tidos como ilegais.

Todos esses eventos e marcos históricos do ponto de vista jurídica, ensejaram mudanças nas Cartas Constitucionais Brasileiras, apesar de ser um País relativamente novo, foi perspicaz e adaptou-se de maneira rápida e satisfatórias.

A presença indireta do Habeas Corpus no Brasil, ocorreu por intermédio da Constituição Imperial de 1824, que elencava direitos individuais, dentre deles o da liberdade dos indivíduos, e somente com o Código de Processo Criminal de 1832 foi introduzido ao ordenamento jurídico de forma expressa, como meio de proteção aos

cidadãos contra prisão ou constrangimento ilegal no seu direito legal de ir e vir ou permanecer.

Houve uma evolução constante neste instituto no Brasil, sendo recepcionado pela Constituição da República de 1891, válido ressaltar, que ainda que o país tenha passado por diversas mudanças por decorrência de vários movimentos agitados pelo meio social, tal instituto permaneceu firme nas bases da sociedade, no qual perdura até hoje, a Constituição de 1891 em seu texto normativo, deu força de mesmo âmbito para o Instituto, conferindo a categoria de garantia Constitucional para ele.

Observa-se que a discussão quanto aos limites qual se dispunha o Instituto, se preceituavam desde o seu início no Brasil. A discussão era norteadada por jurista, que defendiam que o instituto não deveria se expandir, devendo-se apegar a suas origens históricas e restringindo-se, tão somente como meio garantista da liberdade de locomoção dos indivíduos. Lado outro, haviam jurista que defendiam o uso irrestrito do Habeas Corpus, se apegando a força normativa advinda da Constituição Federal, onde na hierarquia das leis se sobrepuja contra quaisquer outros mecanismos legais, isto, no que tange a ilegalidade ou constrangimento, no cercear da liberdade individual de locomoção dos indivíduos, leia-se liberdade de ir, vir e permanecer.

Os próximos capítulos históricos no Brasil, não foram divergentes do que já foi mencionado, o instituto não mudou em essência muito menos em conteúdo, ganhou mais força na Constituição Brasileira de 1988, como consequência a quem diga resultado, das fortes repressões ocorridos no período passado de ditadura militar vivenciado no Brasil, qual ocorriam diversas prisões arbitrárias e irregulares.

Assim, como reflexo de várias repressões e arbitrariedades nas prisões, passou-se a ter um Estado de Direito mais garantista, visando até mesmo uma ameaça indireta de prisão estatal, passando a ter nova leitura ao remédio constitucional, na Carta Magna de 1988 o instituto passou a ter a seguinte letra, no inciso LXVIII do artigo 5º: *“Conceder-se-á Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.” (CFRB/88, ART.5º, INC, LXVIII.)*

Logo, nos momentos iniciais à persecução penal, bem como na fase executória, já poderia ser utilizada pelo paciente o remédio heroico, tanto pela iminência da lesão mesmo com aspecto distante, bem como na sua percepção mais próxima, na

manutenção da prisão por tempo superior, possuindo uma expansão de entendimento superior e mais ampla para este direito individual bem como para a presente Ação Heroica.

3. Conceituação

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

Com finalidade de garantir o direito de locomoção, de ir, vir e permanecer, o *writ*, encontra seu escopo legal amparado pela Carta Magna no artigo 5º, inciso LXVIII, regulamentado no Capítulo X, do Título II, do Livro III. Presente no rol, das garantias constitucionais, o Habeas Corpus, mesmo elencado no Código de Processo Penal, equiparado a um recurso, não se pode mensurá-lo somente a isso, haja vista, que tem sua natureza jurídica de ramo constitucional, sendo ação autônoma este.

Sendo uma ação popular pode ser ajuizada por qualquer pessoa sem necessidade que seja interposto diretamente por advogado, porém em contrapartida, há de se ressaltar a necessidade do profissional de direito, não devendo ser retirado o múnus, da presença do advogado quando ajuizar o remédio heroico, haja vista que, ainda que seja uma ação popular as questões pertinentes a serem apresentadas, bem como, o processualíssimo englobado na ação, trazem a necessidade de que a ação tenha como linha de frente profissional capaz para que, possa munir a Ação com os meios e “armas” adequados.

Como já mencionado, não se pode confundir tal instrumento autônomo com um recurso, ainda que presente no dispositivo processual penal, mesmo constando no artigo 648 do Código de Processo Penal, pode ser que é meramente exemplificativo, pois ainda que seja apresentado um rol, dado a natureza constitucional do Habeas Corpus, como também, seu embasamento envolto por uma garantia presente na Carta hierarquicamente superior ao Código, ganha força de Ação autônoma regida até mesmo por rito próprio.

Ato contínuo, se diferencia de um recurso em vários fatores, é cediço que por se tratar de liberdade de locomoção, torna-se um direito inerente ao ser humano, a liberdade, deste modo seria totalmente contrário à ideia de liberdade, caso o Habeas

Corpus, se igualasse a um recurso, tendo em vista que por natureza, um recurso é mais limitado, sendo processualmente delimitado, como também, vinculado a um prazo para ser interposto, o que não é o caso, quando se fala no Remédio Heroico, esta não só pode ser impetrada contra um ato de autoridade coatora sendo decisão ou não, como também, pode ser impetrada contra particular (nos casos de internação compulsória atestada por médico, exemplificando).

Existem muitas peculiaridades quanto ao conceito e natureza do Habeas Corpus, se tornando única, *sui generis*, o impetrante e o paciente se confundem, pois se tornam o mesmo, como também pode ser pessoas diferentes, na hipótese de ser impetrado por terceiro em nome do paciente, no seu polo passivo, encontra-se a autoridade coatora ou o particular coator (como visto no caso acima mencionado), que deste não se exige contestação, no máximo que, preste informações e ou, esclarecimentos, ressalta-se ainda que essas prestações só possuem vínculos obrigatórios nas suas definições, ou seja, tem a possibilidade de ser dispensada destes, porém, atribuído esta obrigação, em caso de falta, fica o coator sujeito a pena de falta funcional e até mesmo a prática de um crime.

É cediço, que o Habeas Corpus está, enraizado à Constituição Federal, mas não dispõe o mesmo, de um direito mas sim de uma garantia, apesar que etimologicamente possa-se encontrar sentido convergente, não se pode dizer, que são a mesma coisa, pois em essência e força quanto as normas, tem diferença, pois bem, tratando-se de um direito, este será mensurado de acordo com as possibilidades de quem é dever de garanti-lo, sendo quanto a sentido, declaratório, e enquanto garantia, versa-se sobre tema assecuratório, no primeiro o Estado de pronto reconhece a existência do direito, e disto, advém a norma, no segundo, a garantia, ela é diretamente instituída pelo Estado, não precedendo a norma que o criou. Porém em um panorama de teor mais amplo, o direito é uma garantia, como também a garantia é um direito, momento este, e tão somente que estes se confundem, não se tornando um, mas em algumas características, ao exemplo as mencionadas, se convergem.

Existe distinção entre as medidas cautelares que versem dos direitos individuais em específico a liberdade, elencadas na Codificação Processual Penal, e o instituto do Habeas Corpus, que é a defesa legal contra ato inconstitucional, que venha de ato coator ilegal, sendo um procedimento mais célere, constando da apresentação do

paciente para a competente autoridade judiciária, fugindo de quaisquer formalismos, sendo tão somente no ato de apresentação, a exposição argumentativa dos fatos, onde o juiz julgará rapidamente o fato, analisando, as questões pertinentes que norteiam o procedimento do Habeas Corpus.

Ressalta-se ainda, que não mais precisa-se “apresentar o corpo”, em regra, porém continua o juiz a analisar se houve ilegalidade coação constringentes à liberdade. Desde a origem do Habeas Corpus, percebe-se que está ação heroica, possuiu diversas ordens, de mesmo entendimento compactua o nobre doutrinador Pontes Miranda:

- “a) *habeas corpus ad respondendum*: expedie-se quando uma pessoa se encontra presa por ordem de tribunal inferior, com o fito de transferi-la para local sob competência de tribunal superior, onde deverá ser ajuizada a ação;
- b) *habeas corpus ad satisfaciendum*: busca assegurar a transferência de um preso, submetido a julgamento por determinada corte, para que se assegure a execução do julgado por outro juízo;
- c) *habeas corpus ad prosequendum*: utiliza-se para remover o preso para local de competência do juízo onde foi cometido o crime, para que seja julgado;
- d) *habeas corpus ad testificandum*: a finalidade é levar uma pessoa sob custódia para ser ouvida como testemunha;
- e) *habeas corpus ad faciendum et recipiendum*: obriga-se os juízes inferiores a apresentar a pessoa do acusado, comunicando quando foi detido e o motivo;
- f) *habeas corpus ad subjiciendum*: destinado a quem detenha outra pessoa, obrigando o detentor a apresentá-la ao juiz, comunicando data, hora e motivo da prisão.” **(História e prática do habeas corpus, 41-42. MIRANDA Pontes).**

Lado outro, é válido ressaltar que, tanto a propositura da ação quanto ao seu conhecimento, independe da máquina judiciária ser acionada, podendo até mesmo ser reconhecido a hipótese de ofício, ou até mesmo, proposta por terceiro, desde que cumprido os requisitos iniciais para impetração da ação, como supramencionado, a pessoa do impetrante pode se confundir ou não, podendo o próprio paciente ser o impetrante, ou um terceiro assistir o paciente, se tornando a pessoa impetrante.

Outra peculiaridade desta ação, é a figura do Habeas Corpus coletivo, na hipótese de, ao exemplo, lei inconstitucional que fere o direito individual lesando o coletivo, *in loco* o direito à liberdade, vejamos, em 23.02.2006, o plenário do Supremo

Tribunal Federal, julgou o Habeas Corpus nº.82.959-7/SP, decidindo que, o artigo 2º, §1, da lei nº8.072/90, padecida de vício de inconstitucionalidade, ao vedar a progressão de regime prisional para condenados em crimes hediondos. Se tratando de preceito de ordem constitucional, este foi externalizado na lei de Execução Penal, pois, ao partimos da linha de raciocínio que a função do direito penal quanto do Processo Penal, é ou deveria ser, garantir a utopia de se não precisar mais dos mesmos, ou seja, atingir um nível em que não seria mais necessário que cumprissem seu papel, tão importante, de ressocializar aqueles que cometem atitudes antissociais, afastando-os da sociedade, e os reconduzindo de volta às ideias sociais do bom convívio (leia-se aqueles que respeitam as leis).

Conforme exarado pelo doutrinador Alberto Silva Franco, quando denomina a lei 8.072/90, como lei hedionda, chamando está assim pois na sua concepção estaria pior que os crimes que enumera. Dito isto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do supramencionado artigo, bem como de seu parágrafo primeiro, vem conforme alinhado a ementa do HC nº 82.959-7/SP, seguiria na contramão, dos princípios e preceitos constitucionais por, evadir aqueles que acometem crimes hediondos, do direito a progressão do regime de pena, qual permaneceu o entendimento pela inteligência daqueles quais proferiram seus votos, nas linhas que seria uma medida descabida, a vedação ao direito de progressão de regime, sendo que existem outros fatores e requisitos para a concessão do mesmo, lembrando que, mesmo com o direito a progressão, são levados em conta outros fatores, pra a concessão do mesmo a que detém tal direito.

Em seu voto, o nobre ministro CARLOS AYRES BRITTO, versou que:

Se é assim – vale dizer, se a Constituição mesma parece conferir à execução das penalidades em foco uma paralela função de reabilitação individual, na perspectiva de um saneado retorno do apenado à vida societária, esse mister reeducativo é de ser desempenhado pelo esforço conjunto da pessoa encarcerada e do Estado carcereiro. Esforço conjunto que há de se dar segundo pautas adrede fixadas naquilo que é o próprio cerne do regime que a lei designa como de execuções penais (lei federal nº 8.072/90). Um regime necessariamente concebido para fazer da efetiva constrição da liberdade topográfica de ir e vir um mecanismo tão eficiente no plano do castigo mesmo

quanto no aspecto regenerador que a ela é consubstancial.” (HC nº 82.959-7/SP, p.706).

Desta forma, reconhece-se que, mesmo se tratando de incidente de inconstitucionalidade, há de se reconhecer que, seu efeito é *erga omnes*, ou seja, atingirá a todos que se encontram em situação de encarceramento, ademais, tiveram lesado seu direito à progressão de regime, por virtude de lei devidamente dita como à margem da Constituição Federal.

Em linhas gerais, o Habeas Corpus coletivo, tem sua força na natureza pertinente ao que se discute, como observado, não diretamente falando no direito à liberdade, mas em caso de apenamento, se o constrangimento ilegal ou a coação se deriva de questão de ordem pública, específico lei ordinária que contenha dispositivo incompatível com ordenamento constitucional, reconhecido o trecho ou parte divergente, por meio do instituto do Habeas Corpus, expande seu efeito a todos que estão em situação dos citados constrangimentos ou coações ilegais.

3.2 ESPÉCIES

No longo caminho percorrido pelo o Instituto do Habeas Corpus, o remédio heroico já teve várias espécies, como abordado em momentos pretéritos. Hoje o ordenamento aceita em especial, somente algumas modalidades, quais sejam, seja com a finalidade de inibir uma possível e futura coação ou constrangimento ilegal, que se demonstra em um futuro incerto, mas decorre de uma soma de fatores quais ensejam ao possível paciente, através do instrumento constitucional resguardar seu direito de locomoção, ou no caso de já se encontrar recluso junto aos órgãos e entidades competentes de cercear o direito in loco, seja nas modalidades de prisões cautelares, flagrantes ou já em fase de execução caso o apenado tenha seu direito à locomoção inibido ou restringido de forma ilegal.

A primeira espécie se refere ao Habeas Corpus preventivo, em situação de ameaça e perigo latente a liberdade, o indivíduo que estiver em situação que seja

possível identificar a ameaça aduzida nas linhas da coação e constrangimento ilegal. Preleciona o doutrinador Edílson Mougenot Bonfim sobre a matéria:

*Será preventivo quando sua finalidade for afastar o constrangimento à liberdade antes mesmo de se consumar. Baseia-se, portanto, na iminência da violência ou coação ilegal e na possibilidade próxima da restrição da liberdade individual. Caso seja admitido, será expedido um salvo-conduto a favor daquele que tem ameaçado sua liberdade de ir e vir. No entanto, se houver mandado de prisão expedido e não cumprido, o impetrante deve requerer no pedido do habeas corpus a expedição do contramandado de prisão, e não o salvo-conduto. Tal hipótese gera certa dúvida na doutrina, existindo posicionamento no sentido de ser o habeas corpus repressivo, uma vez que o ato coator já estaria devidamente formalizado. (BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. SP, 2006. p.740).*

Em suma, admite-se Habeas Corpus, como meio preventivo, inibindo a coação ou constrangimento legal antes mesmo que aconteça, ou seja, não existe ainda um fato consumado ensejador do instrumento, mas sim preliminares quais, são o suficiente para a impetração da Ação.

O doutrinador Guilherme de Souza, exemplifica em sua obra, alguns casos em que existe cabimento do Habeas corpus preventivo:

- a) indiciamento: antes de ser formalmente apontado pela autoridade policial, como autor do delito, inscrevendo-se tais dados em sua folha de antecedentes, o suspeito pode impetrar *habeas corpus* preventivo, visando a obstar que tal ato se concretize, evitando-se os dissabores que daí podem advir;
- b) quando indiciado por um crime, o suspeito tem direito de acompanhar a direção tomada das investigações por meio de seu defensor; conforme o rumo tomado, pode impetrar *habeas corpus* para evitar que seja quebrado o seu sigilo bancário, fiscal ou telefônico;
- c) o indiciado pode questionar preventivamente a ordem da autoridade policial, quando intimado para participar da reconstituição do crime, evitando que seja conduzido coercitivamente ao local; **(SOUZA Guilherme, Habeas Corpus, 2017, p.30)**

Ainda assim, vale ressaltar que mesmo se tratando de prevenção contra um ato futuro e incerto é necessário o mínimo de indicio configurador da ameaça, sendo visto, como existência de direito líquido e certo. Concedido o Habeas Corpus, será expedido salvo-conduto, em favor do paciente proibindo que a autoridade qualificada como impetrada, se abstenha de proceder com atos que visem cercear ilegalmente a liberdade do paciente.

Diferentemente do preventivo, o Habeas Corpus libertário ou repressivo, visa reprimir coação ou constrangimento ilegal já consumado, visando estabelecer a liberdade do paciente ao estado anterior, pode ser requerido através do instrumento pertinente, ou concedido de ofício pelo Juiz ou pelo Tribunal. Concedido da ordem de Habeas Corpus, acarreta na expedição de alvará de soltura, retornado ao indivíduo seu status quo, quais sejam, a liberdade.

4. HABEAS CORPUS NA EXECUÇÃO PENAL

É cediço que, o processo penal em sua aplicabilidade possui várias fases, desde o início da persecução penal, até mesmo à execução penal. Esta fase, se consubstancia na aplicação da pena ao condenado sendo ela, regida pela Lei de execução Penal Lei nº 7.210/1984, no qual muito além do caráter administrativo, qualquer que seja, a prisão, não é apenas essa a finalidade da mesma, tendo em seu meio vários mecanismos, visando a ressocialização do indivíduo em que tenha sua liberdade cerceada.

Nisto apesar da lei, prever vários mecanismos para que a pena, seja regida pelos princípios norteadores constitucionais, em relação a liberdade e aos direitos humanos, ainda é verificado abusos e ilegalidades, ocasionadas por atos magistras, bem como, por autoridades a pena relacionados.

Consoantemente, a prestação jurisdicional fica carregada de vícios, que comprometem o bom andamento da execução, que além de muitas vezes privar o réu preso de direitos líquidos e certos, por diversos, deixa de lado o caráter socializador da pena, atribuindo a ela tão somente o caráter punitivo, e por intermédio disso, cria

uma problemática muito maior que, quando o Estado não cumpre de forma legítima, observando as determinações os preceitos legais e jurídicos anteriormente estabelecidos, cria um estado de coação e ilegalidade, passível dos meios, “armas”, à disposição do apenado quais sejam, os recursos presentes do Código de Processo Penal, ou até mesmo uma justa causa para impetração de Habeas Corpus.

4.1 DOS PRINCÍPIOS

Nesta ceara de princípios basilares da Execução Penal, podemos citar alguns em especial, como o previsto no artigo 2º da lei de 7.210/84, que tratou especialmente da jurisdição dos juízes, dito isto, percebe-se que ainda que a fase da execução, por menores, se diferencie das outras fases penais, ainda prevalece o princípio da jurisdição.

Desta forma, entende-se que a jurisdição, é o meio por qual o Estado em sua atividade jurisdicional, aplica de fato o direito, logo presume-se, que o ato jurisdicional, é regido por uma série de atos que caminham de forma ordenada até enfim a devida prestação Jurisdicional. Assim também preceitua o doutrinador Fernando Capez em sua obra. **(CAPEZ, 2011, p. 17)**.

Nos artigos iniciais da lei conforme supracitado, ainda se verifica, a presença de outros princípios, como por exemplo, o princípio da legalidade, este, consubstanciado nos artigos 2º e 3º da Lei de execução Penal, que basicamente as decisões tomadas pelas autoridades administrativas, leia-se autoridades das entidades prisionais, bem como, as autoridades judiciais, não poderão tomar atitudes que não sejam cobertas pelo escopo legal competente. Dando margem para que, ainda que esteja transitado em julgado a devida ação penal, os tramites ocorridos na fase de execução deverão respeitar os preceitos e os dispostos na lei de execução. Nas mesmas linhas, entende-se que as autoridades das entidades prisionais, derivam do meio administrativo, dito isto, escora-se também no princípio da legalidade, pois o ente administrativo não é um ente de vontade própria, qual poderia tomar decisões a esmo, mas sim, devem tanto se pautar pela legalidade, quanto a observar os mesmos princípios regidos pela Lei de execução, que os magistrados observam.

Preceitua o Professor Hely Lopes Meireles:

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'. **(MEIRELES, Lopes, Hely 1991, p. 78).**

De igual modo, a Lei executória, absorveu os princípios do processo penal como também os princípios constitucionais, e não seria estranho quando se pensa em execução penal, a lei ter em seu texto o princípio da igualdade, basicamente não poderá haver diferenciação de pena, por virtude de raça, por causa de sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Claro, que não poderia inserir tal princípio sem observar os adendos, quais sejam, a equidade, não podendo ser vista como mera isonomia formal, pois deve respeitar também as peculiaridades de cada grupo, em complemento sobre o tema versa o doutrinador Fernando Capez:

Trata-se de princípio constitucional que atua em todas as áreas do relacionamento indivíduo-indivíduo e indivíduo-Estado. O princípio da igualdade jurisdicional compreende: a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, da CF); a inexistência de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF); a consagração do Juiz Natural, pois ninguém será processado sem ser julgado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, da CF); a indeclinabilidade da prestação jurisdicional a qualquer pessoa (art. 5º, XXXV, da CF); a garantia de qualquer pessoa ao processo legal, em caso de privação da liberdade (art. 5º, LIV, da CF); o tratamento isonômico que o Juiz deve dispensar às partes integrantes da relação jurídico-processual. **Fernando Capez (2011, p.18-19).**

Apesar de já existir uma sentença, esta não purga que os próximos atos atinentes a execução, sejam atos unilaterais, desprovidos de contraditório. Este, foi absorvido também pela legislação executória, sendo todos os atos, sejam punitivos ou não, precisando haver o contraditório para serem validos.

Presente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Portanto, fica evidente, mais com viés obrigatório dado a natureza constitucional bem como sua existência em âmbito de lei ordinária, que a presença do contraditório na execução, resta mais que imprescindível, seja nos atos administrativos, ou nos atos executórios da pena, advindas pelos magistrados competentes.

De igual modo, a existência do princípio da ampla defesa, andando ao lado do princípio do contraditório, mantendo a finalidade do entendimento, que mesmo na execução situações litigiosas devem passar por um processo, para que seja dado o parecer e posterior possível punição, não podendo as autoridades judiciais e prisionais, se esquivarem destes preceitos.

Expressamente vedado pela Constituição Federal, o artigo 5º em seu inciso LXVII, traz à tona, as modalidades de penas que, não poderão ser aplicadas, quais sejam, a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, trabalho forçado, de banimento e cruéis. Tal sistemática, alude ao princípio da humanização da pena, que deverá ser aplicada utilizando-se os preceitos mínimos quando se fala em humanidade.

Tal vedação, deriva do entendimento do meio jurídico que, na atual conjuntura social, seria incabível a aplicação das penas elencadas no supracitado inciso, desta forma, somados a declaração de direitos humanos bem como, o pacto de São José da Costa Rica, quais o ordenamento jurídico é signatário, visando garantir e preservar a dignidade da pessoa humana dos apenados, esses foram banidas.

Nisto, a execução é pautada de regramento e princípios que norteiam para que ocorra de forma que, o apenado possa cumprir sua pena, sem que a perda de seus direitos essenciais garantidos tanto pela Constituição quanto pela lei ordinária executória, nota-se ainda princípios como o da publicidade e da proporcionalidade, o primeiro garante que todos os atos advindos pelos magistrados bem como, os atos dos entes administrativos prisionais e a eles relacionados, sejam públicos, e esta somente poderá ser limitada em virtude de defesa da intimidade do sentenciado ou interesse social pertinente, este, garantido por lei Constitucional, artigo 5º inciso LXI, a garantia da publicidade dos atos, garante muito além da transparência, aduz

também garantia de imparcialidade, autoridade e responsabilização do ato, em caso de verificada ilegalidade. E nesta diapasão é válido ressaltar, o artigo 198 da Lei 7.210/84, que é defeso aos entes das organizações prisionais a publicidade de ocorrências que perturbem a segurança dos estabelecimentos, como também venham a expor o preso à importunos imotivados durante o cumprimento da pena.

E por fim, da proporcionalidade da pena, é cediço que esta deriva do trânsito em julgado, definindo a pena, com base em todos os regramentos processuais penais e constitucionais, a fim de dirimir o apenamento, de forma de que seja ele, dentro dos parâmetros legais da proporcionalidade, nisto ninguém deverá permanecer preso por mais tempo que o definido ou receber uma pena maior que deveria. Apesar deste princípio ser de base para sentença, é possível sua observação na execução, senão vejamos, no que tange por exemplo, a progressão de regime de pena, a proibição ou postergamento deste de forma imotivada, e sendo ela prevista tanto em lei quanto na sentença, o magistrado simplesmente proibir tal direito ao apenado, por analogia, temos que o preso está cumprindo a pena de forma irregular e além do que foi estabelecido, sendo obrigado não por lei, a cumprir pena em um regime mais gravoso do que deveria, sendo isso incompatível com o princípio da proporcionalidade, sendo possível ainda a impetração de Habeas Corpus, por se tratar de clara e evidente coação e constrangimento ilegal.

4.2 CABIMENTO

A possibilidade da impetração de Habeas Corpus em sede de execução da pena, além dos requisitos essenciais próprios do remédio constitucional, é necessário observar outras situações além dessas, vejamos, o Habeas Corpus, depende da existência de um direito líquido e certo, uma justa causa e que determinado agente mediante coação ou constrangimento ilegal cerceie o direito de ir, vir e permanecer do paciente, entende-se como determinado agente, aquele que detém o poder de cercear a liberdade, mas o faz pautado na ilegalidade.

De mesmo modo, ainda que seja possível sua impetração não são todos os casos mesmo que verse sobre liberdade ou a ela conexo, não é pacífico o

entendimento dos tribunais, muito menos pacificado o tema em sede do Superior Tribunal Federal.

A complexidade do tema, deriva de duas principais correntes, a primeira deriva do entendimento que, entende-se em relação a hierarquia das leis, todas estão abaixo da Carta Magna, e a simples presença de direito nela, em tese, sobrepõe a qualquer outro.

Nisto, dessa corrente observa-se que, a impetração de habeas Corpus sobrepõe quaisquer legislações ordinárias, pois se encontra no topo das leis, e mesmo na existência de recurso próprio em sede de execução, este não obsta ou ao menos não deveria impedir a impetração do Remédio Heroico.

O que se extrai da jurisprudência, tem sido nas linhas de o conhecimento do recurso tem sido negado, caso seja possível que a situação que originou a coação ou constrangimento ilegal, possa ser verificada com o recurso de Agravo em execução, porém o não conhecimento do *writ*, não impede que seja concedido de ofício a ordem de Habeas Corpus.

O Habeas Corpus nº 1.01045.17.001981-7/001, dirime bem o assunto, vejamos:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - PEDIDO NÃO APRECIADO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - HABEAS CORPUS DE OFÍCIO - PROGRESSÃO DE REGIME - DATA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS - MARCO TEMPORAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. Não havendo decisão pelo Juízo "a quo" quanto ao pedido de retificação do atestado de penas, não há como decidir, em sede de agravo, este pleito, sob pena de incorrer em supressão de instância. **Em habeas corpus de ofício, reconheço que dever-se-á considerar a data do efetivo preenchimento dos referidos requisitos como marco temporal para a concessão de futuros benefícios na execução penal, porque o reeducando estava recolhido ao cárcere à disposição da justiça, não podendo ser onerado a arcar com o prejuízo a que não deu causa. Não conhecimento do recurso, com a concessão de habeas corpus de ofício, são medidas que se impõem. (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0145.17.001981-7/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/08/2020, publicação da súmula em 13/08/2020) (grifei)**

Lado outro, a segunda corrente, se opõe a primeira, pois entende que o *writ* é sim absoluto porém seu conhecimento inibição e restauração ao status quo, quais

sejam, dentro das liberdades e questões a ela relacionadas, no que tange a execução da pena, deverão respeitar algo equiparado a ordem das instâncias, novamente volta-se às questões que poderiam ser analisadas pelo Agravo de execução, o diferencial é que não se conhece do recurso e nem se concede a ordem de ofício, o entendimento que prevalece nesta é por questões de análise materiais objeto que deverão ser apreciadas na própria fase executiva da pena, não poderiam elas ser apreciadas por meio da impetração de Habeas corpus, lembrando que podem e devem ser esclarecidas e sanadas pela interposição do Agravo em Execução.

Vejamos o Habeas Corpus:

EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. **INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.** [...]” 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, **a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.** [...] (STJ, HC 125770 de 25/10/2016, DJe 05-09-2017) (grifei)

Tem prevalecido entre os tribunais nacionais, a prevalência do recurso próprio, qual seja, o Agravo em Execução, não como forma de suprimir ou defasar a Ação autônoma de impugnação a liberdade, Habeas Corpus, mas sim como forma a legislação ordinária, haja vista, não purga a concessão da ordem, mas sim de seu conhecimento ou cabimento perante os Tribunais competentes.

Nos casos em tela, não se discute mais o cabimento ou não do Habeas Corpus, mais sim questões correlatas a correta adequação da via eleita, bem como, o esgotamento dos meios imperativos das instâncias prévias aos tribunais, afim de dirimir questões, quais sejam, ensejadoras de Habeas Corpus, que a justa causa (coação/constrangimento ilegal), seja feita ou atribuída por um ato processual sanável, atribuindo ao meio jurisdicional uma visão mais processualista do que garantista.

Porém, não há o que se dizer em, não prestação jurisdicional do Habeas Corpus, pois como reiteradas vezes mencionado, a concessão da ordem de Habeas Corpus se opõe a quaisquer, outros mecanismos, sendo, portanto, concedida a ordem mesmo de ofício, em situações de clara e evidente irregularidade no cercear da liberdade. Nisto, diante da natureza do writ e dos mecanismos presente na lei

executória, que se questiona quanto ao seu cabimento, claro que não se pode dizer que a mera resistência dos tribunais a sua impetração sem prévio esgotamento de instância, por si só, seria quase que tacitamente, entendido como, não havendo cabimento do Habeas Corpus em sede de execução, nisto, a discussão deveria incorrer dentro dos parâmetros constitucionais, ou seja, seu cabimento deve ou ao menos deveria, ser possível ainda que se tenha possibilidade de agravar a execução.

Lado outro, também se verifica decisões que corroboram com o entendimento que, havendo cerceamento irregular da liberdade mesmo em face da execução, é perfeitamente cabível a impetração do writ. Vejamos, o Habeas Corpus de nº **78.859/MG**, o presente analisa a possibilidade de progressão de regime de pena, através da impetração do writ, em sede de instância própria para requerer a progressão de regime, foi indeferido o pedido pelo Juízo a quo, o impetrante antes de apresentar o recurso, que dispõe o Código processual Penal, qual seja, o Agravo em execução, impetrou Habeas Corpus, perante o Tribunal Estadual, sob a tese de supressão de instância, entendimento este supramencionado, conforme ementa extraída do julgado já citado, em folhas 57, vê-se:

“HABEAS CORPUS”. PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO. PEDIDO NÃO ANAISADO PELO JUÍZO “A QUO”. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

INCABIVEL A IMPETRAÇÃO DE “HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. MATÉRIA AFETA À EXECUÇÃO PENAL. CABÍVEL A INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 197 DA LEP. SÚMULA N.50 DO GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS DESTE TRIBUNAL. “HABEAS CORPUS” NÃO CONHECIDO.

A decisão da 2ª instância reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, cria uma situação em que apesar do entendimento de que a análise de questões afetas a execução, mesmo que ensejadoras de Habeas Corpus, devem ser em primeiro analisadas pelo competente Agravo em execução, porém como se extrai da retro decisão, qual o STJ reformou, determinado que o juízo proceda com a análise do mérito do Habeas Corpus em prima impetrado, não podendo se escusar sob argumento de supressão de instância, ainda que não concedesse a ordem diretamente, determinou que o Tribunal Estadual examine-se o mérito, vejamos:

Aponta que: [...] "Conforme o julgamento do HC 211.453 SP realizado pelo Superior Tribunal de Justiça e precedentes desta mesma corte, foi provido por UNANIMIDADE o Habeas Corpus em comento para determinar a progressão do regime semiaberto ao aberto sem cumprimento de 1/6 da pena previsto pelo artigo 37 da LEP, que se entende ser exigido apenas em relação a progressão de regime fechado para semiaberto, e não relação a semiaberto para aberto" (e-STJ fl. 73). Alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, **tendo em vista que o Tribunal a quo não conheceu do habeas corpus sob fundamento de que o recurso cabível contra a decisão que indeferiu a progressão de regime seria o agravo em execução.** Aduz que o regime aberto é disciplinado pelos artigos 35 e 36, neles não se encontrando exigência para o cumprimento mínimo de 1/6 da pena pelo réu. Razão pela qual preenchendo o apenado os requisitos subjetivos como bom comportamento carcerário e demonstrando a capacidade de trabalhar externamente sem supervisão e não oferecendo risco à sociedade ou à ordem pública. Requer seja dado provimento ao recurso para que seja concedida a ordem de habeas corpus ao paciente em epígrafe a fim de que seja determinada a progressão de seu regime para o aberto. O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso, sob os seguintes argumentos (e-STJ fls. 98/101): Como se observa, a impetração originária não foi conhecida pelo Tribunal a quo pela inadequação da via eleita, registrando o acórdão recorrido que a decisão monocrática negou a progressão ao regime aberto pela ausência de cumprimento do requisito temporal objetivo (o apenado somente alcançará o marco temporal para a progressão de regime em 19/01/2018) (e-STJ fls. 48 e 62), não sendo sequer analisados os requisitos subjetivos. **Dessa forma, tendo em vista que o Tribunal a quo não apreciou o pleito do recorrente, inviável a análise meritória nessa E. Corte, sob pena de indevida supressão de instância.** Ademais, destaca-se que, conforme as informações prestadas pelo Juízo de Primeiro Grau, o recorrente somente alcançará o marco temporal para a progressão de regime em 19/01/2018 (e-STJ fls. 48), razão pela qual não se afigura a existência de constrangimento ilegal. É o relatório. Decido. De plano, observo que o Tribunal de origem não analisou a questão posta nos autos (progressão de regime), conforme se verifica da fundamentação do voto do Relator (e-STJ fls. 63/64): Com efeito, em relação ao paciente João Carlos da Silva (autos de n.º 066198-9), a dita autoridade coatora, informou, também, que não houve nenhum pedido de progressão de regime (informações de fls. 51/52), pelo que, a análise do pedido exordial, nesta sede, importaria em indevida supressão de instância, eis que a questão ainda não foi analisada pelo d. Juízo de Primeiro Grau. Destarte, seria supressão de instância examinar o pedido acostado aos autos de n.º 16.066198-9, consistente na progressão de regime, na conformidade da orientação jurisprudencial, tenho por incabível o conhecimento da pretensão deduzida na inicial." [...]

A decisão se manteve nas linhas já exaradas pelo STJ, nos termos de, o Habeas Corpus antes do Agravo em Execução, seria inviável a impetração anterior ao Agravo, contudo se firma nas linhas, de patente Constrangimento ilegal, não seria correto não apreciar o mérito, elencado ao Habeas Corpus impetrado, nisto, o STJ

reformou a decisão do Tribunal estadual, concedendo a ordem para o writ, para que o tribunal a quo examine o mérito e não se escuse disso, nota-se que não analisou a questão correlata, qual seja, a progressão de regime, mas sim a omissão do Tribunal “ a quo” em apreciar o mérito, não conhecendo de pleito o HC. Vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. EFEITO INTERRUPTIVO PARA FINS DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO, POR INADEQUAÇÃO DA VIA. QUESTÃO DE DIREITO, DESNECESSIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. 1. **Tendo em vista que a questão de fundo não foi examinada pelo Tribunal de 2º Grau, não pode esta Corte Superior apreciá-la, diretamente, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.** 2. **Por outro lado, verifica-se o constrangimento ilegal, em razão da não apreciação da questão pelo Tribunal de origem, em face da desnecessidade, na espécie, de qualquer incursão na seara fático-probatória dos autos, na medida em que se trata de questão de direito, concernente ao exame da tese de constrangimento ilegal em virtude do efeito interruptivo do lapso temporal para fins de livramento condicional, decorrente da prática de falta grave.** 3. **É bem verdade que o STJ não mais tem admitido a impetração de habeas corpus, quando substitutivo de recursos próprios. Todavia, tal posicionamento não tem o condão subtrair do magistrado a verificação quanto à existência de ilegalidade flagrante, caso em que deverá conceder habeas corpus de ofício. Inteligência do art. 654, § 2º, do CPP. Precedentes.** 4. **Recurso provido para determinar que o Tribunal de origem aprecie o mérito do habeas corpus originário, como entender de direito. (grifei).**

A Constituição prevalecerá acima de quaisquer outras leis ordinárias, quaisquer regramentos processuais, se tratando de direito disposto diretamente na Carta Magna, não há nada a se escusar, do múnus de defender e apreciar um direito com tutela jurisdicional, quase que, especial, diferenciada, pois se tratam de direitos que a sociedade, o legislador, entenderam ser, indispensáveis que em nenhuma hipótese devem ser cerceados, mediante atos ilegais e indevidamente constrangedores.

Nisto, a concessão da ordem, ainda depende da verificação do constrangimento ou ato ilegal ensejador de HC, em sede de execução, não há possibilidade de haver Habeas Corpus prévio ao recurso próprio, pois o entendimento que prevalece entre os tribunais, é que a supressão de instancia, insta

vício processual, logo seu cabimento a princípio não é possível sem antes previa análise em juízo a quo, pois em sede de HC não é possível análise de matéria fática, apenas mérito, logo não é possível apreciação de provas que não foram introduzidas no ato de impetração.

Considerado um procedimento célere, o entendimento de não conhecimento da Ação autônoma por inadequação da via eleita, supressão de instância, não deve prevalecer, pois, a primeiro momento o HC para sua impetração, depende da existência de coação ou constrangimento ilegal à liberdade de alguém ou de outrem, em segundo já na impetração constituir devidamente as provas necessárias para a configuração da coação, porém em sede de execução, existe um recurso para sanar vícios omissões erros e etc., na fase executória da pena.

Porém, conforme depreende-se do HC 211.453, exarado acima, em patente coação, constrangimento ilegal, seu cabimento se torna inescusável, tornando a análise do mérito, obrigatório, conforme se vê em ordem concedida de ofício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Habeas Corpus é uma ação autônoma subordinada somente a Constituição Federal e a seus próprios requisitos, não sendo limitada por nenhuma lei ordinária ou a ela subordinando-se. Não se trata somente de um meio de inibir, coibir, constrangimentos ou ilegal cerceamento à liberdade de um indivíduo, como também, é um mecanismo constitucional de fazer valer a garantia presente na Constituição, qual seja, a liberdade.

Consoantemente, levando-se em conta este pensamento, por analogia, o cabimento do Habeas Corpus na Execução Penal, seria um entendimento quase que tácito, quando passe-se a análise da Ação autônoma, bem como, sua respectiva função, a coibição de sua impetração seria quase que contraditório, ao objetivo a ela elencado. Ainda que os tribunais superiores, estejam tendentes a recomendação de apreciação do Agravo em Execução anterior ao Habeas Corpus, este não deve ou não deveria obstar tanto a impetração quanto ao conhecimento da Ação, pois, ao negar conhecer do Habeas Corpus, sob argumentação de supressão de instância, como outrora demonstrado, não seria diferente, de não conhecer um recurso, por ser ele usado em momento inoportuno, porém, cria uma situação complicada, equiparando o Habeas Corpus a um mero recurso foge tanto de sua finalidade, quanto de sua forma.

Desta forma, deveriam os tribunais conhecer e julgar o mérito de um Habeas Corpus, respeitando as peculiaridades de sua impetração, sendo por exemplo, improprio aos competentes julgadores, conhecer do Habeas Corpus, sem prova produzida anteriormente, pois não se trata devidamente de um processo de conhecimento, mas sim de análise da irregularidade e posterior julgamento. Em sede de execução da pena, sendo presente a coação e constrangimento ilegal por parte da autoridade legal, seguindo os tramites legais do Habeas Corpus, deverá o impetrante, impetrar a Ação com as devidas provas que constituirá sua peça.

A escusa dos tribunais, de conhecer Habeas Corpus na execução, deve ser analisada com mais cautela, pois, não se trata de mero dissabor e sim de algo tutelado jurisdicionalmente, tanto o seu cerceamento quanto o seu livramento. A liberdade, e como reiterado por diversos neste trabalho, a força Constitucional atribuída ao Habeas

Corpus, deveria ser mais que suficiente, para fugir de processualíssimos, ademais, adentrar ao judiciário, mesmo que exista recurso próprio para a fase executiva da pena. Por fim, conhecer da ação e julgar seu mérito, é garantir a mais lidima justiça.

REFERÊNCIAS

(SOUZA Guilherme, Habeas Corpus,2017, editora forense p.30)”

____ *o História e prática do habeas corpus (direito constitucional e processual comparado).*

____ (STJ, HC 125770 de 25/10/2016, DJe 05-09-2017

____ TJMG - **Agravo em Execução Penal** 1.0145.17.001981-7/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/08/2020, publicação da súmula em 13/08/2020

4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961. 41-42p.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. 49p.

Artigo 1.º,

BONFIM, Edílson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. SP, 2006. p.7).

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 19p.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 17p.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM,1948.

Habeas Corpus de nº **78.859/MG**, tjmg,2016

HC 211.453 STJ,2011.

HC nº 82.959-7/SP, STF, 2008.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. Revista Ágora, Vitória/ES, nº. 7, 2008, 04p.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1991. 78p.

MIRANDA, Pontes. **História e prática do habeas corpus**,1962, 41-42.

