

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI



ISSN
2317-918X

V. 11, N. 1
JAN./JUN.
2024

QUALIS
B2

©PPGD/UFPI

Uma publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI. Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total sem consentimento expresso dos editores. As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Artigos para possível publicação devem ser encaminhados exclusivamente pelo portal de periódicos da UFPI (<https://revistas.ufpi.br>), com o prévio cadastramento do autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí / Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, v. 1, n. 1 (jul./dez. 2011).
Teresina: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, 2011-

Trimestral

ISSN: 2317-918X (versão digital)

1. Direito – periódicos. I. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI.

SOBRE A REVISTA

A Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí, em circulação desde 2011, é o periódico acadêmico digital semestral do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI, cujo objetivo é fomentar e difundir o intercâmbio de conhecimentos das áreas jurídicas e afins. Acesso eletrônico livre pelo portal <https://revistas.ufpi.br>. Avaliado no estrato B2 pela Qualis / CAPES (2020).

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo cambio.
We ask for Exchange.
Wir bitten um austausch.

ARQUIVO JURÍDICO
Revista Jurídica Eletrônica da
Universidade Federal do Piauí
Periódico acadêmico oficial do Programa de
Pós-Graduação em Direito
Semestral
ISSN 2317-918X
<https://revistas.ufpi.br/>

RESTRIÇÕES À ADMISSIBILIDADE DO HABEAS CORPUS E JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA: O EMBATE ENTRE O CONDICIONAMENTO POLÍTICO E A REESCRITA DO SISTEMA DE NORMAS

RESTRICTIONS TO THE ADMISSIBILITY OF HABEAS CORPUS AND DEFENSIVE
JURISPRUDENCE: THE CLASH BETWEEN POLITICAL CONDITIONING AND THE
REWRITING OF THE SYSTEM OF NORMS

Rossini Corrêa

*Doutor pela Universidade de Brasília, pela Faculdade de Teologia Antioquia Internacional e pela American World
University*

*Professor do Instituto de Educação Superior de Brasília
<http://lattes.cnpq.br/1093810077339456>*

Rossini Corrêa Júnior

*Doutorando na Universidade Católica de Pernambuco
<http://lattes.cnpq.br/7776069948303609>*

Resumo: Esta pesquisa se insere na área do Direito, mais especificamente nos estudos processuais penais sobre decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no bojo de *habeas corpus*. A partir da análise da crescente jurisprudência defensiva nestes Tribunais, de origem estritamente exegetica, e da dificuldade da advocacia criminal em romper as barreiras impostas, verificou-se a necessidade de produção deste trabalho. Para cumprir a finalidade, elencou-se o ordenamento jurídico, a estabilidade do regime de governo e demais condicionamentos metajurídicos, políticos ou operacionais. Para analisar e responder aos questionamentos, a pesquisa emplacou os seguintes procedimentos: levantamento bibliográfico nas searas do Direito Processual Penal e dos Direitos Humanos, referente ao remédio do *habeas corpus*, além de análise qualitativa de súmulas e acórdãos. Os resultados tornam viáveis a conclusão de que as decisões monocráticas e os votos dos ministros continuam a sofrer influência de fatores externos ao exercício da jurisdição, tais como pressão do Executivo e dificuldades operacionais, donde decorre a prática antidemocrática do *writ*.

Palavras-chave: habeas corpus; jurisprudência defensiva; restrição exegetica.

Abstract: This research is part of the area of Law, more specifically in criminal procedural studies on decisions of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice in the context of habeas corpus. From the analysis of the growing defensive jurisprudence in these Courts, of strictly exegetical origin, and the difficulty of criminal law in breaking the imposed barriers, it was verified the need to produce this work. To fulfill the purpose, the legal system, the stability of the government regime and other meta-legal, political or operational constraints were listed. In order to analyze and answer the questions, the research carried out the following procedures: bibliographical survey in the areas of Criminal Procedural Law and Human Rights, referring to the remedy of habeas corpus, in addition to qualitative analysis of precedents and judgments. The results support the conclusion that monocratic decisions and ministers' votes continue to be influenced by factors external to the exercise of jurisdiction, such as pressure from the Executive and operational difficulties, from which the undemocratic practice of writ derives.

Keywords: habeas corpus; defensive jurisprudence; exegetical restriction.

Submetido em 31 de agosto de 2023. Aprovado em novembro de 2023.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo serão analisadas as características relevantes das restrições jurisprudenciais levadas a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Cumpre-nos debater o paradoxo do condicionamento político de um regime que se apresenta como democrático ao mesmo tempo em que se cria interpretações de normas jurídicas que cerceiam direitos fundamentais.

A tentativa de jungir as referidas condições, manifestamente contrapostas, desencadeou em criações, cancelamentos, relativizações de súmulas e oscilação nas decisões de um mesmo Tribunal. No caso do Superior Tribunal de Justiça, suas intervenções, extremamente restritivas, causaram reações doutrinárias e, a partir de certo momento, também da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, criou uma jurisprudência consideravelmente causalista.

Nosso argumento consiste no que segue: o condicionamento metajurídico que deságua neste quadro jurisprudencial contraditório, causalista, a depender das violentas paixões do magistrado, é inseguro e irracional dentro de um sistema que deveria se mostrar harmônico e garantista.

2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: GUARDIÃO DO DEVIDO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.

A leitura acerca das restrições jurisprudenciais ao *habeas corpus* perpassa pela alta demanda destas ações autônomas a ser julgada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

A insatisfação dos Ministros ultrapassa as egrégias turmas e o sacrossanto plenário, a ter espaço, ainda, nos meios de comunicação, como se vê da seguinte matéria publicada pelo jornal Estadão (Sartori, 2018):

Com mais de 13,5 mil pedidos até o dia 20 deste mês, o número de habeas corpus apresentados ao Supremo Tribunal Federal (STF) bateu recorde em 2018. Os dados confirmam uma tendência de crescimento desse instrumento constitucional, que já havia dobrado de 2016 para 2017, ao ultrapassar a marca de 11 mil.

Verifica-se que o aumento do número de *habeas corpus* vem sendo questionado ano a ano, de forma desenfreada, como se este dado fosse a causa da pane operacional do Poder Judiciário na seara processual penal. Segue mais uma matéria jornalística sobre o tema, esta publicada pela Agência Brasil (Mello, 2019):

O crescente número de processos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) causa preocupação aos ministros da Corte e juristas. “Os números indicam, em especial no campo penal, que nós estamos caminhando para uma situação trágica”, enfatizou o ministro do STJ Sebastião Reis, ao participar de seminário promovido hoje (27) pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

Outrossim, o tema é controverso na doutrina, com duas correntes a duelar hermeneuticamente, conforme simplifica Deborah Jullyane Rocha Brandão (2015, p. 7):

E no que diz respeito às discussões de maior relevo sobre a matéria, observa-se uma concentração no modo de utilização e de aplicação desse writ pelos operadores do direito. As opiniões divergem, e podem ser separadas em duas correntes de pensamento: a primeira defende a não restrição no uso do Habeas Corpus em atenção à concretude máxima do direito de defesa; e, a segunda combate o uso abusivo e indiscriminado desse remédio constitucional – uma vez que acabaria por promover a banalização do instituto e o enfraquecimento do próprio sistema jurídico.

Todavia, é de se considerar que, nesta vasta história do *habeas corpus* nas Cortes Superiores, há inúmeras mudanças de entendimento e, inclusive, casos de inconstitucionalidade reconhecida, no bojo do *writ*, a demonstrar sua importância para o mundo jurídico e, sobretudo, para a sociedade, que tem esperança em um meio célere para correção de ilegalidades envolvendo um direito tão caro ao ser humano: a liberdade de locomoção.

Há de se lembrar, por exemplo, do *Habeas Corpus* n.º 82.959, responsável por admitir a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990, a famosa Lei dos Crimes Hediondos:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (Brasil, 2006).

Insta ressaltar, inclusive, que este *habeas corpus* fora impetrado pelo próprio sentenciado. Dessarte, constata-se que, nestes pequenos casos, cotidianos no mister dos Ministros e, portanto, enfadonhos, estão as louváveis teses capazes de alterar o rumo da jurisprudência das principais Cortes do país.

Retorna-se, destarte, ao clássico *As Misérias do Processo Penal*, na qual Francesco Carnelutti (2013, p. 19-20) já alertava que:

A toga, sem dúvida, convida ao recolhimento. Infelizmente hoje sempre mais, sob este aspecto, a função judiciária está ameaçada pelos opostos perigos da indiferença ou do clamor: indiferença pelos processos pequenos, clamor pelos processos célebres. Naqueles a toga parece um instrumento inútil.

A retomar o caminho lógico, é imperioso afirmar, além do belo serviço prestado aos cidadãos envolvidos no drama jurídico, há um caráter disciplinar no *habeas corpus*, tendo em vista a correção de atos eivados de nulidade e a extirpação de coações à liberdade de quem quer que seja, por vezes cometidas por agentes públicos, tais como membros do Judiciário ou do Ministério Público, além de membros do Poder Executivo.

Ao se iniciar um movimento tendente a afastar estes casos de menor expressão (todavia não de somenos importância) da Corte Suprema o que há, em verdade, é alteração informal manifesta do texto constitucional. A questão principal é a seguinte: é sabido que não se admite mutação constitucional que altere vontade expressa, literal, da Constituição, isto inclui a competência dos órgãos judiciários. Em suma, como alerta Alberto Zacharias Toron (2018, p. 80) “pretender afastar esses “casinhos” do Supremo Tribunal Federal equivale a dizer que a Corte renuncia ao seu papel de guardião dos Direitos Fundamentais no campo do sistema penal”.

Para tamanha alteração na competência, seria imprescindível emendar a Constituição Federal (tendo em vista a plena vigência de seu art. 102, inciso I, alínea “i” e inciso II, alínea “a”), sendo impossível cogitar, ao menos abstratamente, a alteração pela via interpretativa. Ora, o levante operacional (banalização do *writ* e dificuldade em julgar tantos pedidos) não faz frente aos comandos normativos, sobretudo constitucionais.

Adotar posição diversa, a bem da verdade, representaria uma visão consequencialista do direito, a ignorar a coerência do sistema normativo enquanto se preocupa com os efeitos, as externalidades da decisão. Seria transformar a Suprema Corte em instituição política – não jurisdicional.

Ao final, é de se dizer, por imperativo lógico, o alto número de *habeas corpus* deriva do expressivo e insistente desrespeito das instâncias ordinárias aos precedentes do Supremo – que, como fora mencionado, tem adotado as externalidades da decisão para moldá-la, impropriamente: eis o círculo vicioso.

3 SÚMULA Nº 691 DO SUPREMO: RESTRIÇÃO E CAUSAIS EXCEPCIONALIDADES

Superado o imbróglio acerca da possibilidade de concessão de medida liminar no bojo do *habeas corpus*, tornou-se praxe jurídica o requerimento de sua concessão no início da ação.

Todavia, quando indeferida a medida liminar, é automático o pensamento dos causídicos em impetrarem novo *habeas corpus*, desta feita para órgão judiciário superior, até a concessão da ordem ou, ao menos, até que a impetração se dê perante o egrégio Supremo Tribunal Federal.

Processualmente, a técnica se mostra, de certo modo, discutível, entretanto é de se considerar que os advogados se veem forçados a esta estratégia em virtude, principalmente, da lentidão do julgamento do recurso cabível, que se diz se tratar do agravo regimental.

Ocorre, ainda, que o próprio Superior Tribunal de Justiça consolidou posição acerca do não cabimento do Agravo Regimental, pois, no Pedido de Reconsideração no *Habeas Corpus* 489.724-RJ, a Sexta Turma asseverou a jurisprudência pacífica no sentido de não caber agravo regimental contra a decisão de relator que, em HC, defere ou não a liminar, desde que motivadamente.

O recado, indiretamente dado aos causídicos pelos magistrados é o seguinte: esperem o desenrolar do *habeas corpus*. Este é, não obstante, o maior desafio: aguardar meses, por vezes anos, para ter seu pedido de *habeas corpus* concluso e analisado. Nestes momentos, o Poder Judiciário ignora as externalidades da decisão e cria jurisprudência sólida a afastar a própria jurisdição de uma ação constitucional das liberdades.

Não apenas isso, o Supremo Tribunal Federal chegou ao ponto de editar a súmula 691, cujo teor segue: “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

Inobstante, ensina-se nas cátedras que, poucas semanas após a edição da súmula, chegou ao Supremo o “caso Maluf”, cuja temática estava a ser debatida, tendo, no caso, a magistrada, ao final da produção probatória, negado-se a revogar a prisão provisória por conveniência da instrução criminal, o que foi motivo de impetração do *writ* no Tribunal Regional Federal, que lhe negou a liminar.

Impetrado novo *habeas corpus* ante o Superior Tribunal de Justiça, este, simplesmente, aplicou a súmula 691 do Supremo Tribunal Federal e arquivou o *habeas corpus*. Com nova impetração diante do Supremo (HC 86.864), em razão da manifesta ilegalidade, afastou-se a aplicação da súmula e se concedeu a ordem.

Ocorre que a solução jurídica encontrada pelo Supremo Tribunal Federal é, de todo, causalista, afinal, o que vem a ser decisão teratológica ou ilegalidade manifesta? A prática judiciária ignora o direito penal (e processual penal) moderno de Cesare Beccaria (2002, p. 22), que alertava:

o juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro.

Em termos práticos, a manutenção desta corrente jurisprudencial gera prejuízo à massa de advogados e a seus clientes, tendo em consideração que só se consegue contornar a restrição da súmula quem despacha com os Ministros na Suprema Corte, o que é levado a efeito, em regra, apenas pelos grandes escritórios e pela defensoria pública.

4 BASES DA SÚMULA

A primeira base da súmula está na consideração de que a liminar requerida e o pedido principal da impetração sejam idênticos, o que não ocorre na totalidade das ações de *habeas corpus*.

Esta é, certamente, o primeiro equívoco: generalizar algo que nem sempre ocorre, afinal, há casos em que o pedido é de trancamento da ação penal e a liminar se limita ao pedido de revogação da prisão provisória ou, quiçá, a suspensão da audiência de instrução e julgamento.

Tratar de forma genérica o usual é, em verdade, cercear o direito de alcançar o Judiciário em todas as demais, a saber, naquelas inusuais. Nestas situações mencionadas, nada obstará que o relator no STJ deferisse a liminar para suspender a audiência, por exemplo, enquanto a turma de desembargadores no TJ ou no TRF tratasse de analisar o mérito, a saber, da presença (ou não) de justa causa para a ação penal. Não haveria de se falar em supressão de instância. O campo de análise, o espectro de juízo é distinto.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por exemplo no *Habeas Corpus* 123.339-SP, já admitiu que a concessão de liminar não prejudica ao desenrolar do *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça.

Decidiu-se que, por possuírem profundidade de cognição diversas, a concomitância dos *habeas corpus* se dá de forma harmoniosa, processualmente impecável, tanto que o próprio Supremo concluiu na primeira premissa da ementa. Da seguinte maneira, eventual denegação também não traria transtornos à hierarquia entre os tribunais e, por conseguinte, não há falar em ausência de competência para apreciar os feitos postos à mesa.

Ainda sobre a substitutividade, há de se considerar que, caso determinado *habeas corpus* substitutivo seja impetrado ante o Superior Tribunal

de Justiça, com denegação da liminar monocraticamente, com a seguinte impetração perante o Supremo Tribunal Federal, não haverá supressão de instância. Já não se trata mais da decisão do juízo de origem, mas de ordem denegada por órgão de Tribunal Superior.

Entender de maneira contrária resultaria – como acontece, inclusive – em criar restrição a direitos e garantias fundamentais, por meios hermenêuticos, o que fere de modo letal os ensinamentos básicos da exegese. Nestes termos, Alberto Zacharias Toron (2018, p. 87): “não vedando a Constituição o manejo do *habeas corpus* contra o indeferimento da liminar, soa especioso que, pela via exegética, queira-se restringir o alcance da tutela da liberdade do cidadão”.

Nestes termos, urge considerar que o Supremo tem relativizado a aplicação da súmula quando há manifesta ilegalidade ou quando a decisão por claramente contrária à jurisprudência daquela Corte. Destarte, o que o Supremo realizou, a desserviço do direito processual penal, foi colocar sob o mesmo plano os requisitos de admissibilidade com juízo de mérito, juízo de prelibação com cognição exauriente.

Nos presentes termos, a própria admissibilidade do *habeas corpus* já configura decisão monocrática e, portanto, sumária, de mérito, tamanha a falta de sistematização criada por via exegética pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Esta é, em verdade, resultado de uma ameaça à Constituição sem fundamentos jurídicos válidos: do equívoco surge ilogicidade.

5 CRIAÇÃO EXEGÉTICA DE PRESSUPOSTO AO *HABEAS CORPUS*: O JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL

Não bastasse o óbice erigido com a súmula 691, o mesmo Supremo tratou de, exegeticamente, criar restrição ao estipular que a competência do Supremo somente se iniciaria com a prolação de ato do colegiado, conforme decisão no *Habeas Corpus* 117.502-SP.

Noutros termos, há de se iniciar todos os meios recursais cabíveis no tribunal “*a quo*” para, então, impetrar-se o *habeas corpus* no tribunal “*ad quem*”. Lembre-se: o Superior Tribunal de Justiça entende que não cabe Agravo Regimental diante da denegação da medida liminar, todavia, o Supremo Tribunal Federal sustenta que só passa a ter competência para apreciar o feito, em regra, após o pronunciamento da Turma – e não apenas do relator.

Deste modo, em tese, caso a medida liminar não seja concedida, o cerceado do direito de locomoção deve aguardar que a Turma analise o mérito do *writ*, o que, não raro, leva mais de um ano para ocorrer. Caso a decisão de mérito seja desfavorável, a partir deste momento pode, se assim desejar, impetrar novo *habeas corpus*. Some-se, a menos que se trate de juízo originário

do STJ, meses ou quiçá anos para se alcançar os Tribunais Superiores, seguindo as vias pelos próprios egrégios Tribunais recomendadas.

Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal promove jurisprudência defensiva, isto é, em razão de questões operacionais, tenta filtrar – pelas mesmas razões metajurídicas – o número de casos apreciados. Ocorre que a referida estratégia não se propõe a resolver a principal causa do imbróglio, que é a prática desenfreada de ilegalidades ao direito de locomoção.

Pelo contrário, só retarda o próprio diagnóstico, tendo em vista que, nestas condições, as ações em estudo demorarão anos para chegar aos Tribunais Superiores, ainda mais ao Supremo. Não é difícil de imaginar que a coação já haverá se consumado e exaurido, e o pronunciamento dos Tribunais será, tão somente, o que segue: “extinto o *habeas corpus* sem resolução de mérito pela perda do objeto”.

Repise-se, se a própria Constituição Federal não veda a impetração do *writ* tendo como objeto o indeferimento da liminar, mostra-se incompreensível que, por métodos hermenêuticos, cerceie-se o alcance da tutela da liberdade de locomoção, direito tão caro ao cidadão ocidental.

Imperioso destacar, ainda, outra mitigação do alcance da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. No *Habeas Corpus* nº 85.186. O que o Supremo entendeu foi que, quando houver questionamento acerca da validade formal da decisão, *verbi gratia*, caso a fundamentação da decisão judicial não tenha correlação com o caso proposto, poderá, sim, ser impetrado *habeas corpus* em desfavor de decisão liminar lavrada por Relator. Esta exceção poderia, em verdade, ser considerada como manifesta ilegalidade, o que, de forma inclusive didática, poderia ser melhor exposta pelos Ministros.

Em que pese esta relativização, em um plano geral, verifica-se que o Supremo tem se debruçado sobre os *habeas corpus* com uma finalidade: afirmar, com base nos seus próprios interesses (operacionais) – e não na Constituição Federal – tudo aquilo que o *habeas corpus* não pode ser e, como afirma o professor Alberto Zacharias Toron (2018, p. 93), “esqueceu do que ele é na sua essência histórica: um instrumento apto a coibir ilegalidades contra a liberdade do constrangido, sem qualquer entrave burocrático ou formalismo”.

É de estranhar que hoje se negue a substancialidade do direito, sobretudo em matéria de natureza penal, em razão de pormenores processuais que nem sequer encontram fundamento constitucional ou mesmo legal. O princípio da instrumentalidade das formas, mais uma vez, se mostra esquecido quando poderia ser utilizado, então, a fim de garantir direitos. Ora, para que o *habeas corpus* seja adequado, no plano ideal, basta que se aponte a ilegalidade ao direito de ir e vir, o que fora inclusive reconhecido no *Habeas Corpus* 96.864-SP.

Entender de modo diverso ao precedente citado desencadeia na própria execução (leia-se: morte) do remédio heroico em razão de regras infundadas, porém, inflexíveis.

6 VEDAÇÃO DO HC SUBSTITUTIVO DO RECURSO EM HABEAS CORPUS

Embora não seja o mais conveniente, em razão da necessidade digitalizar toda a documentação, boa parte dos advogados opta (se vê obrigada) por impetrar *habeas corpus* substitutivo – no lugar de apresentar Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC).

Todavia, a opção não decorre pura e simplesmente de seu bom alvitre, trata-se de necessidade em virtude da urgência na análise da medida cautelar no bojo do *writ*: resguardar a potencialidade da tutela final.

É que ao impetrar o substitutivo, os causídicos driblam a necessidade de esperar as contrarrazões do órgão ministerial, o importante despacho ordenando a remessa dos autos ao Tribunal de grau superior e, por fim, a publicação desta. Por entraves burocráticos e operacionais, o impetrante aguarda, por vezes preso, lapso temporal de meses só para saber que seu recurso será enviado ao Tribunal “*ad quem*”.

A título de análise histórica e crítica, insta salientar que, durante o regime militar, era perfeitamente possível impetrar *habeas corpus* substitutivo. Alcançava-se a resolução do mérito com celeridade. Contudo, com a decretação do Ato Institucional nº 6 (AI-6) houve alteração no artigo 146 da Constituição Federal (de 1946), passando o comando normativo a contar com a seguinte vedação:

Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

II – Julgar, em recurso ordinário:

a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou Federais quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário.

Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal tratou de cumprir o novo regramento e, de forma praticamente inflexível, não admitiu mais os *habeas corpus* substitutivos de RHC. Com isto, conforme fora exposto, a tramitação se tornou mais morosa.

O rigor com esta vedação teve impacto direto no número de *habeas corpus* impetrados perante o Supremo. Conforme expõe Fabrícia Cristina de Sá Santos (2008, p. 79):

em 1969, ocorreu uma queda brusca nos processos impetrados simplesmente porque após o AI-5 de 13 de dezembro de 1968, foram suspensos os *habeas-corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Em complemento à autora, é de ressaltar que a vedação alhures mencionada do AI-6, de 1º de fevereiro de 1969, isto é, no início daquele ano, também é causa da qual decorreu o efeito da queda brusca de impetrações.

A grande questão, a bem da verdade, é que a Constituição Federal de 1988 não replicou a vedação acerca da aceitabilidade da substitutividade do *habeas corpus*. Ora, em matéria de direitos e garantias fundamentais, se houve omissão acerca da manutenção da vedação, a real intenção do constituinte foi permitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo.

Ademais, como se sabe, novamente em matéria de direitos e garantias fundamentais, onde o legislador não fez restrição, não é dado ao intérprete fazê-la. Esta é, sem sombra de dúvidas, a maior causa de questionamentos da advocacia. O posicionamento de que a Constituição não trouxe a vedação perdurou até meados de 2012, oportunidade na qual, no HC 109.956-PR, o Supremo Tribunal Federal, sob pretexto de “evolução” quanto à admissibilidade do substitutivo de *habeas corpus*, decidiu que caberia Recurso Ordinário contra decisão em processo que revelasse HC.

Se fizermos um paralelo com o momento atual, sobretudo com a execução da pena a partir da condenação no plenário do júri – sem necessidade de aguardar recurso ainda que dirigido a instâncias ordinárias – ou mesmo a execução antecipada da pena, após o segundo grau de jurisdição, teremos que, indubitavelmente, o Supremo demonstra preocupação acentuada com a celeridade da efetivação do direito de punir, mas escassa para a correção de ilegalidades e atos nulos, ainda que estes afetem o direito de liberdade de locomoção.

A Segunda Turma, lado outro, possui entendimento diverso do exposto, garantindo a efetividade da garantia fundamental em estudo nos casos de violação direta ao direito de liberdade de locomoção, conforme verificável no HC 112.836-SE.

O que se vê, na prática, é que a Primeira Turma se nega a admitir *habeas corpus* substitutivos e a Segunda, por sua vez, apenas realizou uma troca entre os *writs* substitutivos pelos *habeas corpus* concedidos de ofício. O problema: o elevado número de ilegalidades segue lesionando a liberdade de cidadãos.

Embora possa ser imbuída de boa-fé sob algum prisma interpretativo, esta é, para os acadêmicos em geral, o maior enigma acerca da garantia fundamental em estudo: como se concede de ofício algo que fora expressamente pedido na ação? A parafernália hermenêutica engendrou o seguinte antagonismo: inicialmente, afirma-se que a via eleita é de todo inadequada, razão pela qual a ação nem sequer é conhecida; todavia, quando manifesta a ilegalidade e apresentado o constrangimento ilegal, a ordem é concedida, de ofício, nos correlatos termos em que fora requerida ao Tribunal.

Em uma primeira análise, aparenta não haver mudança no plano jurídico, mas há efeito na praxe judiciária, e é negativo. Afinal, o paciente ou o impetrante

se vê obrigado a demonstrar o constrangimento de forma ainda mais evidente, manifesta, sob pena de, mesmo com ilegalidade, seu pedido nem sequer ser conhecido.

Além de desarrazoado ou ilógico, é perigoso. Ora, a discricionariedade é tamanha que se confunde com a arbitrariedade no momento de conhecer ou não o remédio impetrado. A seleção passa a ser íntima do julgador, o que não se coaduna com o processo penal moderno, na visão do próprio Beccaria (2002, p. 22).

7 VEDAÇÃO DO RHC PARA O SUPREMO EM FACE DE ACÓRDÃO DE RHC DO STJ

Com a vedação abordada no tópico antecessor, o Superior Tribunal de Justiça tratou de replicar o entendimento, isto é, tendo em vista que o Supremo decidiu que não caberia a ele julgar *habeas corpus* substituto no lugar de RHC, o STJ, por sua vez, tratou de não conhecer dos *habeas corpus* substitutivos.

O que acontece é mais da mesma confusão anunciada: em regra, não se conhece das mais distintas ações autônomas de impugnação impetradas, todavia, em casos excepcionais, concedem a ordem de ofício (nos exatos termos requeridos), com fundamentação no art. 654, § 2º, do CPP:

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

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Todavia, quando não verificam a manifesta ilegalidade, questão de mérito, simplesmente não conhecem do *habeas corpus*. Persiste, como vem sendo pesquisado, a miscelânea entre o juízo de mérito e os pressupostos da ação.

Posto isto, a classe advogada, para não ver seu *habeas corpus* “morto” nos tribunais estaduais e regionais federais, tratou de interpor recursos ordinários das decisões. Eis o início do imbróglio: cabe mais uma interposição de recurso ordinário, desta vez em face do acórdão lavrado pelo Superior Tribunal de Justiça para o Supremo?

O questionamento surge da redação constitucional do art. 102, inciso II, alínea “a”, que assim reza “o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

Com análise do texto constitucional se depreende que é incabível novo Recurso em *Habeas Corpus* contra decisão com origem em Tribunais Superiores advindo de recurso antecessor. A Segunda Turma do Supremo, por exemplo,

assim passou a decidir, tendo como modelo o Recurso em *Habeas Corpus* 161.468-MG.

Por sua vez, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal vai além, pois indica qual caminho a advocacia deve percorrer no que se trata dos graus recursais no bojo do *habeas corpus*, consistente em Recurso Extraordinário contra acórdão lavrado em recurso ordinário em *Habeas Corpus* – HC 128435/TO.

Em outra oportunidade, a Primeira Turma não só manteve seu posicionamento, como avançou no campo restritivo para aduzir que, nos casos de acórdão lavrado por Tribunal Superior em RHC também não cabe impetrar *habeas corpus* substitutivo, o que foi levado a efeito no *Habeas Corpus* 129.162-PA.

Percebe-se, no HC 129.162, que o tema posto à análise é a identidade de situações de corréus no que concerne à revogação da prisão preventiva. Salta aos olhos que a referida narrativa, por estar intrinsecamente ligada à legislação ordinária, especificamente sobre a presença ou não dos requisitos da decretação da prisão preventiva, disciplinados no Código de Processo Penal, não poderá servir como causa de pedir no corpo de um Recurso Extraordinário.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já tratou de decidir neste sentido de inadmissibilidade – ARE 978751.

Diante de mais um cerceamento expressivo à impetração do remédio sob estudo, poder-se-ia imaginar que, mais uma vez, a saída é arriscar no já dito causal conhecimento da ação mediante impetração de novo *habeas corpus*, afinal, ao menos a Segunda Turma do Supremo segue julgando normalmente os *habeas corpus*.

O entendimento em comento, com objetivo de desobstruir a pauta do Tribunal, vai de encontro ao que preconiza a Constituição no art. 102, inciso I, alínea “f”:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente

(...)

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

Ora, conforme o Tribunal Superior negue a ordem, passa ele a ser autoridade coatora, surgindo, então, a competência do Supremo Tribunal Federal, afinal, lembre-se do ensinamento de Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 660) “a competência em matéria de *habeas corpus* será determinada de acordo

com a autoridade coatora, ou com a qualidade da pessoa vítima da lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção”.

No geral, mediante caminho lógico, é cabível o *habeas corpus* substitutivo. Ora, a própria Súmula 691 do Supremo trata de declarar incabível a impetração de *habeas corpus* em face da negativa de liminar, mas silencia quanto à decisão colegiada de mérito. Todavia assim não entendeu o Supremo, que negou o *habeas corpus* originário. Em consequência, os causídicos passaram, então, a interpor recurso ordinário, o que foi, logo após, declarado incabível pelo Supremo.

Tanto cerceamento deságua no causalismo dos Ministros, o que dificulta, inclusive, a consulta a uma jurisprudência, isto é, a um conjunto de decisões similares, um núcleo duro de posicionamento daquele egrégio Tribunal, enquanto, por outro lado, fomenta a atecnia do Tribunal que ocupa o topo do Poder Judiciário.

8 DENEGÇÃO DO RELATOR E O JUÍZO FINAL: ALCANCE DA SÚMULA 606

Preconiza a súmula nº 606 do Supremo Tribunal Federal, dos idos dos anos oitenta, que “não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso”. Noutros termos, com a apreciação da ação autônoma de impugnação por órgão colegiado, a questão se encontra julgada para todos os efeitos.

Todavia, comumente o Supremo ignora a literalidade das normas em razão de questões metajurídicas, sejam elas políticas ou operacionais, de modo que se ampliou uma norma restritiva, mais uma vez no campo dos direitos e garantias fundamentais para, então, inadmitir *habeas corpus* também em contraponto a decisões de quaisquer de seus irreparáveis Ministros, conforme se observa no Agravo Regimental no Habeas Corpus 167.105.

A título de contextualização, alerte-se que toda a sociedade se encontra ameaçada de cerceamento processual penal com a solidificação deste entendimento, o que inclui, por exemplo, membros do Ministério Público.

Ora, as buscas no endereço do citado ex-Procurador-Geral da República foram determinadas de ofício, no bojo de inquérito policial, por um dos membros do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Alexandre de Moraes. Ainda mais grave, a medida fora exarada por órgão julgador destituído de qualquer resquício de competência. Todavia, caso seja aplicado o posicionamento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal mediante interpretação análoga da Súmula nº 606, nem sequer se poderá impetrar *habeas corpus*, afinal, se as Turmas não erram, tampouco os Ministros.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal, mediante nova criação de cerceamento à impetração do *habeas corpus* promove nova leitura do direito

fundamental previsto no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição, que assim passa a constar, segundo Alberto Zacharias Toron (2018, p. 110):

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, salvo quando oriundo de Ministro do STF, *porque aí não há remédio*.

Ocorre que, com breve pesquisa, pode se encontrar julgado em que fora admitido o *habeas corpus* impetrado em situação idêntica, desta feita no bojo da Operação Lava Jato (HC nº 127.483), o que demonstra, conforme vem sendo ressaltado, o subjetivismo criado pelos integrantes do STF.

9 INOVAÇÃO JUDICIAL: A EXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO

Conforme vem sendo exposto à luz, com o crescimento da demanda de *habeas corpus* nos Tribunais houve várias criações pela via exegética de restrições à impetração do remédio sob. Como se isso não bastasse, tratou-se de tratar questões de mérito como requisitos de admissibilidade, tudo com o fito de possibilitar um julgamento sumário do *writ*.

Não se contentando com a analogia da Súmula 606 e a criação do enunciado de igual natureza de n.º 691, ambos do Supremo Tribunal Federal, passaram os tribunais a exigir o prequestionamento das teses ventiladas. A título de esclarecimento, segundo leciona o professor Renato Montans de Sá (2016, p. 1139) “prequestionamento consiste na necessidade de a questão constitucional ou federal ter sido ventilada no acórdão recorrido”.

Destarte, novamente levada a efeito pela via da exegese, é justamente esta exigência que os Tribunais Superiores passaram a promover, consoante se observa do voto do Ministro Humberto Martins no Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* 300.047, em que evidenciou o entendimento da Primeira Turma pela inadmissibilidade de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, ressalvados casos excepcionais de flagrante ilegalidade.

A imposição do prequestionamento enquanto requisito de admissibilidade é natural aos Recursos Especial (REsp) e Extraordinário (RE), que não são recursos ordinários.

Entretanto, no que toca ao *habeas corpus*, a criação jurisprudencial ignora o papel do Poder Judiciário de dar concretude às normas, a saber, especificamente ao art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, *in verbis*: “os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas*

corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

Ora, há competência para expedir ordem de ofício no bojo do remédio heroico, não havendo que se falar em falta de competência ou supressão de instância. A situação toma contornos ainda mais dramáticos nos casos em que as teses foram suscitadas, porém não apreciadas pelo Juízo. Ora, como o Poder Judiciário pode impor um ônus à parte de uma omissão que ele próprio gerou? É bem verdade que, quando manifesto o constrangimento ilegal os Tribunais têm relativizado esta regra, conforme se observa do *Habeas Corpus* 453.827-SP.

Todavia o prejuízo se faz presente à advocacia, pois, novamente, para ter seu habeas corpus conhecido (ou, ao menos, concedido de ofício), deve-se apresentar a ilegalidade de forma ainda mais evidente. Do contrário, a sorte do remédio heroico ali encontra seu fim, sem mais nem menos, tendo a mesma “sorte” o direito à liberdade de locomoção de um ser humano posto à análise.

A título de desenlace, mostra-se de difícil compreensão apresentar a exigência de prequestionamento, no bojo do *habeas corpus*, na condição de direito absoluto do tribunal de origem de examinar toda e qualquer tese que não fora perante ele suscitada.

Ora, se verificada ilegalidade com prejuízo ou ameaça de prejuízo à locomoção de alguém, a Constituição Federal, então, não se limita a sugerir ou a conferir ao julgador a possibilidade de concessão da ordem, mas a impõe, conforme enunciado do art. 5º, inciso LXVIII: “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”.

Ademais, se já não se conhece, o que falta para que os Tribunais criem nova restrição exegética e passem a nem sequer admitir a concessão da ordem de ofício? Afinal, a pedra angular que proibiria a promoção destas tantas restrições fora ignorada, a saber, a impossibilidade de o intérprete levantar restrições a direitos e garantias fundamentais onde nem mesmo o legislador fez.

Afinal, a regra, consolidada ao menos na doutrina, sempre foi a interpretação mais eficiente das garantias constitucionais.

10 CONCLUSÃO

No que se refere às atuais restrições ao *habeas corpus*, mostrou-se viável analisar, historicamente, a crescente imposição de barreiras à admissão do habeas corpus, todas de origem exegética e jurisprudencial.

Dado o aumento expressivo da atividade persecutória estatal, acompanhado de multiplicação das mais diversas ilegalidades em desfavor da liberdade de locomoção, restou à sociedade a impetração de habeas corpus. Diante deste efeito, natural o aumento da demanda de ações a serem julgadas, a linha dos Tribunais foi a de passar a não conhecer as ações de *habeas corpus*.

As argumentações restritivas foram várias, desde equiparar o *habeas corpus* indevidamente ao agravo para, então, proibi-lo nesta condição em razão, como fora dito, tão somente das dificuldades operacionais das Cortes, a passar pela vedação do *habeas corpus* em face de decisão denegatória de liminar.

Como se isso não bastasse, a caminhar pela contrariedade à Constituição onde se fez constar, na concretização das normas, que o Supremo não tem competência para julgar violações monocráticas, exigindo, destarte, o julgamento colegiado do tribunal de origem. A passear, ainda, pela vedação à impetração do *writ* substitutivo de Recurso em Habeas Corpus e a culminar, por ora, na exigência do prequestionamento.

A bem da verdade, o mais preocupante à ciência processual penal é a razão de tamanhos cerceamentos: dificuldades operacionais. Não há critério jurídico, mas prático. Nada mais teria o condão de demonstrar de forma alva (conforme os Tribunais exigem o esclarecimento) o subdesenvolvimento das instituições jurídicas, em acompanhamento ao definhamento das políticas, o que dificulta a efetivação da Justiça, principalmente no tocante a direitos e liberdades.

Ademais, diante de tamanhas limitações práticas, nada se faz. O ordenamento jurídico se encontra defasado, a contar com um sistema recursal que apresenta involuções constantes o que maximiza a demanda anteriormente citada.

Além, em face de altas demandas e limitações práticas, como explicar a existência de apenas duas turmas com competência penal e processual penal no Superior Tribunal de Justiça? Como explicar, ainda, limitações semelhantes no Supremo Tribunal Federal, que se mantém firme na defesa das causalidades para conceder ordem quando bem entender?

A análise da jurisprudência defensiva nos concedeu a percepção de como há homogeneidade nos Tribunais quando se trata de cercear o alcance e a profundidade da garantia do *habeas corpus*, com ministros a repetir religiosamente as interpretações por eles criadas com o objetivo de limpar a pauta.

Ora, no que se refere aos acórdãos e, conseqüentemente, dos votos dos ministros, observamos que, excluídas as causais exceções por eles aceitas, que se tratam de brechas jurídicas disponíveis ao bom alvitre dos senhores julgadores, quase não houve dissemelhança nos mais diversos julgados, o que demonstra uma mecanização da Justiça em tema sensível como a liberdade de locomoção de alguém ilegalmente coagido ou tolhido.

Esta postura repressiva superou, inclusive, o limite, pois se nega concretização a normas de estatura constitucional. Ora, a nossa Lei Fundamental não previu embargos, embaraços, restrições à impetração e ao conhecimento do *habeas corpus* nestes moldes estudados. Não poderia, então, o intérprete fazê-lo, em área tão sensível como os direitos e garantias fundamentais, que possuem tratamento específico na hermenêutica.

Além, verifica-se a tendência de diminuição do conhecimento do *writ*, afinal, ao interpretar os fatos e concretizar as normas, os ministros sofrem maior impacto de sua jurisprudência do que das leis ou normas constitucionais. Possivelmente por terem predisposição para inovar no ordenamento jurídico sem maiores engessamentos legais.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção a obra-prima de cada autor).
- BRANDÃO, Deborah Julyanne Rocha. Controvérsias acerca da utilização do Habeas Corpus no sistema jurídico brasileiro. *Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará*. Fortaleza, ano 7, n. 1. jan./jun. 2015. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital01-2015/Articulista/DeborahJulyanneRochaBrandao.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.
- BRASIL: Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.
- BRASIL: Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao88.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *DOU*, Rio de Janeiro, DF, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 jul. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23 de fevereiro de 2006. *Jurisprudência do STF*, 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 691. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar. *Jurisprudência do STF*, s.a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1480#:~:text=N%C3%A3o%20compet%20ao%20Supremo%20Tribunal,t%20superior%20indefere%20a%20liminar>. Acesso em: 20 jul. 2023.

- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de Jeremy Lugros. São Paulo: Editora Nilobook, 2013. (Coleção de clássicos).
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MELLO, Daniel. Volume crescente de processos no STJ preocupa ministros e juristas. *Agência Brasil*. São Paulo, 27 de mai. de 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/volume-crescente-de-processos-no-stj-preocupa-ministros-e-juristas>. Acesso em: 10 set. 2019.
- SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SANTOS, Fabricia Cristina de Sá. *Direito e autoritarismo: o Supremo Tribunal Federal e os processos de habeas-corpus entre 1964-1969*. 2008. 215 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/3997>. Acesso em: 22 de ago. de 2018.
- SARTORI, Caio. STF registra recorde de pedidos de habeas corpus. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 25 de dez. de 2018. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-registra-recorde-de-pedidos-de-habeas-corpus,70002657262>. Acesso em: 28 de ago. 2019.
- TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 2ª ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.