

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Gustavo Noronha de Avila, Nestor Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-196-8

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade de Brasília (UnB) entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, consolidou-se a cisão entre os

Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, haja vista a diferença de objetos entre eles, malgrado a instrumentalidade deste para com aquele. Contudo, não se abandonou a visão constitucional, que deve ser o norte de ambos.

No dia dedicado à apresentação dos artigos no GT de Processo Penal e Constituição, compareceram os autores dos 19 trabalhos aprovados, e que ora fazem

parte dos presentes anais. A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. Aliás, o número relativamente pequeno de artigos aprovados, se comparados a outros eventos organizados pelo Conpedi, fez com que o debate fosse altamente incentivado e privilegiado, possibilitando o intercâmbio de pensamentos, de discussões e de oitiva de posicionamentos contrapostos, dentro do espírito livre que deve ser preservado na academia.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados manteve-se na seguinte ordem: processo penal constitucional (6 trabalhos); relações entre direito processual penal

direito processual civil (2 trabalhos); relações entre o direito penal e o direito processual penal (3 trabalhos); investigação criminal (3 trabalhos); e provas no processo penal (5 trabalhos). A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal e da imediata atualização do Código de Processo Penal. Entretanto, alguns poucos trabalhos flertaram perigosamente com a relativização de princípios processuais penais, bem como com o afastamento do sistema acusatório, o que não deixa de ser preocupante em um momento de total autoritarismo processual penal, com o qual a Universidade não pode compactuar.

É certo que o papel persecutório estatal deve ter como premissa a Constituição Federal e os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, sem deixar de considerar o igual

protagonismo da tutela das liberdades individuais. O debate nacional que envolve a tensão entre segurança pública e liberdades individuais não pode deixar de ter seu foco no indivíduo e nos direitos e garantias consolidados no texto constitucional.

Aqui vale a lembrança do que foi exposto no prefácio da obra organizada neste GT, por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Belo Horizonte em 2015: “Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construírem um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos”.

E vale acrescentar: nunca contra a Constituição Federal, nunca se esquecendo dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, mas sempre de braços dados

com ela.

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos de Resende (Universidade de Brasília – UnB)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (UNICESUMAR)

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza -

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO: UM QUESTIONAMENTO CONSTANTE

SUBSTITUTE HABEAS CORPUS: A CURRENT MATTER

Marciley Boldrini da Silva ¹
João Guilherme Gualberto Torres ²

Resumo

A história do habeas corpus no Brasil é permeada por alterações legislativas e sensíveis mudanças jurisprudenciais. O julgamento dos HC's ns. 108.715/RJ e 109.956/PR promoveu severa inversão quanto ao entendimento sobre o HC substitutivo, restringindo-o ao máximo. É possível, no entanto, observar uma atitude acanhada de alguns Ministros da Suprema Corte no sentido de conferir ao instituto secular a abrangência necessária para obstar o cometimento de ilegalidades e de abuso de direito quando em risco o direito de locomoção do indivíduo. O Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal confirma que o questionamento é, ainda, atual e importante.

Palavras-chave: Habeas corpus substitutivo, Supremo tribunal federal, Jurisprudência, Novo código de processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

The history of habeas corpus in Brazil is marked by legislative modifications and jurisprudence interpretations. The judgment of HC 108.715/RJ and HC 109.956/PR promoted a severe alteration in the comprehension about substitute HC, which restricted it. However it's possible to observe a diffident attitude of some Supreme Court judges in giving the secular institute the necessary extent to prevent unlawful acts when the individual's freedom of movement is at risk. The New Brazilian Criminal Procedure Code Project proves that the matter is still present and important.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Substitute habeas corpus, Brazilian supreme court, Jurisprudence, New brazilian criminal procedure code

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduada em Direito Público pela Uniasselvi. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Servidora do Ministério Público da União.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.

INTRODUÇÃO

Nenhuma das garantias constitucionais é tão antiga e importante quanto o *habeas corpus*, apto a tutelar dos bens mais caros ao ser humano: a liberdade. Talvez, por isso, esta ação autônoma de impugnação, sem perder sua essência, tenha sofrido alterações legislativas e jurisprudenciais ao longo do tempo.

Essa guinada no tratamento dispensado ao *writ* é o foco do presente artigo, intentando analisar a forma como os tribunais vêm se dedicando ao tema, bem como este se apresenta na legislação e nas promessas de um novel Código de Processo Penal.

Para tanto, necessária breve revisão das origens do instituto, desde seu surgimento até a manifestação no ordenamento jurídico brasileiro e aplicação na praxe forense, passando pelos contornos próprios recebidos no território nacional, onde se desenvolveu uma das teorias mais amplas e garantistas, a partir das lições do saudoso mestre Rui Barbosa, mas que vem sofrendo questionável restrição na Suprema Corte.

O exame percuciente dos recentes julgamentos e dos argumentos utilizados para impedir o manejo do *habeas corpus* possibilita a constatação de um movimento jurisprudencial tendente a objetar, por política judiciária, a impetração quando existente recurso específico previsto, olvidando-se seu caráter garantista para corrigir eventual ilegalidade ou abuso de poder, nos termos do art. 5º, LXVIII, da Magna Carta.

Nessa senda, o presente texto se dedica ao estudo da aplicação do *writ*, culminando com a análise da mudança de posicionamento da Suprema Corte, observada nos julgamentos dos *Habeas Corpus* ns. 108.715/RJ e 109.956/PR, pela Primeira Turma, ao redefinir a aplicação tradicional do instituto, notadamente no caso de substituição de recurso ordinário (o cognominado *HC* substitutivo), cuja recepção foi expandida para outras hipóteses de cabimento do remédio constitucional, e com escopo de acatamento, pelos demais tribunais, da compreensão perfilhada. Os argumentos expendidos pelo Relator, Min. Marco Aurélio Mello, para justificar a restrição (ou “correção de rumo”) do *writ* estão, igualmente, abarcados neste ensaio.

De maneira analítica, examina-se o movimento de reversão desse novo entendimento, com manifestações pontuais de alguns Ministros da Suprema Corte e que podem redundar na retomada, senão integral, parcial da abertura antes conferida ao *writ*,

quando em risco a liberdade do indivíduo, quer seja pela expedição do mandado de prisão, quer seja pela constrição da liberdade.

1 ESCORÇO HISTÓRICO

A história do *habeas corpus* remonta, em suas primícias, ao Direito Romano, chamado *interdictum de libero homine exhibendo*, consagrando a possibilidade de todo o cidadão reclamar a exibição do homem livre retido ilegalmente.

No século XIII, na Inglaterra, durante o reinado de João Sem Terra, monarca arbitrário e incompetente, houve reação da nobreza local, que se via ameaçada em seus direitos, ante o despotismo do soberano. O movimento redundou na “carta de liberdade” (*Magna Carta*) que sedimentaria uma nova era na qual ninguém já reconhecidamente livre poderia ser preso nem perder seus bens, senão mediante julgamento conforme o ordenamento local, cuja inobservância implicaria, anos depois, a nulidade do julgamento, tendo sido essas premissas ratificadas na *Petition of Rights*, em 1628, pelo Parlamento Inglês. No ano de 1679, o *Habeas Corpus Act* regulamentou o procedimento da ação, conferindo efetividade à garantia, especialmente com punição aos responsáveis pelas detenções no caso de descumprimento dos ditames legais.

Essa garantia instituída pelo direito inglês foi estendida às colônias da América do Norte e posteriormente incorporada à Constituição Americana de 1787, que proibia o Congresso de suspendê-la. Nos Estados Unidos da América, em particular, não somente se cuidou da proteção contra a restrição da liberdade, como também para atacar decisões administrativas (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2001, p. 342).

No Brasil, o *writ* aparece expressamente no Código de Processo Criminal, em 1832, garantindo-se a proteção contra prisões e constrangimentos ilegais, e, em 1871, nos termos da Lei 2.033, ganha maior amplitude, estendendo-se também aos casos de ameaça à liberdade. Constitucionalmente, essa garantia somente é instituída em 1891, permitindo-se alcance mais amplo ao instituto, ao determinar que “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”.

O texto constitucional, destarte, deu ensejo ao elastecimento do *habeas corpus*, especialmente ante a ausência de outros meios jurídicos capazes de corrigir eventuais

ilegalidades além do direito à liberdade, franqueando espaço à “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. Conforme constatado por Pontes de Miranda (1979, p. 124-125),

só recurso pronto, fácil, suspensivo, como o *habeas corpus*, pode acudir à liberdade dos indivíduos. Sem ele, em que pese os Franceses e demais povos do continente europeu, fica à mercê do policial, do inquirir, das averiguações e da justiça o direito dito inalienável cuja relevância as Constituições acentuaram.

Foi sentindo essa verdade, tão simples quanto profunda, que os Brasileiros fizeram cada vez mais extensiva e liberal a forma processual que lhes emprestaram os Ingleses. O aprofundar-se contínuo dessa convicção prática coincide mesmo com a evolução do *habeas corpus* de 1832 a 1930, com os eclipses parciais de 1930-1934 e 1937-1946 – evolução tanto mais digna de estudos econômicos quanto inigualada.

O marco inicial do desenvolvimento dessa doutrina é uma série de pedidos de *habeas corpus* impetrados por Rui Barbosa no STF, dada a carência de meios para a defesa dos direitos constitucionais garantidos aos cidadãos. Para o jurista, a ação poderia ser manejada em diversas situações, todas as vezes em que um direito estivesse ameaçado, ainda que transpassasse o direito de ir, vir e permanecer. A posição era reforçada pelo texto constitucional que, evasivo e genérico, ensejava interpretações ampliativas, já que não dispunha taxativamente sobre prisão ou liberdade física, mas aduzia a coação, ilegalidade e abuso de poder. Assim, argumentava o mestre ter o legislador constituinte, de fato, agido intencionalmente, conferindo ao instituto conotação ampla, tornando-o instrumento de defesa contra todo tipo de abusos e ilegalidades (SOUZA, 2008, p. 76).

Ante as diversas provocações, o Supremo viu-se obrigado a se manifestar, comungando com a ampliação do alcance do instrumento, já que, até então, não havia na legislação brasileira meios suficientes para garantir a defesa dos direitos fundamentais. Em outras palavras, fez-se necessária a proteção de diversos direitos, não relacionados ao de ir e vir, pelo *habeas corpus* e sua interpretação ampliativa.

Prevaleceu, porém, no Supremo tese mais moderada, capitaneada pelo Min. Pedro Lessa, para quem “o *habeas corpus* deveria ser admitido sempre que o impetrante fosse privado de sua liberdade, que deveria ser vista também como um meio de exercício de todos os demais direitos” (SOUZA, 2008, 78). Luiz Henrique Boselli de Souza (2008, p. 76), em artigo sobre o tema, lembra que

em razão disso, o tempo e a prática judiciária evidenciaram a carência de instrumentos para defesa de inúmeros direitos. A consequência foi uma reinterpretação do instituto do *habeas corpus* decorrente dos esforços doutrinários e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dando origem à doutrina brasileira do *habeas corpus*, que conferiu, em nossa terra, ao antigo instrumento processual inglês, maior extensão. Segundo alguns, a maior do mundo.

Contudo, em resposta ao movimento garantista, a EC n. 3/1926, promoveu alterações no art. 72 da Constituição de 1891, principalmente no §22, que, limitado, passou a contar com a seguinte redação: “Dar-se-á o habeas-corpore sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”. A nova redação, portanto, suprimiu do dispositivo o termo “coação” e acrescentou a “liberdade de locomoção”, com claro objetivo de restringir o *habeas corpus* à defesa do direito de ir, ficar e vir.

Em 1934, recobrou-se a tutela genérica do direito de liberdade (CF/34, art. 113, 23), aliada à previsão do mandado de segurança (art. 113, 33) para a tutela de outros direitos. Seguiu-se a Carta de 37, com restrição máxima ao direito locomotivo, sendo suspenso o *writ* pelo Decreto n. 10.358/1942. E, circunscrito ao direito locomotivo, permaneceu o *habeas corpus* nas Constituições que se seguiram (CF/46, art. 141, §23; CF/67, art. 150, §20; CF/69, art. 153, §20), sendo relevante anotar o AI n. 5/68, art. 10, o qual suspendeu a garantia do *habeas corpus* nos crimes políticos (conceito aberto), contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Em 1978, recobrou o *writ* sua plenitude original, sendo realocado para o bojo dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988, em seu art. 5º, LXVIII.

2 O HABEAS CORPUS E SUA PREVISÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO

O remédio constitucional está encartado no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, o qual estabelece, na linha do observado em Cartas pretéritas, que “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Embora tratado no capítulo de recursos em geral, consiste em ação autônoma de impugnação, que deflagra a prestação jurisdicional se constatada a ameaça ou a restrição da liberdade de locomoção. Nas palavras de Ada Pellegrini (2001, p. 345-346), é verdadeira ação de conhecimento, com cognição completa e definitiva, que busca provimento declaratório apto a fazer coisa julgada material.

O diploma processual reforça a importância do instrumento ao dispensar qualidade especial para a interposição do remédio, dispondo que ele poderá ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive pelo próprio membro do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei.

Ainda, no art. 654, quanto à petição inicial, comporta poucas exigências, dispensando-se a capacidade postulatória e a assinatura por pessoa habilitada, sem qualquer preceito quanto à forma a ser observada, satisfazendo-se os requisitos mediante a narrativa dos fatos e a indicação da pessoa cuja liberdade está sendo cerceada, bem como da autoridade coatora.

Reconhece-se, ainda, a atuação do magistrado na defesa do direito constitucional à liberdade, estabelecendo que juízes e tribunais têm competência para expedirem de ofício a ordem, nos casos de verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. Portanto, mesmo quando o HC não preencher os requisitos de admissibilidade pertinentes às ações, admite-se a concessão da ordem de ofício como amplo meio de proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

A legislação infraconstitucional ainda prestigia essa garantia com procedimento simplificado, dispensando a oitiva do *Parquet*, ao menos em primeira instância, e determinando que seja julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a seguinte (OLIVEIRA, 2014, p. 1041). Não há fase instrutória, devendo ser acompanhado por prova documental pré-constituída.

No esforço de disciplinar o tema, o CPP trouxe, nos arts. 647 e 648, as hipóteses de cabimento, com rol exemplificativo, admitindo interpretação extensiva dada a natureza do direito resguardado, além de comportar sensível ampliação prefigurada pelos tribunais pátrios (LIMA, 2012, p. 1097).

Ainda que sem previsão expressa, admite-se a concessão de medida liminar, já que por vezes a coação é patente e provocará ao paciente insustentável violação de seus direitos, caso tenha de aguardar o desfecho da ação. Por analogia ao mandado de segurança, enquanto conquista e construção pretoriana (SOUZA apud LIMA, 2012, p. 1102), a medida antecipatória deve ser deferida, se constatada a presença dos requisitos legais das medidas de urgência (*periculum in mora* e *fumus boni juris*). Para José Barcelos de Souza (2012, p. 103),

trata-se de uma extraordinária ação-recurso, a que nos temos referido com a expressão “habeas corpus processual”, exatamente porque utilizável na justiça criminal independentemente de existir constrangimento à liberdade de ir e vir, apresentando-se como uma outra face do remédio constitucional de proteção exclusiva da liberdade de locomoção.

Declinando-se mais atentamente sobre as hipóteses alinhadas pelo Código, vislumbra-se verdadeira influência da doutrina brasileira do *habeas corpus* na legislação infraconstitucional, já que as causas de admissibilidade ali tratadas são mais amplas que o direito de locomoção em seu estado puro, ainda que de forma indireta se liguem a ele.

A lei processual, seguindo a tradição do direito brasileiro, ao considerar ilegal a coação provocada pela ausência de justa causa da prisão ou para o oferecimento da denúncia ou mesmo a existência de nulidades processuais, também como tutela de ir e vir, toma contornos mais amplos, evidenciando que direitos que não tratam do direito de ir e vir, mas que configuram meio de exercê-lo, são objetos de tutela pelo *habeas*.

Em apertada síntese, circunscreve-se, portanto, o âmbito do *habeas corpus*, às hipóteses de constrição, potencial ou efetiva, da liberdade física do indivíduo; vale dizer, quando, por ilegalidade ou abuso de poder, ocorra, pelas mais variadas formas que se possa conceber, privação ou comprometimento, - qualquer restrição, enfim, - da liberdade pessoal do ente humano (TUCCI, 1986, p.39).

3 A POSIÇÃO TRADICIONAL DA SUPREMA CORTE

A evolução da legislação imprimiu características próprias no posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o *habeas corpus*. Ainda que o âmbito do *writ* tenha sido reduzido com o surgimento do mandado de segurança, por muito tempo se admitiu a sua adequação às demandas que, mesmo indiretamente, viessem a restringir o direito de liberdade. Nesse sentido, encontram-se julgados nos quais o remédio constitucional foi flexibilizado, como no HC n. 107.701/RS, julgado pela Segunda Turma do STF, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2011).

[...] A jurisprudência prevalente neste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não terá seguimento *habeas corpus* que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente. **Alargamento do campo de abrangência do remédio heróico.** Não raro, esta Corte depara-se com a impetração de *habeas corpus* contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento; indiciamento de determinada pessoa em inquérito policial; recebimento da denúncia; sentença de pronúncia no âmbito do processo do júri; sentença condenatória etc. **Liberdade de locomoção entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa, em tese, acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir. Direito de visitas como desdobramento do direito de liberdade.** Só há se falar em direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida. Decisão do juízo das execuções que, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente. **Eventuais erros por parte do Estado ao promover a execução da pena podem e devem ser sanados via *habeas corpus*, sob pena de, ao fim do cumprimento da pena, não restar alcançado o objetivo de reinserção eficaz do apenado em seu seio familiar e social. *Habeas corpus* conhecido.** [...] (grifou-se)

Nota-se nesse julgado posição garantista, que admitiu o uso do *writ* no caso de uma violação reflexa do direito à locomoção e em que havia instrumento específico para combater o ato. O cabimento do *habeas corpus* como substitutivo de recursos sempre se apresentou de comum aceitação nos Tribunais, visto considerar que seria inadmissível condicionar direitos

fundamentais ao trâmite burocrático de um recurso, quanto mais quando verificados os requisitos mínimos para a sua impetração, isto é, autoridade coatora e de paciente com liberdade cerceada.

O Min. Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2009), no AgR no HC n. 88.747/ES, externou o sentido de se conferir ao *habeas corpus* o *status* de garantia constitucional:

[...] 1. O *habeas corpus* é via de verdadeiro atalho que só pode ter por alvo – lógico – a “liberdade de locomoção” do indivíduo, pessoa física. E o fato é que esse tipo de liberdade espacial ou geográfica é o bem jurídico mais fortemente protegido por uma ação constitucional. Não podia ser diferente, no corpo de uma Constituição que faz a mais avançada democracia coincidir com o mais depurado humanismo. Afinal, *habeas corpus* é, literalmente, ter a posse desse bem personalíssimo que é o **próprio corpo**. Significa requerer ao Poder Judiciário um salvo-conduto que outra coisa não é senão uma expressa ordem para que o requerente preserve, ou, então, recupere a sua autonomia de vontade para fazer do seu corpo um instrumento de geográficas idas e vindas. Ou de espontânea imobilidade, que já corresponde ao direito de nem ir nem vir, mas simplesmente ficar. Autonomia de vontade, enfim, protegida contra “ilegalidade ou abuso de poder” – parta de quem partir –, e que somente é de cessar por motivo de “flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]

Essa posição é tão assente na doutrina que diversos autores aduzem que

não exclui o interesse de agir, pela falta de adequação, a previsão legal de recurso específico para atacar o ato apontado como restritivo ou ameaçador da liberdade do paciente: é que o *habeas corpus* constitui remédio mais ágil para a tutela do indivíduo e, assim, sobrepõe-se a qualquer outra medida, desde que a ilegalidade possa ser evidenciada de plano, sem necessidade de um reexame mais aprofundado da justiça ou injustiça da decisão impugnada. (FERNANDES; GOMES FILHO, GRINOVER, 2001, p. 352-353)

Apesar disso, o STF já vinha acenando para uma posição mais conservadora (desde o início da década de 80), mesmo com a edição de súmulas, que expressavam entendimentos restritivos, a exemplo dos enunciados de ns. 606¹ (1984) e 691² (2003).

4 UMA MUDANÇA DE PARADIGMA (?)

A partir de 2012, a Primeira Turma do STF, no julgamento de dois *Habeas Corpus*, ns. 108.715/RJ e 109.956/PR, ambos submetidos à relatoria do Min. Marco Aurélio, iniciou um processo de alteração da jurisprudência sobre o cabimento do HC substitutivo de recurso, que viria a provocar intenso debate doutrinário e repercussão em todos os demais tribunais.

¹ Não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso.

² Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra a decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

Apreciados na mesma sessão de julgamento, de 07.08.12, do órgão fracionário da Suprema Corte, os HC's em destaque representaram mudança de paradigma na Corte e influenciaram (negativamente) os demais sodalícios.

Por primeiro, foi pautado o HC n. 108.715/RJ (BRASIL, 2013a), que tratava do trancamento de ação penal, cuja denúncia imputara o crime de lavagem de dinheiro à paciente, tendo como antecedente o crime de descaminho (este com ação penal trancada pelo STJ através de HC anterior) e o crime de participação em organização criminosa (quando ainda inexistente lei própria a tipificar a conduta).

O relator, Min. Marco Aurélio, de início, manifestou descontentamento quanto à abrangência do remédio constitucional, considerando-o demasiadamente amplo e descolado de sua concepção clássica. Argumentou que o instituto veio sendo, gradativa e sistematicamente, banalizado, perdendo sua essência constitucional, especialmente quando usado como substitutivo de recurso ordinário, ou seja, quando utilizado para combater violação a direitos que possuem meio processual próprio de impugnação. O ministro ainda justificou que a aplicação do instituto de forma ampliada inviabiliza a tutela jurisdicional efetiva, uma vez que o número de processos que chega aos tribunais pela via estreita do HC implica uma sobrecarga insuportável de trabalho.

Segundo o entendimento do Min. Marco Aurélio, quatro seriam as razões pelas quais não se deveria admitir o HC substitutivo: (a) ausência de previsão legal; (b) ausência de prejuízo ao impetrante; (c) possibilidade de má-fé processual; e (d) (in)competência do Supremo Tribunal Federal.

No que tange ao item (a), argumentou que o HC substitutivo não está previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, carecendo, portanto, de previsão legal e consignando, ademais, que a sua utilização de forma ampliativa confrontaria os arts. 102, II, *a*, e 105, II, *a*, do texto constitucional, que cuidam expressamente do recurso ordinário em HC. Conclui que “o Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição” (BRASIL, 2012), exigindo-se uma “correção de rumos” do remédio constitucional, a fim de se restabelecer a eficácia da ação e resgate do recurso ordinário em *habeas corpus*, caído em desuso, tornando-se quase “letra morta”.

O entendimento esposado, contrariando a jurisprudência dominante, não implicaria, segundo Sua Excelência, prejuízo ao impetrante (item b), vez que é possível a concessão da ordem de ofício, pelo Tribunal, independentemente da adequação do meio. Outrossim, a substituição do recurso ordinário por *habeas corpus* colocaria o impetrante em situação cômoda, já que esta ação prescinde de maiores formalidades e prazo para proposição, diferente dos recursos. Essa condição poderia levar ao uso indiscriminado do remédio (item c), vislumbrando-se a possibilidade de prescrição, já que se postergariam alegações de irregularidade, trabalhando-se com o transcurso do tempo e a possibilidade de nulidades, o que levaria o processo ao estágio inicial, onde qualquer pretensão punitiva não seria mais possível.

Por fim, a competência do Supremo Tribunal Federal está delineada pela Constituição Federal (item d) e o uso do HC substitutivo seria uma burla ao sistema recursal vigente, pois carrearia à Corte o julgamento de matérias não afeitas a sua competência originária, bem como haveria usurpação da competência de órgãos julgadores hierarquicamente inferiores.

Em que pese o não conhecimento do *writ*, Sua Excelência concedeu a ordem de ofício, para trancar a ação penal, diante da situação concreta reportada nos autos (inexistência do tipo de participação em organização criminosa). A Min. Rosa Weber, em comentário, congratulou a “evolução” iniciada com o Min. Marco Aurélio, porque calcada em “visão ampla da política judicial”, e relembrou o posicionamento da Corte quanto à impossibilidade de manejo de Mandado de Segurança substitutivo de recurso. A seu turno, o Min. Luiz Fux, assentou que “a Primeira Turma está dando um grande exemplo”. A questão preliminar de conhecimento do *writ* foi, no entanto, postergada, diante do pedido de vista do Min. Luiz Fux, para melhor exame da matéria de fundo, corroborando com o relator quanto à preliminar de não conhecimento, tendo sido, ademais, registradas as manifestações das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia no sentido de acompanhar o Min. Marco Aurélio, quando do retorno dos autos para julgamento, quanto ao não conhecimento do HC substitutivo. Em nota, o Min. Dias Toffoli presentiu “um voto vencido” no ponto em discussão.

Na sessão de 14.05.13, o Min. Luiz Fux manteve o não conhecimento do *writ*, acompanhado pela Min^a. Rosa Weber, tendo pedido vista o Min. Dias Toffoli. Finalmente, em 24.09.13, o Min. Dias Toffoli aludiu ao julgamento do HC n. 109.956/PR, já definido na data de 07.08.12, quando iniciado o julgamento do HC n. 108.715/RJ e que será tratado abaixo, e quando já se aguardava o pedido de vista do Min. Luiz Fux no HC n. 110.328/RS que

retomava a discussão sobre o manejo do HC substitutivo, com possibilidade de reversão da jurisprudência, sobre o que se dedica o tópico seguinte do presente estudo. Fato é que, como, até então, a Primeira Turma entendia pelo descabimento do HC substitutivo, foi proclamado o resultado de não conhecimento do *writ*, por unanimidade.

No HC n. 109.956/PR (BRASIL, 2012), pautado, repita-se, em 07.08.12, logo após os debates travados no HC n. 108.715/RJ, intentava-se combater o indeferimento, por juízo originário, em processo de competência do Tribunal do Júri, de diligências (provas periciais) requeridas pela defesa, por violação ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, após denegação da ordem no Tribunal de Justiça Estadual e no Superior Tribunal de Justiça, os quais julgaram acertada e fundamentada a decisão do julgador monocrático.

O Min. Marco Aurélio utilizou os mesmos argumentos (o voto é idêntico nessa parte) para não conhecer do *writ* impetrado, passando à análise da possibilidade da concessão *ex officio* da ordem. O voto do relator, na preliminar, foi acompanhado pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, que concordaram com que o mecanismo adotado pela defesa tem provocado o enfraquecimento do *writ*. Apenas o Ministro Dias Toffoli dissentiu, alegando que “desde o Código Penal do Império, é previsto que sempre que um juiz, ou tribunal, se depare com uma ilegalidade, ele deve conceder a ordem, mesmo que de ofício, se for o caso de constrição à liberdade de ir e vir do cidadão” (BRASIL, 2012). Em conclusão, afirmou que não ver razão para criar embaraços à viabilização do acesso do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário, mas que, em razão do Princípio do Colegiado, se curvaria à doutra maioria nos próximos julgados, ressaltando a própria opinião, como de fato o fez no HC n. 108.715/RJ, como analisado anteriormente.

A guinada jurisprudencial foi evidente, impondo-se o registro da modificação de entendimento, com necessidade de se conferir publicidade à decisão, consoante se colhe das notas taquigráficas da fala do Min. Dias Toffoli, então presidente. Os efeitos da decisão foram imediatos nos julgamentos da Primeira Turma do STF, como visto. Também a Quinta do Superior Tribunal de Justiça, poucos dias depois da publicação do acórdão “paradigma” (HC n. 109.956/PR), promoveu o alinhamento à Suprema Corte no HC n. 239.550/RJ, de relatoria da Ministra Laurita Vaz.

[...] 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa

Weber, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe e 27/08/2012). 2. **Sem embargo, mostra-se a precisa ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de 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”.** [...] (grifou-se)

5 UMA TENTATIVA DE RETORNO AO *STATUS QUO* (?)

No julgamento do HC n. 113.198/PI (BRASIL, 2014a), de relatoria do Min. Dias Toffoli, impetrado contra ato coator do Tribunal Superior Eleitoral e no qual se intentava o trancamento de ações penais, muito embora, para fins do presente estudo, não importe o tema de fundo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, teve a primeira oportunidade de alterar o canhestro e defensivo entendimento firmado no HC n. 109.956/PR.

O relator esprou qualquer questionamento no sentido da impossibilidade de manejo do remédio em substituição a recurso ordinário, indo de encontro, portanto, às decisões tomadas pela Primeira Turma da Suprema Corte, a qual, nos julgados analisados no tópico anterior, passou a inadmitir o *writ* substitutivo.

Observou o Min. Dias Toffoli que o relator do HC n. 109.956/PR, que serviu de base jurisprudencial para diversos outros julgados no STF e no STJ, retratou-se³ de seu posicionamento, destacando-se o julgamento no HC n. 116.022/SP (BRASIL, 2013b):

HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ATINGIDA NA VIA DIRETA – ADEQUAÇÃO. Sendo objeto do *habeas corpus* a preservação da liberdade de ir e vir atingida diretamente, porque expedido mandado de prisão ou porquanto, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior à garantia versada no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta de 1988. Evolução em óptica linear assentada anteriormente. Entendimento vencido do relator. [...]

Ocorre, todavia, que da ata de julgamento do acórdão transcrito, extrai-se que a ordem foi concedida de ofício, à unanimidade, não se fazendo constar a alteração de entendimento do Min. Marco Aurélio, assim disposto em seu voto e consignado na ementa do acórdão.

Volvendo ao HC n. 113.198/PI, esclareceu, ademais, o Min. Dias Toffoli, que a Segunda Turma do STF já vinha em reiteradas oportunidades reconhecendo o cabimento do

³ Em entrevista ao portal eletrônico Consultor Jurídico, em 21.12.14, o Min. Marco Aurélio afirmou, quando indagado sobre a restrição conferida aos *habeas corpus*, que “se arrependimento matasse, hoje eu estaria morto”.

HC substitutivo (HC n. 112.836/SE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.08.13; HC n. 116.437/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 19.06.13).

Como já visto, em todas as oportunidades em que instado a se manifestar, o Min. Dias Toffoli sempre reservou o entendimento pessoal, embora adotando o entendimento da Primeira Turma nos julgamentos afetos àquele colegiado. Desse modo, vislumbrou Sua Excelência a oportunidade de, submetido ao Plenário o julgamento, externar o ponto de vista, na tentativa de retomada dos rumos da jurisprudência. Após escorço histórico, reafirmou o Ministro que, em sua concepção,

seja a ameaça direta ou frontal, seja ela indireta ou tangencial, aberta está a via constitucional para amparar o direito do cidadão à liberdade, não cabendo limitar-se, ao argumento de que os tribunais já se encontram assoberbados por recursos outros, o exercício de um direito constitucionalmente assegurado no rol maior das garantias individuais. (BRASIL, 2014a)

E, destarte, admitindo a impetração, passou ao exame do mérito, denegando a ordem, em vista da ausência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, que justificassem o trancamento da ação penal, conforme requerido pelo impetrante, mas cujo ponto não é relevante ao presente ensaio, senão no que tange à posição firme do Ministro relator quanto à admissibilidade do *writ* substitutivo.

O Min. Luís Roberto Barroso, externando sua preocupação com a quantidade de processos aguardando julgamento, observa, na Suprema Corte, “dois grandes gargalos”: a repercussão geral e o *habeas corpus*. Quanto a este último, relevou a importância do remédio, conquanto tenha indicado a preocupação que, segundo ele, a Corte Maior deve ter ao apontar tal ou qual direção jurisprudencial, para que não haja ainda maior sobrecarga de trabalhos, cuidando, portanto, da autopreservação do STF, combinando idealismo e pragmatismo.

Portanto, aqui, é preciso a gente combinar uma dose de pragmatismo para que nós não caiamos numa situação, que talvez se torne inevitável no futuro, de restringirmos o **habeas corpus** a questões verdadeiramente constitucionais, diferentes da liberdade de ir e vir, ou a questões que violem a jurisprudência do Tribunal, ou a questões teleológicas. (BRASIL, 2014a)

E, segundo o Ministro, o STF, em matéria de *habeas corpus* tem, verdadeiramente, funcionado como quarta instância, implicando consequências das mais diversas ordens e impossibilitando a concessão do direito ao paciente. No caso do HC n. 113.198/PI, Sua Excelência descartava, de plano, a possibilidade de conhecimento do *writ*, por se tratar de uma das “algumas escolhas trágicas, porque o tempo é finito” e “numa seleção de prioridades, não se tratando de pessoa presa nem na iminência de ser presa, talvez, esta pudesse ser uma hipótese de não cabimento”. Outro caso seria o do HC substitutivo, pois, em suas palavras “se

nós já não damos conta dos **habeas corpus** interpostos nas hipóteses constitucionalmente previstas, por que razão deveríamos criar uma facilidade de admitir o **habeas corpus** substitutivo do recurso ordinário, quando a Constituição prevê o recurso ordinário?”. O que, em outras palavras, seria mais uma das “escolhas trágicas” a serem feitas, ressalvando-se, contudo, a alternativa da concessão do *habeas corpus* de ofício. O Min. Luís Roberto Barroso, por fim, diante de tais considerações, proferiu voto no sentido de não acolher o *habeas corpus* por considerar uma necessidade da Corte.

Conquanto o debate suscitado sobre o cabimento ou não do HC substitutivo, durante o pedido de vista do Min. Teoria Zavascki, foram apresentadas certidões do juízo originário e que ensejaram a verificação de perda de objeto. Desse modo, a súmula do julgamento, em 22.05.14, foi, por unanimidade, julgar prejudicado o *writ*.

O tema foi novamente trazido à baila no julgamento do HC n. 110.328/RS (BRASIL, 2014b), relatoria do Min. Marco Aurélio, mas selecionado para redator do acórdão o Min. Luiz Fux. Tratava-se de pedido de *habeas corpus*, impetrado pela Defensoria Pública da União, visando à correção do acórdão do Superior Tribunal Militar, que negou a soltura do paciente e manteve-o custodiado por estar, segundo o Tribunal, devidamente fundamentada a prisão cautelar determinada pela 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, em razão de suposta prática de crime de roubo, ocultação e uso de um fuzil automático leve (FAL) e respectiva munição.

O Relator, Min. Marco Aurélio, de início, destacou tratar-se de HC substitutivo, em vista da previsão constitucional (CRFB, art. 102, II, *a*). Fazendo um retrospecto de seu posicionamento, Sua Excelência assim se manifestou:

O Direito é orgânico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea “a”, e 105, inciso II, alínea “a”, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. (BRASIL, 2014b)

No voto, demonstrou-se, outrossim, a provocação doutrinário-acadêmica para se conferir ampla abrangência ao *writ*, acrescido à sua forma célere de tramitação apta a corrigir

a ilegalidade e o abuso de direito, se comparado com o recurso ordinário. Por fim, consignando evoluir para adoção de “meio-termo”, para “admitir a impetração toda vez que a liberdade de ir e vir, e não somente questões ligadas ao processo-crime, à instrução deste, esteja em jogo na via direta, quer porquanto expedido mandado de prisão, quer porque já foi cumprido, encontrando-se o paciente sob custódia”, conheceu do HC e concedeu a ordem.

Indagado pelo então Presidente da Primeira Turma, Min. Luiz Fux, se estaria alterando o entendimento firmado quanto ao HC substitutivo, o Min. Marco Aurélio respondeu afirmativamente, pois, em reexame da espécie, admitiria “o substitutivo do recurso ordinário constitucional quando já se tenha ou o mandado de prisão a ser cumprido ou, com maior razão, a própria custódia”. E, em suas magistrais palavras, “com essa flexibilização, nós damos uma ênfase maior à garantia constitucional reveladora do *habeas* e sem prejudicar o avanço – que, reconheço, foi um grande avanço para manter-se hígido o *habeas corpus*, e que decorreu da nossa jurisprudência”.

Nos debates ocorridos, percebe-se, claramente, a tentativa do Min. Luiz Fux de manutenção da jurisprudência restritiva do HC, sob a preocupação de inchaço das Cortes Superiores (STF e STJ), se tomada decisão mais liberal, por assim dizer, do cabimento do *writ*. Note-se, todavia, que há expressa ressalva do Min. Marco Aurélio para não se voltar ao *status quo ante*, é dizer, ao conhecimento irrestrito do HC substitutivo, senão quando (a) já tiver sido expedido mandado de prisão, ou (b) já tiver ocorrido a prisão.

Posta em questão a amplitude a ser conferida ao HC substitutivo e não se entendendo os Senhores Ministros da Primeira Turma, nem podendo consignar acerca do posicionamento da Segunda Turma, o que fica claro pelas suposições apresentadas, caso o tema fosse submetido ao Pleno da Corte, pediu vistas o Min. Luiz Fux, conforme se extrai da ata de 21.05.13.

Retomado o julgamento, em 11.11.14, o Min. Luiz Fux, nem sequer rememorou o debate e a possível (re)alteração da jurisprudência, e, transcrevendo a ementa da Pet 1.738-AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello, DJe 01.10.99, intentou demonstrar a taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal, com julgado que em nada se assemelha ao versado nos autos do HC, não se tratando, nem de longe de direito ambulatorial, senão quanto a medidas cautelares, fundamentadas no Código de Processo Civil, promovidas contra membros do Congresso Nacional.

Com interpretação rasa e literal da Constituição Federal, na tentativa de expungir qualquer acusação de jurisprudência defensiva, o Ministro afirmou que se devia trilhar posicionamento em prol da organicidade do direito, em específico, no tangente à competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal, como forma, ainda, de não se banalizar a ação nobre do HC. Por fim, colacionando o entendimento do Min. Marco Aurélio havido no HC n. 109.956/PR, mas, diga-se, por este mesmo retratado, passou ao exame da possibilidade de concessão de ofício da ordem.

No extrato de ata, constou a decisão, por maioria de votos, para julgar extinto o processo, sem apreciação do mérito, e cassar a liminar antes deferida, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli. Acompanharam o Min. Luiz Fux, os Ministros Rosa Weber e Roberto Barroso.

6 NECESSÁRIOS COMENTÁRIOS

Com o julgamento do HC n. 109.956/PR, e mesmo do HC n. 108.715/RJ, a Primeira Turma do STF firmou entendimento, acolhido amplamente não somente pelo Órgão Fracionário, como também pelo STJ e demais Tribunais pátrios, em clara e evidente limitação ao manejo do *writ* por política judiciária que não se alinha aos preceitos que prezam pelos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

De outro lado, mesmo a retratação do Min. Marco Aurélio não foi bastante para que a Suprema Corte firmasse o posicionamento quanto ao cabimento do HC substitutivo, ainda que no “meio-termo” para quando houvesse expedição de mandado de prisão ou quando a custódia já estivesse operando.

E tal não se deu, no caso do Plenário, por fato exógeno à discussão, é dizer, diante da perda de objeto do HC n. 113.198/PI, e, com isso, não se firmou nenhum entendimento pelo Órgão Máximo da jurisdição nacional. No outro (HC n. 110.328/RS), a Primeira Turma manteve a posição refratária à abertura do HC substitutivo, ressalvadas as opiniões consubstanciadas pelos Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, este fiel defensor da ampla abertura do *writ*.

Sedimentada a posição da Primeira Turma, quanto à inadmissibilidade do HC substitutivo, percebe-se, em recente decisão (ED em HC n. 126.791, Rel. Min. Dias Toffoli, j.

08.09.15), que a Segunda Turma, ainda é divergente, afirmando que o HC substitutivo de recurso extraordinário não se constitui em óbice a seu conhecimento.

Com efeito, o que se percebe é a paulatina consolidação, ressaltando-se, em parte, a Segunda Turma do STF, de mais uma jurisprudência defensiva por parte dos sodalícios nacionais, a fim de reduzir a quantidade de impetrações que diuturnamente batem à porta. Prova disso é o argumento, tido por invencível em diversas manifestações (Ministros Luiz Fux, Roberto Barroso, Rosa Weber e Cármem Lúcia), da “sobrecarga” de processo no Supremo.

Urge que o tema seja levado a Plenário, na esperança de que a posição extremamente conservadora, e que não se alinha ao progresso observado legislativamente, seja vencida e consolidado o entendimento do cabimento do HC substitutivo, ao menos quando diante de cerceamento, ainda que iminente, da liberdade de locomoção do cidadão, por se tratar de mecanismo célere a corrigir eventuais abusos e ilegalidades, vez que não se pode impor ao paciente a espera angustiante do desfecho de recursos que possuem tormentosa via procedimental e que aguardam anos até seu desfecho, à custa da perda de dias do encarcerado. Quanto mais quando se avalia outro entendimento do STF igualmente reprovável: a possibilidade de execução provisória da pena, como consignado no HC n. 126.292/SP.

A precária situação da prestação da tutela jurisdicional não foi considerada para a formulação da questionável orientação jurisprudencial. Como destacou Felipe Fernandes Valente Júnior (2014, p. 14), em artigo sobre o tema:

De fato, é inegável o excessivo número de habeas corpus existentes atualmente nos Tribunais Superiores, muitos deles substitutivos de recurso ordinário constitucional. Contudo, apesar do fim almejado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça em querer racionalizar, otimizar e agilizar as atividades judicantes ser louvável, acredita-se que não seja a melhor solução para o problema. Com o novo entendimento, o paciente que está preso e teve o seu writ negado no Tribunal terá de esperar a publicação do acórdão, o que às vezes pode levar meses, para só então interpor o recurso ordinário, perdurando ainda mais o constrangimento ilegal, pois a sistemática do recurso ordinário em habeas corpus é muito mais lenta que a da impetração substitutiva de recurso.

Desconsiderou-se que, apesar da existência de meios processuais tecnicamente adequados para corrigir as coações, o Poder Judiciário brasileiro é marcado pela lentidão na prestação jurisdicional que, nos casos que envolvem o Direito Penal, pode trazer graves prejuízos ao paciente, ainda que persista a possibilidade de concessão de ofício da medida pleiteada, já que cuida de direitos fundamentais dos indivíduos.

Note-se que é curioso o fato de se possibilitar a concessão de ofício da ordem, quando, ao menos teoricamente, nem mesmo haveria a análise do *writ*, é dizer, não estando vencida a barreira da admissibilidade, o julgador não poderia examinar a questão de mérito. O que, mais uma vez, confirma o posicionamento refratário da jurisprudência que vem ganhando cada vez mais força. Ademais, há clara indicação da autoridade coatora que, no chamado HC substitutivo, é aquela que denegou o primeiro HC contrário à ilegalidade perpetrada pela autoridade coatora inicial.

Não se deve ignorar o fato de o malfadado entendimento ter se ampliado para além dos limites do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, abarcando situações em que o *writ* era utilizado para uma prestação jurisdicional mais célere, como nos casos da Revisão Criminal (STF, HC n. 101.489/SP, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, Redator p/ Acórdão Min. Edson Fachin, j. 22.09.15) e do Agravo de Execução (STF, RHC n. 117.268/SP, 1ª T., Relª. Minª. Rosa Weber, j. 09.04.14), neste caso em chancela à decisão do Tribunal de Justiça local que não conheceu do HC contra decisão originária em execução penal, vez que o recurso cabível seria o agravo em execução.

Por fim, esbarra o posicionamento refratário da Primeira Turma da Suprema Corte no Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, que visa à proteção de direitos já conquistados pela e consolidados na sociedade, não estando submetidos (os direitos) às mudanças ocasionais da legislação, tampouco ao alvedrio (e arbítrio) jurisprudencial. Leciona a propósito Lenio Streck (STRECK, 2014, p. 68), para quem

dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), *é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais*, que, legislando na *contramão da programaticidade constitucional*, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.

CONCLUSÃO

A elaboração de um Novo Código de Processo Penal poderia ser um momento propício à confrontação de teses reacionárias instauradas nos Tribunais Pátrios e reafirmação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, em perseguição a um processo penal mais democrático, conformado à Constituição de 1988 (FIORI, 2010, p. 70), à luz do que observado no Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15).

Nada obstante, o PLS 156/06, iniciado no Senado Federal, no que toca ao *habeas corpus*, foi duramente criticado por acrescentar a palavra “prisão”, ou termos correlatos, nas hipóteses de cabimento do *writ*, cerceando seu manejo (arts. 635 e 636). Além disso, acresceu-se parágrafo único que vedaria a possibilidade de impetração em casos de ser possível a interposição de recurso com efeito suspensivo para se resistir à coação. Em arguta observação, leciona José Barcelos de Souza (2012, p. 106) que

se o habeas corpus hoje não é apenas um remédio para quem se ache preso ou ameaçado de prisão, tendo evoluído para proteger também quem, mesmo solto e sem ameaça concreta de prisão, sofra o constrangimento de um processo ilegal, sendo utilizado, assim, para o trancamento de um processo criminal indevido, essa conquista corre perigo. [...] o intempestivo projeto de novo Código de Processo Penal, num tremendo retrocesso, trouxe a barbaridade de suprimir aquela notável conquista que tornou o habeas corpus, no direito processual penal, um remédio também contra a ilegalidade em prejuízo do réu. Quer o projeto que o habeas corpus volte a proteger apenas a liberdade de ir e vir.

Registre-se que alguns dos equívocos apontados foram corrigidos pelo substitutivo apresentado na Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010), nos arts. 663 a 681, mas cujo desfecho deverá ser acompanhado de perto pela doutrina.

Muito embora marcado em seus primórdios pela luta contra o despotismo do monarca, o *habeas corpus* evoluiu no sentido de garantir a todo cidadão a sua liberdade, condição inerente ao ser humano e que não pode ser menoscabada com um projeto de diploma processual que almeja alinhar o processo penal às inspirações democráticas e garantistas da Carta Magna.

Como demonstrado, a mudança paradigmática por parte do Supremo Tribunal Federal foi na contramão da defesa dos direitos básicos do indivíduo, não só porque restringiu a aplicação do *habeas corpus* como substitutivo de recursos ordinário, hipótese tradicional de adequação do *writ*, como também criou uma tese jurídica de base ampla e abstrata, que logo se expandiu para outras formas alternativas de cabimento do *habeas corpus*, impondo-se o reconhecimento da violação ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, por amesquinamento de direitos e garantias fundamentais em prol da celeridade processual e desafogamento das Cortes Superiores, e que poderá provocar efeitos desastrosos se acatada a inteligência de ser a execução provisória da pena, com confirmação da condenação em segunda instância, constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* concedido de ofício. HC n. 239.550/RJ. Victor Augusto Lopes Soares e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 18 set. 2012.

_____. _____. Agravo Regimento em *Habeas Corpus* desprovido. AgR no HC n. 88.747/ES. Antônio Carlos da Silva e Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 15 set. 2009.

_____. _____. *Habeas Corpus* concedido. HC n. 107.701/RS. Defensoria Pública da União e Relator do HC n. 198.787 do Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 set. 2011.

_____. _____. *Habeas Corpus* inadequado. HC n. 109.956/PR. Matheus Rodrigues de Almeida e outro e Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 ago. 2012.

_____. _____. *Habeas Corpus* concedido de ofício. HC n. 116.022/SP. Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 18 jun. 2013.

_____. _____. *Habeas Corpus* concedido de ofício. HC n. 108.715/RJ. Nilson Pires Vidal de Paiva e outro e Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Ministro: Marco Aurélio. Brasília, 24 set. 2013.

_____. _____. *Habeas Corpus* prejudicado. HC n. 113.198/PI. Defensoria Pública da União e Tribunal Superior Eleitoral. Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 22 mai. 2014.

_____. _____. *Habeas Corpus* extinto. HC n. 110.328/RS. Defensoria Pública da União e Superior Tribunal Militar. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux. Brasília, 11 nov. 2014.

CANÁRIO, Pedro. Restrição ao HC. Exagero na racionalização dos trabalhos dos tribunais prejudica a cidadania. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-21/entrevista-marco-aurelio-ministro-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 03 dez. 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal: Teoria geral dos recursos, recursos em espécie e ações de impugnação**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FIORI, Ariane Trevisan. O Desafio do Novo. **O Novo Código de Processo Penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus: direito constitucional e processual comparado**. 8. ed. corrigida. São Paulo: Saraiva, 1979.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. IV. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança: análise doutrinária de anais do senado e da jurisprudência história do supremo tribunal federal. **Revista de Informação Legislativa**. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160190>. Acesso em 03 dez. 2015.

SOUZA, José Barcelos. Do Habeas Corpus. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, n. 25, Nova Lima, 2012, p. 93-124.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria e prática do habeas corpus e do mandado de segurança**. Belém: CEJUP, 1986.

VALENTE JUNIOR, Felipe Fernandes. **Habeas Corpus e o Recurso Ordinário constitucional: comentários à nova jurisprudência pronunciado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça**. Belo Horizonte: RBDPro, 2014.