



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

HABEAS CORPUS: Uma análise entre sua importância histórica e sua admissibilidade por parte dos Tribunais Superiores.

Matheus Mayer Milanez

Brasília

2018

Matheus Mayer Milanez

HABEAS CORPUS: Uma análise entre sua importância histórica e sua admissibilidade por parte dos Tribunais Superiores.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo de Sousa Queiroz

Brasília
2018

Matheus Mayer Milanez

HABEAS CORPUS: Uma análise entre sua importância histórica e sua admissibilidade por parte dos Tribunais Superiores.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo de Sousa Queiroz

Apresentado em 05 de julho de 2018

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Paulo de Sousa Queiroz

Professor Dr. Gamil Föppel El Hireche

Professor Dr. Vallisney de Souza Oliveira

Mestranda Gisela Borges
(suplente)

Brasília
2018

AGRADECIMENTOS

Preciso começar agradecendo as pessoas mais importantes na minha vida: meu pai Wanderlaan, minha mãe Helaine, meu irmão Pedro e minha segunda mãe, Adelaide; sem eles não seria a mesma pessoa que sou hoje e lhes sou eternamente grato.

Aos meus avós maternos Pires e Enid, que me passaram os ensinamentos de civilidade e decência, muitas saudades. Aos meus avós paternos, Wanderlaan e Renate: infelizmente não pude conviver muito com meu avô, mas minha avó me ensinou o que poucas pessoas sabem: que a menor distância entre o coração de duas pessoas está dentro de um abraço.

Aos meus irmãos que a Faculdade de Direito me deu: Salazar, Diogueira, Daniel, Choro, Igor, Cavalca, Leo e Juan. Meu muito obrigado por entrarem na minha vida e a tornarem muito mais leve e alegre.

À nossa Família 110: que nossa turma sempre esteja unida e que as primaveras durem para sempre.

À Olímpia, esta atlética maravilhosa da qual tive o prazer de ser o presidente fundador e muito agregou na minha trajetória dentro da UnB.

Ao Veredicto, este projeto incrível que mudou meu modo de pensar e ser.

Ao *habeas liber*, um projeto pioneiro e ousado dentro da Faculdade.

Aos meus amigos de trincheira na advocacia criminal que muito me ensinaram e que, mesmo sendo eu um estagiário, me mostraram a não fraquejar diante das violações ou ataques contra o direito.

Por fim, gostaria de agradecer ao Professor Dr. Paulo Queiroz por aceitar a empreitada de me orientar nesta jornada; ao Professor Dr. Gamil Föppel, Professor Dr. Vallisney Oliveira e a Dr^a Gisela Borges por aceitarem integrar minha banca de avaliação; exemplo de profissionais, cada um na sua área, serviram de baliza a minha formação profissional e acadêmica.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é, primeiramente, fazer uma retrospectiva histórica a respeito do *habeas corpus*, através da leitura do clássico de Pontes de Miranda, obra na qual ele faz uma retomada detalhada dessa história; mas, o que se pretendeu foi dar um vôle sobre as origens do HC até o Brasil para que se tenha noção da importância histórica de tal remédio constitucional; a fim de complementar esta leitura foi realizada uma análise de alguns HCs de Rui Barbosa. Em um segundo momento debruçou-se sobre a admissibilidade do HC por parte dos Tribunais Superiores e as Súmulas que geraram grandes entraves ao acesso do remédio heroico nestes tribunais. Além das súmulas, foi dado enfoque em algumas jurisprudências e entendimentos chave que os Tribunais Superiores têm perpetuado com relação ao *habeas corpus*. Por fim, foi feita uma análise das restrições impostas à admissibilidade do *habeas corpus* por parte dos Tribunais Superiores, com sua histórica importância construída ao longo do tempo como também se apresentou uma análise crítica da atual situação em que se encontra o *habeas corpus* dentro destas cortes. Na conclusão pretendeu-se apresentar algumas reflexões e propostas de mudanças a serem empreendidas a fim de se tentar amenizar essa situação imposta pela doutrina defensiva dos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Habeas Corpus, Súmula, Tribunais Superiores, Direitos Fundamentais

ABSTRACT

Firstly, the purpose of the current work is to make a historical retrospective about habeas corpus through the reading of the classics of Pontes de Miranda, a work in which he makes a detailed retake of this history. However, what was intended was to walk through the origins of the HC to Brazil so that one can have notion of the historical importance of such “constitutional remedy”. In order to complement this reading, an analysis of some HCs of Rui Barbosa was done. Secondly, the thesis dealt with the admissibility of the HC by the Superior Courts, the Summits that generated great obstacles to the access of the heroic remedy in these courts. Furthermore, there has been a focus on some jurisprudence and key understandings that the High Courts have perpetuated in relation to habeas corpus. Finally, an analysis of the restrictions imposed on the admissibility of habeas corpus by the Superior Courts was made, with their historical importance built over time, not only, but also as a critical analysis of the current situation in which habeas corpus is found in these Courts. In conclusion, the intention is to present some reflections and proposals of changes to be undertaken in order to try to alleviate this situation imposed by the defensive doctrine of the Superior Courts.

Keywords: Habeas Corpus, Cutlery, High Courts, Fundamental Rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1. - BREVE HISTÓRICO DO <i>HABEAS CORPUS</i>	9
1.1 - <i>Interdito de libero homine exhibendo</i>	9
1.2 - Magna Carta de 1215, na Inglaterra.....	10
1.3 - <i>Habeas Corpus</i> no Brasil	11
1.4 - A influência do Habeas Corpus inglês na história dos direitos humanos	14
1.5 - Habeas Corpus e Rui Barbosa.....	16
CAPÍTULO 2 - DAS LIMITAÇÕES A ADMISSIBILIDADE DO HABEAS CORPUS;	18
2.2 - STF como Tribunal Penal Originário;.....	18
2.2 - A Súmula 691 do STF	20
2.3 - Julgamento do Agravo Regimental como Pressuposto do HC.....	26
2.4 - Proibição do <i>Habeas Corpus</i> Substitutivo do RHC	29
2.5 - Proibição de RHC para o STF contra Acórdão de RHC do STJ e de Concessão de Ofício da Ordem	32
2.6 - Proibição de Habeas Corpus Contra Ato de Ministro do STF (King Can Do No Wrong)	38
3. - Reflexões sobre o HC diante de suas restrições.....	43
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

O trabalho visou realizar, em um primeiro momento, um panorama histórico sobre o *habeas corpus*, desde os tempos mais remotos do império romano ao Brasil império. Posteriormente uma análise sobre as ações dos Tribunais Superiores em limitar a admissibilidade dos *habeas corpus* sendo discutidas algumas dessas medidas e até mesmo súmulas promulgadas por parte do Supremo Tribunal Federal.

O marco teórico do capítulo histórico foi feito através da leitura de dois autores, Rui Barbosa e Pontes de Miranda, em especial da obra de Pontes de Miranda, que resgatam a importância que o remédio constitucional teve para a história do país na construção do Estado Democrático de Direito. Não somente, como uma volta às origens mais longínquas do *habeas corpus*, mas também, desde a época romana ao Brasil império, chegando aos clássicos *habeas corpus* de Rui Barbosa.

Como marco teórico para a análise da admissibilidade do *habeas corpus* perante a Suprema Corte foi utilizada a obra “HABEAS CORPUS controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do *writ*”, assim como outros textos de doutrinadores de nome dentro da esfera do direito penal e processual penal.

As súmulas escolhidas para serem debatidas foram retiradas do livro de Alberto Zacharias Toron, sendo complementadas com outros autores e casos importantes que tramitaram perante o Supremo ou o Superior Tribunal de Justiça, além da interpretação de outros autores a respeito dos mesmos temas abordados na obra.

Por fim, foram traçadas algumas reflexões a respeito de como os Tribunais Superiores têm abordado a restrição ao *habeas corpus* e como poderiam ser tomadas outras atitudes por parte destes mesmos tribunais, e também algumas críticas sobre os rumos aos quais se tem orientado nossa política criminal a respeito da temática debatida.

CAPÍTULO 1. - BREVE HISTÓRICO DO *HABEAS CORPUS*

Ao se propor o estudo do Habeas Corpus percebe-se claramente sua ligação direta à histórica luta pela efetivação dos direitos humanos, entendimento defendido nas palavras de Pontes de Miranda: “Mas na dimensão da liberdade: aí foi que se marcou, para o Homem, a luta mais decisiva”.¹

Ao se atentar para a origem histórica do habeas corpus, normalmente os historiadores do direito se atêm a três principais momentos históricos.

- a) O primeiro deles remonta ao período romano, com o Interdito de *Homine Libero Exhibendo*.
- b) O segundo momento é o da Magna Carta de 1215, na Inglaterra.
- c) O terceiro consiste na consolidação efetiva do *habeas corpus*, tal como se concebe hoje, no *Habeas Corpus Act* de 1679, também na Inglaterra.

A respeito do *interdito Homine Libero Exhibendo*, no Livro LXXI do Digesto, Ulpiano explica que a pessoa livre detida fraudulentamente deve imediatamente ser levada à aparição pública e notória, para que seja possível vê-la e tocá-la. Ulpiano explica que o termo “produzir a pessoa”, presente na fórmula latina, significa, literalmente, não manter a pessoa em segredo.

O percurso histórico desse instituto ajuda a entender a modificação de paradigmas responsáveis pela afirmação dos direitos humanos ao longo da história mundial.

Em se tratando de democracia moderna, o writ de Habeas Corpus de 1679 é um documento unanimemente colocado à base da modernidade democrática, considerado um marco da inscrição das liberdades individuais no seio de uma sociedade marcadamente absolutista, como era a sociedade inglesa do século XVII.

1.1 - *Interdito de libero homine exhibendo*

A sociedade romana era marcadamente escravagista e dividida em classes estanques, de forma que o status social do indivíduo denotava a qual esfera de direitos ele era pertencente. Dessa forma, os patrícios tinham direitos que não eram compartilhados

¹ Pontes de Miranda, 1951

pelos plebeus, que, por sua vez, tinham direitos que não eram compartilhados pelos escravos.

Assim, somente os homens livres possuíam o instituto processual adequado a pleitear a restituição da sua liberdade, qual seja o *interdictum de libero homine exhibendo*. Esse interdito tinha como objetivo a restituição do *ius libertatis* a qualquer homem livre que tivesse sido privado, arbitrariamente, de sua liberdade.

Mesmo que se observem as semelhanças entre esse interdito e o atual habeas corpus, é de se ver que ele não detinha o caráter de universalidade, sendo aplicável a um pequeno número de pessoas, tendo em vista o caráter mais restritivo dos conceitos de liberdade e de “detentor de direitos” inerentes ao direito romano. Some-se a isso o fato de que esse instituto só poderia ser utilizado contra particulares, não podendo ser proposto contra o poder imperial.

1.2 - Magna Carta de 1215, na Inglaterra

É por isso que boa parte dos estudiosos situa a Magna Carta inglesa, de 1215, como o momento do surgimento do habeas corpus e da construção da ideia de liberdade individual frente ao poder estatal.

“O Tribunal competente para conhecer o habeas corpus era a Casa do Banco do Rei (Court of Kings Bench) que assim se chamava porque lhe competia julgar os casos criminais e de suprema justiça ainda reservados pessoalmente ao rei. A sua origem é atribuída ao reinado de Henrique II (1133-1189).”²

A Petition of Rights e a Bill of Rights:

Com o passar do tempo, a Carta Magna passou a ser desrespeitada e a liberdade de locomoção dos homens livres deixou de ser garantida na Inglaterra, em especial quando se tratasse de prisão motivada por decreto real. No Reinado de Carlos I, a situação agravou-se ainda mais, conforme se observa nas citações abaixo:³

“Sob Carlos I, monarca mal aconselhado, que pretendia governar sem leis e sem Nobreza (cp. Voltaire, Le Siècle de Louis XIV, 11), a campanha dos povos ingleses recomeçou. A velha ambição de liberdade incendiou novamente o ânimo daquele povo e as novas opressões ainda mais acentuaram a gravidade do momento histórico. (MIRANDA, Pontes de. 1951).”

² Pontes de Miranda, 1951

³ Idem

O parlamento inglês se viu obrigado a convocar uma assembleia e a redigir a *Petition of Rights*, em 1628, com o reestabelecimento do remédio do *habeas corpus*, sem, contudo, trazer nenhuma inovação no rito processual desse writ.

A mera reafirmação da Carta Magna não se mostrou eficaz e veio, então, a necessidade de reafirmar a liberdade dos súditos frente ao poder monárquico com uma lei que trouxesse alterações no rito processual do *Habeas Corpus* e, em 1679, surge, na Inglaterra, a Lei de *Habeas Corpus* (*Habeas Corpus Act*).

O *habeas corpus* inglês previa uma ordem para que a autoridade coatora apresentasse a pessoa detida ao juiz, tentando justificar a legalidade da prisão, o que não foi acolhido pelos países de tradição diversa da anglo-saxã, sem que, por isso, tivesse menos importância. Em comentário sobre a Lei do *Habeas Corpus*, Fábio Konder Comparato diz:

“A importância histórica do *habeas-corpus*, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais. Na América Latina, por exemplo, o juízo de amparo e o mandado de segurança copiaram do *habeas-corpus* a característica de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública, acusada de violar direitos líquidos e certos, isto é, direitos cuja existência o autor pode demonstrar desde o início do processo, sem necessidade de produção ulterior de provas.⁴

Tal é a importância dessa lei que seu conteúdo foi parte integrante da *Bill of Rights* de 1688, que marcou o fim da Revolução Gloriosa e instituiu o governo parlamentar inglês, assinalando, em definitivo, o início do que se pode apontar como constitucionalismo, com a submissão do rei à soberania popular e o fim da concepção de divindade da realeza.

1.3 - *Habeas Corpus* no Brasil

No Brasil, o *habeas corpus* só foi expressamente introduzido com o Código de Processo Criminal de 1832, muito embora alguns doutrinadores defendam sua presença implícita no texto constitucional de 1824.

Antes de 1832, logo após a partida de D. João VI para Portugal, foi expedido o decreto de 23 de maio de 1821, “... alguns governadores, Juizes Criminais e Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam

⁴ COMPARATO, 2003

prender por mero arbítrio e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade...”.⁵

O Código de Processo Criminal, de 1832, inspirou-se nos Habeas Corpus acts ingleses de 1679 a 1816, adquirindo, todavia, feitura característica – por que não dizer – excelentemente nacional. A decisão era definitiva e irrecorrível. Somente havia uma instância, segundo o disposto no artigo 292, na parte referente a recursos: “Não haverá outros recursos nem meios de defesa, além dos declarados neste código”.⁶

Entre 1832 e 1871 ocorreram ligeiras modificações nas leis relativas ao habeas corpus, quer por atos legislativos e regulamentos, quer pela jurisprudência que acentuou, aqui e ali, às vezes sabiamente, certos pontos controversos ou insuficientes.

De 1832 a 1871, o Habeas Corpus parecia ser privilégio de brasileiros. O Código de Processo Criminal (Lei de 29 de novembro de 1832) apenas estabelecia no artigo 340: “Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de Habeas Corpus em seu favor”. Em 1871, porém, a lei número 2033 de 20 de novembro de 1871, estatui no artigo 18, parágrafo 8: “Não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de habeas corpus, nos casos em que esta lei tem lugar”; era a concepção do remédio como ligado à personalidade física.⁷

A partir desse momento esse instituto começou a ser, claramente (em verdade, já antes) como era da sua essência, a pretensão conferida pela lei a todo homem, nacional ou estrangeiro, de impedir ou fazer cessar a prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade – isto é: ordem-remédio para acudir aos indivíduos ilegalmente coarctados em sua liberdade física.⁸

”O habeas corpus brasileiro só tomou maiores contornos em 1891, com a Carta Republicana, que, em seu artigo 72, § 22, traz a previsão do referido instituto; leia-se: “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.”⁹

Tal dispositivo legal dava ao habeas corpus um amplo espectro, permitindo sua utilização contra qualquer ilegalidade e abuso de poder e não só para os casos de restrição da liberdade individual de locomoção. As Constituições seguintes restringiram

⁵ Pontes de Miranda, 1951

⁶ Idem

⁷ Idem

⁸ Idem

⁹ Idem

a utilização do habeas corpus ao seu sentido estrito, de garantia contra a violação do direito de liberdade de locomoção, conforme se observa nos seguintes artigos: art. 113, inciso XXIII da Constituição de 1934, no art. 122, inciso XVI da Constituição de 1937 e no art. 141 parágrafo 23 da Constituição de 1946, abaixo transcritos:

1934. Art. 113, inciso XXIII: Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe o habeas corpus.

1937. Art. 122, inciso XVI: Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

1946. Art. 141, § 23: Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o habeas corpus.

Interessante observar que a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº. 1 de 1969 mantiveram o texto do art. 141, parágrafo 23 da Constituição de 1946 praticamente sem alterações.

Contudo, o Ato Institucional nº.5, de dezembro de 1968, acolhido pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, suspendeu a garantia de habeas corpus nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, esvaziando o instituto de toda a sua utilidade.

Luiz Carlos de Arruda Camargo e Jurandir Vieira de Melo, ao mencionarem o tratamento dado ao instituto do habeas corpus durante o período do regime militar, afirmam que “a salvaguarda constitucional do habeas corpus, na época supra referida, era de aplicação restrita, vedada a sua concessão contra os abusos e ilegalidades que pudessem ser cometidos por atos das autoridades ditas revolucionárias”.¹⁰

O habeas corpus só voltou a ter toda sua força plenamente reestabelecida com a Constituição Federal de 1988 que, além de acabar com as restrições trazidas pelo regime militar, insculpiu o instituto como garantia fundamental individual e, portanto, cláusula pétrea, acabando ainda com a impossibilidade de se propor habeas corpus frente à transgressões disciplinares.

¹⁰ CAMARGO, Luiz Carlos de Arruda; DE MELO, Jurandir Vieira. Manual Prático do Habeas Corpus. São Paulo: EDIPRO, 1993. P. 13

1.4 - A influência do Habeas Corpus inglês na história dos direitos humanos

Fábio Konder Comparato nos ensina que: “A liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos.”¹¹ Assim, a liberdade política e as liberdades individuais são igualmente importantes para a construção de uma sociedade que respeita os direitos humanos e, portanto, democrática. A luta histórica que culminou na criação e modificação do habeas corpus também fomentou a luta pela positivação e efetivação de todas as gerações posteriores de direitos.

O exemplo inglês da busca pela liberdade, progressivamente construído através da Carta Magna, da *Petition of Rights* e da *Bill of Rights*, influenciou o restante do mundo assim como as declarações e revoluções que se sucederam. Em 1776, surgiu a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, que não só importava em limitações ao poder do Estado como também em afirmações dos “direitos naturais” pertencentes a cada indivíduo. Transcreve-se abaixo trechos dessa Declaração:

(...)

“I

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

VIII

Que em todo processo criminal incluído naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares.”

Fábio Konder Comparato credita ao artigo I dessa Declaração o papel de “registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos.”¹²

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos – 3ª Ed. Rev. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003

¹² Idem

O momento histórico posterior, das revoluções americana e francesa, veio a gravar, de uma vez por todas, a ideia de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo, como afirmaria Bobbio.¹³ Assim, a Declaração da Independência Americana de 1787, com as suas 10 emendas, bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, trazem em seu corpo o que se convencionou chamar de direitos de primeira geração, que, para Celso Lafer:

“Baseiam-se numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social”.¹⁴

Essa época coincidiu com um forte crescimento industrial das grandes cidades e com a pauperização das classes proletárias, que escancaram os limites dos direitos humanos, se vistos de uma perspectiva meramente individual e não seguidos de outras garantias, de cunho coletivo.¹⁵

Fortificou-se nesse período a luta por outra categoria de direitos, os chamados direitos sociais ou direitos de segunda geração, que seriam créditos do indivíduo diante da sociedade e do Estado e, ao mesmo tempo, pertencentes a todos, como o direito ao trabalho digno, à saúde, à educação.¹⁶

Esses direitos só vieram a ser plenamente afirmados no século XX, após intensas lutas, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, conforme nos diz Comparato.¹⁷

As duas grandes guerras vieram demonstrar os limites dos direitos humanos, quando entendidos somente na perspectiva dos ordenamentos jurídicos nacionais; a doutrina dos direitos humanos universalizou-se no período pós-guerra, ultrapassando as fronteiras nacionais, culminando com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e com a criação da Organização das Nações Unidas.¹⁸

A Declaração Universal de 1948 é um marco histórico tão relevante que Bobbio (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 25) afirma sobre ela que “o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos humanos,

¹³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 25

¹⁴ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. pag.126

¹⁵ idem

¹⁶ idem

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos – 3ª Ed. Rev. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003

¹⁸ Idem

não é mais o de fundamentá-los e sim o de protegê-los”. Comparato, por sua vez, diz que:

“Reconhece-se hoje, em toda a parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. (...) Ora, os direitos definidos na declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como exigências básicas de respeito à dignidade humana.”¹⁹

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, muitas outras declarações, convenções e tratados internacionais vieram e, sem dúvida, têm sua importância na construção da ideia dos direitos humanos e da democracia na sociedade contemporânea.

1.5 – Habeas Corpus e Rui Barbosa

De acordo com Marcela Caetano, essa disposição Constitucional ampla permitiu que Rui Barbosa esposasse a tese segundo a qual, dentro do ordenamento jurídico nacional, o Habeas Corpus não se restringiria a defender a liberdade de locomoção apenas, mas que sua competência fosse extrapolada para além desse entendimento ligado somente à liberdade física.²⁰

Deste modo, deveria se aplicar para todos os casos nos quais fossem constatadas ilegalidades, coações ou violações aos direitos fundamentais de todo cidadão. Tal tese encontrou amparo no STF da época e ficou consagrada como “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.²¹

Um dos exemplos foi o *habeas corpus* 300, impetrado por Rui Barbosa em 1892 em favor de pessoas presas e desterradas em razão do estado de sítio que se situava à época. O remédio constitucional afirmava que o STF detinha competência para apreciar a constitucionalidade dos atos políticos praticados durante o regime de excepcionalidade que estava instaurado e que violavam os direitos fundamentais dos pacientes em

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos – 3ª Ed. Rev. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003

²⁰ CAETANO, Garantias Jurisdicionais dos Administrados no direito comparado de Portugal e do Brasil, p. 114.

²¹ Idem

questão. Infelizmente o STF declinou de sua responsabilidade, pois não seria de sua competência a rescisão judicial da possibilidade da instauração de Estado de sítio.²²

Rui Barbosa, sempre empenhado na militância da advocacia, foi levado a impetrar diversos outros HCs sobre a mesma tese, de modo que, passo a passo, o STF, motivado pelos discursos e teses de Rui que enriqueceram a doutrina jurídica brasileira no final do século XIX e início do século XX, foi assumindo seu papel de guardião da Constituição no cenário político nacional, ou seja, se prostrando como o Estado Juiz que protege direitos e garantias fundamentais.²³

Em meados de 1893, o STF aderiu, pela primeira vez, em favor das teses de Rui Barbosa, o que levou ao reconhecimento da sua tese de defesa dos direitos fundamentais. No âmbito do *habeas corpus* 410, no qual foi requerida a soltura imediata de Vapor Júpiter, que havia sido preso pelo governo federal e colocado junto com sua tripulação de forma a se manter incomunicável.

Tal *habeas* levou o Supremo à soltura do referido paciente por concluir que o ato militar violava os direitos individuais do cidadão²⁴. Desta decisão em diante, o controle de constitucionalidade dos atos do executivo passou a ser exercido pelo STF. A reforma de 1926 teve como condão reestabelecer a concepção inglesa de HC. A partir da introdução do Mandato de Segurança em 1934, o debate sobre a abrangência do HC foi finalizado, ficando constatado que teria apenas o objetivo de proteger a liberdade de locomoção.²⁵

²² BARACHO JÚNIOR, **A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal**, p. 331.

²³ MORAES, **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**, p. 256.

²⁴ Habeas Corpus 410, Min. Freitas Henriques, julgado em 16/8/1893. In: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/an>

²⁵ FERREIRA FILHO, **Direitos Humanos Fundamentais**, p. 148.

CAPÍTULO 2 – DAS LIMITAÇÕES A ADMISSIBILIDADE DO HABEAS CORPUS;

2.2 - STF como Tribunal Penal Originário;

Para se iniciar a discussão a respeito das limitações impostas ao Habeas Corpus pelas altas cortes do país (STF e STJ), é necessário compreender a nova mentalidade que se constrói quanto ao papel destas na preservação deste tão importante instituto.

Com relação ao Direito Penal em si, o próprio Ministro Luís Roberto Barroso já disse, em algumas oportunidades, que “o STF não pode ficar julgando um sem-número de habeas corpus, ocupando-se do varejo das coisas da Justiça Penal, que são muitas e intermináveis”. Tal raciocínio se alicerça no entendimento de que o STF deveria se focar em ser um tribunal constitucional, mesmo que nossa constituição diga o contrário, que vai de julgamento de ações penais originárias no próprio âmbito do Supremo até os *habeas corpus* e recursos, alcançando até a revisão criminal de seus próprios julgados. (TORON, 2017).

Ressaltemos alguns *habeas corpus* que tiveram o condão de alterar entendimentos no Supremo e até mesmo construir uma nova jurisprudência em defesa da Constituição e preservação da hermenêutica penal.

Começemos pelo HC 82.959, que culminou no reconhecimento da inconstitucionalidade do regime integral do cumprimento de pena, como estipulava a lei nº 8.072, lei de crimes hediondos, em seu texto originário. Ainda como o HC 94.016 em que estando os réus livres, se salvaguardaram os direitos de qualquer dos litisconsortes passivos formularem perguntas aos corréus. O HC 87.926, tão precioso para a advocacia, pois deu fim ao entendimento de que o Ministério Público de segundo grau, agindo como *custus legis*, falava sempre por último. (TORON, 2017)

Estes exemplos servem para clarificar a situação de que, apesar dos ditos “casinhos” ou mesmo o “varejinho do crime”, que não necessariamente são casos midiáticos, os HCs detêm a força de alterar entendimentos e moldar novas jurisprudências. Eles têm a importância de não só beneficiar o cidadão envolvido na situação em contenda, mas também freia abusos e atitudes arbitrárias de agentes do Executivo, do próprio Judiciário e até mesmo dos membros do Ministério Público.²⁶

²⁶ TORON, 2017

Ao agir no intuito de negar sua atuação como tribunal penal, o STF tenta negar sua função constitucional instituída na Constituição Federal pelo art.102, I, i, e II, letra a:

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

(...)

I – Processo 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;

(...)

II – Julgar, em recurso ordinário:

a – 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.

Os trechos constitucionais são de clareza solar de que o Supremo não pode se afastar da sua função de tribunal penal em se tratando dos temas apontados.

Sobre essa questão, Ademar Rigueira Neto aponta que o constituinte originário deu ao Supremo um papel ao qual ele não estaria preparado para tal, que até o levaria a se distanciar do seu papel originário de guardião da constituição; essa “nova função” acabou por causar um mal-estar dentro do próprio supremo, levando-o a um mau funcionamento destas funções penais. Isso acabou implicando em um grande amontoamento de processos e inquéritos dentro dos gabinetes e tornando ainda mais moroso esse e outros tantos processos que tramitam dentro do Supremo.²⁷

Neste mesmo diapasão temos uma forte sinalização partindo de ministros do STJ que atestam a plenos pulmões que o excesso de processos nas altas cortes leva a um aumento da chance de erro aliado a uma maior cobrança quanto à celeridade nos julgamentos. De acordo com o Ministro Sebastião Reis, a fundamentação dos mesmos com base em uma escala de produção combinado com o volume de processo é uma preocupação. “Há falta de fundamentação em determinadas decisões, ou seja, decisões com o corpo já estabelecido, predefinindo em que o juiz muitas vezes se limita apenas a

²⁷ RIGUEIRA NETO, Ademar. 13 de junho de 2018

encaixar o nome das partes” explanou o Ministro no dia 24 de maio em um evento sobre cortes superiores na Associação dos Advogados de São Paulo.²⁸

Tratando em especial da seara penal, o Ministro Schietti enfatiza que uma das maiores razões para esse aumento de processos se deve a “Determinadas questões que eram discutidas também no âmbito do Habeas Corpus”. Outro entrave se deve ao fato de que inúmeras decisões oriundas de tribunais de alçadas inferiores, sejam os TRFs ou sejam os TJs “insistem em decidir de forma contrária à jurisprudência”. Por fim, aponta que a advocacia também não auxilia nessa questão, pois “Você nega o Habeas Corpus e há troca de advogados do caso. Logo em seguida vem outro Habeas Corpus, impetrado por esse novo advogado, discutindo a mesma coisa que já havia sido negada”.²⁹

Com todo respeito pelo entendimento esposado pelo Ministro Schietti, depositar na advocacia parte de culpa dentro da morosidade dos tribunais superiores e em especial pelo amontoamento de processos dentro dos gabinetes é impensável. Não podemos de modo algum atribuir ao cidadão, ao indivíduo dotado de direitos, a culpa por inundar os tribunais com ações mil. O problema não se encontra nas partes, seja a passiva ou a ativa, mas sim dentro do próprio judiciário que precisa de novas formas de se adaptar a essa crescente demanda.³⁰

2.2 – A Súmula 691 do STF

SÚMULA 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.”

Retomando a crítica do ministro Schietti com relação à advocacia que persiste em pleitear os direitos de seus clientes perante o judiciário e levaria a um maior volume de processos, aqui novamente esse raciocínio foi usado para que se elaborasse a presente súmula em contenda.

Neste mesmo diapasão, não podemos ter a morosidade do Poder Judiciário ao se analisar questões que atacam diretamente os direitos consagrados pelo art. 5º da nossa

²⁸ VALENTE, Fernanda. Conjur 2018

²⁹ Idem

³⁰ Idem

constituição; esse “vazio constitucional” é extremamente danoso. Temos de reforçar a **eficácia** desse instrumento de “jurisdição constitucional da liberdade”³¹

Um precedente essencial para o entendimento da criação da súmula em questão é o HC 76.347-1-MS, no qual o saudoso Ministro Moreira Alves argumenta que “admitir-se essa sucessividade de *habeas corpus*, sem que o anterior tenha sido julgado definitivamente para a concessão de liminar *per saltum*, ter-se-ão de admitir consequências que ferem princípios processuais fundamentais, como o da hierarquia dos graus de jurisdição e o da competência deles”³²

Dentro deste mesmo HC, o voto-condutor na questão elencou 3 principais argumentos, em sede de questão de ordem, construídos para se debruçar a questão em comento.

“A) se concedida a liminar pelo relator do *habeas corpus* nesta Corte ‘STF’, estarão prejudicados os *habeas corpus* interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal, pela impossibilidade de estes, examinando o mérito – que é o mesmo da liminar – concluírem pela improcedência do pedido, por terem de cassar necessariamente, até por causa do mesmo fundamento, a liminar concedida, no âmbito de sua competência, por juiz que é hierarquicamente superior

B) com isso, obtém-se indiretamente o que, por falta de competência, não é permitido diretamente, ou seja, que o relator do *habeas corpus* nesta Corte ‘STF’ conceda liminar contra despacho de juiz de primeiro grau; e

C) se se entender, ao contrário, que, com a concessão da liminar pelo relator nesta Corte, não ficam prejudicados os julgamentos dos *habeas corpus* que tramitam no Tribunal Regional Federal e no Superior Tribunal de Justiça, ter-se-á de admitir que, se o primeiro deles julgar o writ perante ele interposto, e que visa ao mesmo fim a que visam os interpostos sucessivamente diante do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e o indeferir, esse acórdão não só cassará a liminar concedida pelo Ministro desta Corte ‘STF’, como também tornará prejudicado o julgamento pela Turma a que ele pertence do próprio **habeas corpus**, além de tornar prejudicado o julgamento do **writ** impetrado também junto ao Superior Tribunal de Justiça, violando por duas vezes o princípio da hierarquia de jurisdição pela cassação de liminar deferida por juiz superior e por impedir que o tribunal superior (e, no caso, são dois) delibere, em definitivo, contra o julgado pela Corte inferior” (Questão de Ordem no HC 76.347-1-MS, DJ 08.05.1998)

Passemos a uma análise mais aprofundada da súmula.

Fica clara a generalização quando se coloca que o pedido em sede de liminar seria o mesmo pedido da ordem a ser concedida em si. É comum na prática forense a impetração de Habeas Corpus com pedido de liminar que difere do pedido de concessão de ordem, como, por exemplo, o pedido de trancamento de ação penal na concessão da ordem e o pedido em sede de liminar requerer a suspensão do interrogatório e/ou indiciamento, de modo que a impetração de Habeas Corpus em sede de STJ contra

³¹ TORON. 2017

³² DJ 08.05.1998

denegatória de liminar em sede de Tribunal de Justiça não acarrete uma supressão de instâncias.³³

A concessão da liminar pelo STJ em nada impede que o Tribunal de Justiça não conceda a ordem, pois o TJ estaria de posse das informações prestadas pela autoridade coautora, assim como pelo parecer apresentado pelo Ministério Público. Isso pois, a concessão de liminar pelo grau de jurisdição superior não obsta a eventual denegação da ordem pelo tribunal local ou regional, pois a amplitude e a profundidade cognitiva do Tribunal quando do julgamento definitivo do habeas são diferentes.

Caso reste alguma dúvida quanto ao entendimento, tanto por parte do STJ quanto por parte do STF, de que “a concessão de medida liminar em *habeas corpus* impetrado contra decisão de relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indeferir liminar, **não prejudica a tramitação e julgamento do writ impetrado na origem**”, apresentamos as seguintes jurisprudências dos Tribunais Superiores:

- a) STF - HC n. 105.833, Relator Ministro Marco Aurélio Melo, Dje 12.11.2010 e na ementa Dje 21.08.2012;
- b) STF - HC n. 92.668, em questão de ordem, em 29.03.2011, Relator Ministro Dias Toffoli;
- c) STF - HC n. 123.339, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Dje 19.11.2014;
- d) STF - HC n. 92.474, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Dje 20.02.2009
- e) STJ – HC n. 322.565, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Dje 27.10.2015;
- f) STJ – HC n. 237.925, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior.

E reforçando que a denegação de ordem pelo tribunal local não implica em qualquer subversão hierárquica; mesmo que, *arguendo tantum*, o pedido liminar coincidissem com o pedido de fundo o raciocínio empregado por parte do julgador em analisar as diferentes questões seria divergente, pois “pode o Ministro conceder uma liminar por entender, *si et quantum*, presente a fumaça do bom direito, mas o Tribunal na origem, julgando o feito, denegar a ordem”³⁴

³³ TORON, 2017

³⁴ Idem

Seguindo esta linha de raciocínio poderia se aventar que estaríamos a defender uma ofensa à hierarquia dos tribunais ou/e até mesmo as suas competências, mas uma simples análise resolve o presente “conflito de raciocínios”, pois de um lado temos o julgamento da liminar e do outro lado temos o processo que atravessou uma instrução. Seguindo esta linha, se um tribunal de grau inferior julga o mérito de um *habeas corpus* deverá o tribunal superior julgar prejudicado o *writ*, pois já se encontra sanada a construção argumentativa da fumaça do bom direito através da análise processual ao longo da instrução do mesmo.

O raciocínio é o mesmo caso um tribunal superior julgue o *habeas* concedendo a ordem e posteriormente o tribunal de grau inferior julgar o mérito do *habeas* denegando-lhe a ordem. Nas palavras de Alberto Toron “o julgamento da liminar pela instância superior não vincula o juiz quanto ao mérito da ação que vem a julgar, como, aliás, se tem visto no cível quando se trata de provimento de agravos tirados de decisões que indeferem liminares”.

Outro sustentáculo da súmula é o entendimento de que se supõe uma sucessividade que não é corriqueira, pois nem sempre se tenta obter *per saltum* do Supremo o que diretamente “por falta de competência” não se pode obter, “ou seja, que o relator do *habeas corpus* nesta Corte ‘STF’ conceda liminar contra despacho de juiz de primeiro grau”. Vale lembrar que o *habeas corpus* pode ser concedido, a qualquer tempo de ofício, pelo julgador (CPP, art. 654, §2º), o que, por sua vez, afasta o enigma a respeito do “salto”, assim como o empecilho que se coloca ao manejo de *habeas corpus* diante do indeferimento de sua liminar, o que se comprova através do voto do Ministro Ilmar Galvão nos idos de 2002:

A orientação que vem sendo seguida é a impossibilidade de impetração de *writ* contra indeferimento de liminar durante o período forense, época em que a decisão impugnada será prontamente examinada pelo tribunal competente, que poderá mantê-la ou não.

Hipótese diversa, contudo, dá-se quando, em virtude do recesso judiciário, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ou o ministro que estiver no exercício da presidência, revela-se a única autoridade capaz de remediar o constrangimento ilegal porventura existente, mormente se se considerar a possibilidade de concessão da ordem de ofício³⁵

Exaurindo mais o assunto, ao se impetrar um *habeas* como substitutivo do RHC nós teríamos a matéria da liminar sendo apreciada pelo STJ, de modo que não teríamos

³⁵ HC 81.677-1/RJ, r.j. 25.04.2002, decisão monocrática, DDJ 03.05.2002, p. 25-26, n° 265

uma supressão de instâncias, como cogitado. Nesta situação, o STF analisaria a questão sem salto algum, um tema que não decorre diretamente da decisão proferida por parte de um juiz do primeiro grau, mas sim de uma decisão proferida em sede de STJ. Neste caso, o STF não poderia se negar a julgar a matéria, por conta do comando Constitucional:

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; (grifo nosso).

Poder-se-ia aventar que se estaria discutindo a decisão do juiz de primeiro grau, caso seja mantida sentença proferida em sede de liminar pelo Tribunal correspondente. Contudo, o que se está atacando com o manejo do remédio constitucional é a decisão proferida por parte do Tribunal. Não somente, como o texto constitucional não veda o manejo do *habeas* contra o indeferimento da liminar, soa especioso que, pela via exegética, queira-se restringir o alcance da tutela da liberdade do cidadão. Ainda mais quando o que se encontra em contenda é se a decisão proferida pelo Tribunal foi correta ou não na concessão da liminar pretendida.

Um julgado muito curioso sobre a questão foi o HC n. 85.186, no qual se questionava a nulidade da decisão monocrática de ministro do STJ; a impetração do remédio foi conhecida e a liminar provida, após impetração de Agravo Regimental. No caso em tela o Ministro Pertence admitiu que a “dissonância entre a causa proposta e a fundamentação de sua decisão judicial, mais que a falta de motivação, corresponde à negativa de prestação jurisdicional”.³⁶

O que se pode extrair do entendimento do caso mencionado é que a ordem foi concedida, pois não visava “obter do STF a liminar no HC pendente da decisão definitiva do STJ, mas apenas para declarar nula a decisão que lá a indeferiu” (Acórdão da ação de cima). Seguindo este raciocínio, a súmula deveria ter sua redação alterada para “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado

³⁶ Ag. Reg. No Habeas Corpus 85.186

contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar, salvo quando se questionar a sua validade formal".

Outro julgamento curioso vai de encontro ao texto da súmula. O relator originário do HC nº 89.025, Ministro Joaquim Barbosa havia negado seguimento no Agravo Regimental interposto, mas a 2ª Turma do STF deu-lhe provimento em julgado que, à parte pertinente a discussão, ementou que:

Agravo regimental no Habeas corpus. Súmula 691/STF. Excepcionalidade. (...). 1. O entendimento pacificado nesta Corte é no sentido de afastar a incidência da Súmula 691/STF quando flagrante o constrangimento ilegal. (...). 4. Concessão de liminar para cassar o decreto da prisão preventiva (DJ 09.11.2007)

Pode-se extrair do julgado referido que o próprio STF tem afastado/mitigado a aplicação da própria Súmula em assuntos que: (a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou (b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF. O próprio ministro Cezar Peluzo, em seu voto vencido no HC nº 85.185, coloca que o critério adotado para superação da Súmula 691 acaba por confundir pressupostos de admissibilidade da impetração com os de mérito (HC nº 85.185). Seguindo este raciocínio, a superação da Súmula se dará quando for questão de concessão de ordem, o que acarretaria em uma espécie de julgamento sumário monocrático, confundindo-se assim, a admissibilidade do próprio remédio constitucional.³⁷

Nesta mesma linha, já argumentava o então juiz Danta Busana, ao relatar *habeas corpus* no extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: alertava-nos o magistrado que “garantia constitucional e ação de direito processual constitucional, o *habeas corpus* não conhece outros limites que os estabelecidos na Carta Magna”. Não estranho que os próprios Ministros do Supremo começaram a mitigar os efeitos da Súmula em seus julgados, afastando-a em casos teratológicos ou de patente constrangimento.³⁸ Na mesma linha, temos o seguinte julgado ementado pela 2ª Turma no bojo do HC 125.555:

³⁷ TORON, 2017

³⁸ Idem

À vista da Súmula 691 do STF, de regra, não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator pela qual, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar sob pena de indevida – e, no caso, dupla – supressão de instâncias, ressalvadas situações em que a decisão impugnada é teratológica, manifestamente ilegal ou abusiva. Precedentes. A hipótese dos autos, todavia, autoriza a superação da regra procedimental³⁹.

Uma rápida digressão a respeito das Súmulas nos obriga a trazer o saudoso Ministro Victor Nunes Leal, que no RE 54.190 sustentava que:

Se tivermos de interpretar a Súmula com todos os recursos de hermenêutica como interpretamos as leis, parece-me que a Súmula perderá sua principal vantagem. Muitas vezes, será apenas uma nova complicação sobre as complicações já existentes. A Súmula deve ser entendida pelo que exprime claramente, (...) Ela pretende por termo a dúvidas de interpretação e não gerar outras dúvidas”. (...)

A Súmula foi criada para por termo a dúvidas. Se ela própria puder ser objeto de interpretação laboriosa, de modo que tenhamos de interpretar com novas dúvidas, o sentido da Súmula então perderá a sua razão de ser.⁴⁰

Fazendo uso das palavras do Ministro no caso em discussão, fica de difícil sustentação a súmula atacada, pois a Súmula deveria facilitar e até mesmo agilizar o julgamento de matérias repetitivas, mas na verdade acaba por gerar maior dúvida e incerteza a respeito dos julgamentos já que agora, além da análise do texto constitucional se faz necessária uma análise acerca do “texto sumular”; esse fato, de acordo com o ministro, vai à contramão da serventia da própria Súmula.

Entretanto, o próprio Supremo vem mitigando a aplicação da súmula por eles editada, haja visto o entendimento ementado pela 2ª Turma no julgamento do HC 125.555:

À vista da Súmula 691 do STF, de regra, não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator pela qual, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar sob pena de indevida – e, no caso, dupla – supressão de instâncias, ressalvadas situações em que a decisão impugnada é teratológica, manifestamente ilegal ou abusiva. Precedentes. A hipótese dos autos, todavia, autoriza a superação da regra procedimental⁴¹.

2.3 – Julgamento do Agravo Regimental como Pressuposto do HC

³⁹ DJ 04.04.2015

⁴⁰ Rel. Min. Victor Nunes Leal, in: Fernando Dias Menezes de Almeida, memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2006. P. 36

⁴¹ DJ 04.04.2015

Para ilustrar o novo tópico, traz se à luz o trecho da ementa do julgamento do HC nº. 114.043, relatado pelo Ministro Luiz Fux:

6. o Habeas Corpus é incabível quando endereçado em face de decisão monocrática que nega seguimento ao *writ*, sem a interposição de agravo regimental.

7. A competência desta Corte somente se inaugura com a prolação de ato colegiado, salvo nas hipóteses de exceção da Súmula 691/STF. E não há de se estabelecer a possibilidade de flexibilização desta norma, pois, sendo matéria de direito estrito, não pode ser ampliada via interposição para alcançar autoridade – no caso, membros de Tribunais Superiores – cujos atos não estão submetidos à apreciação do Supremo.

8. O artigo 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, permite ao relator negar seguimento a pedido improcedente e incabível, fazendo-o como porta-voz do colegiado. Entretanto, a competência do Supremo Tribunal Federal apenas exsurge se coator for o Tribunal Superior (CF, artigo 102, inciso I, alínea “i”), e não a autoridade que subscreveu o ato impugnado, por isso que, *in casu*, impunha-se a interposição de agravo regimental, sob pena de mal ferimento da norma segundo a qual quando o coator for tribunal superior, a impetração de habeas corpus neste Corte não prescinde do prévio esgotamento de instância. (Dje 05.06.2013)⁴²

Nessa mesma linha temos o Informativo 729 do STF em que se lê:

Não se conhece de *habeas corpus* ou de recurso ordinário em *habeas corpus* ou de recurso ordinário em *habeas corpus* perante o STF quando, da decisão monocrática de Ministro STF, que não conhece ou denega o *habeas corpus*, não se interpõe Agravo Regimental

Salta aos olhos o fato de que, ao arrepio do texto Constitucional, o Supremo crie entraves ao processamento e recebimento de *habeas corpus* por ele. Nessa mesma linha, permite-se concluir que o próprio tribunal estaria convalidando que ilegalidade e abusos se prolonguem no tempo ao colocar tal exigência como admissibilidade de *habeas* no Supremo.

Nessa linha argumenta Alberto Toron que:

Depois, quem teve seu *habeas* indeferido monocraticamente no STJ haverá de considerar a ilegalidade flagrante e, obviamente, identificar numa exceção que permite a superação da Súmula 691. Se manejar o *habeas* e o relator do STF não considerar assim, a possibilidade de se veicular o reclamo estará sepultada definitivamente, sem que se tenha apreciado a impetração por um colegiado. Não interposto o Agravo Regimental na instância de origem, a decisão monocrática terá transitado e, por outro lado, com o indeferimento no STF por alta de pressuposto o cidadão ficará a mingua.

⁴² Nesta mesma linha de entendimento temos na 1ª Turma o HC. nº 115.279 Dje 27.02.2014 e o HC nº 115.318, rel. Min. Barroso, monocrático. Dje 13.02.2014. Na 2ª Turma, com a oposição dos Ministro Celso de Mello e Gilmar Mendes, RHC nº 116.711, relator Ministro Gilmar Mendes, 19.11.2013, informativo STF, 729.

Nesta seara o próprio Supremo criou uma armadilha interpretativa não só para os advogados e os cidadãos, que podem manejar o *writ* sem nenhum impedimento, mas para a próprio Corte, que terá de se aventurar pelo subjetivismo de cada ministro, podendo ainda permitir que as ilegalidades a serem combatidas pelo *writ* continuem a se perpetuar. Em sua ânsia de limitar o *habeas* com o que não é, que acaba se esquecendo do que o é, “um instrumento apto a coibir ilegalidades contra a liberdade do constringido, sem qualquer entrave burocrático ou formalismo”.⁴³

Não obstante, o próprio Supremo tem mitigado as barreiras restritivas do conhecimento do *habeas corpus* para conceder a ordem *ex officio* quando se discute diretamente o *status libertatis* do paciente.

Assinalo, no entanto, que, mesmo em impetrações contra decisões monocráticas de Ministros de outros Tribunais Superiores da União, a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ainda que não conhecendo do *writ* constitucional, tem concedido *ex officio*, a ordem de *habeas corpus* naqueles casos em que se evidencie patente a situação caracterizadora de injusto gravame ao *status libertatis* so paciente (HC nº 118.560, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski)⁴⁴

Dentro da seara criminal, sempre devemos nos guiar pela ideia de que o mais importante é a procedência ou não do pedido, ficando em segundo plano a forma pela qual se instrumentaliza o mesmo. Até para que se consagre a decantada instrumentalidade das formas que são normalmente invocadas para flexibilizar garantias da defesa. Nesta situação, importante relembrar o relevante pronunciamento do Ministro Marco Aurélio no voto vencedor proferido no HC nº 86.864 SP (MC) sobre o Habeas Corpus e a postura do juiz quando vai julgá-lo:

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de envergadura maior, e o é porque inerente a um princípio constitucional explícito, implícito, e diria próprio ao direito natural, que é o princípio-base da vida: a liberdade.

Não sofre o *habeas corpus* qualquer peia. Contenta-se a ordem jurídica constitucional com o concurso de três elementos envolvidos ao próprio Estado-juiz: o primeiro, ter-se como configurada uma ilegalidade: o segundo, o cerceio ou ameaça – contenta-se a ordem jurídica constitucional com a simples ameaça de cerceio À liberdade de ir e vir -; e o terceiro, para chegar-se ao objeto buscado pelo *habeas corpus* a existência de um órgão a que se possa recorrer.⁴⁵

Para complementar o entendimento do ministro, traz-se à tona o entendimento de que o juiz:

⁴³ TORON, 2017

⁴⁴ Medida Cautelar no HC nº 120.676, relator Ministro Celso de Mello, 19.12.2013; DJe 03.02.2014

⁴⁵ STF, Pleno, relator Ministro Carlos Velloso, DJ 16.12.2005

Tem de se conscientizar que o *habeas corpus*, não é o procedimento como outro qualquer, em que o formalismo pode impedir se alcançar o âmago do conflito. Não. Ele é remédio rápido, expedito, acessível a todos, quando existia constrangimento efetivo ou potencial. Reduzir o *habeas corpus* a um procedimento calcado em regras inflexíveis, válidas para os direitos indisponíveis, constitui selar-lhe a morte⁴⁶

Em suma, alargar a admissibilidade de *habeas corpus* contra decisão que nega sua ordem somente após a interposição de Agravo Regimental no Tribunal que a negou é um atentado contra o texto constitucional, haja visto que tal barreira de admissibilidade não se encontra em nenhum momento na Constituição, levando a crer que o próprio Supremo tenta limitar o acesso do cidadão ao remédio constitucional essencial para a preservação do Estado Democrático de Direito.

2.4 – Proibição do *Habeas Corpus* Substitutivo do RHC

Ao se analisar pelo viés do advogado, é muito mais prática a interposição de Recurso Ordinário Constitucional (ROC), pois todos os documentos já estão presentes nos autos em que se recorrerá. Entretanto, em inúmeros casos utiliza-se do *habeas corpus* em substitutivo do recurso, pois há urgência na apreciação da medida cautelar e da sua respectiva eficiência.

O próprio entendimento jurisprudencial de muitos anos já aponta que era cabível o *habeas corpus* originário substitutivo do RHC, tanto que se ganhava em termos de celeridade, como assentou o Ministro Moreira Alves no RHC nº 67.788. Após o período ditatorial pelo qual o país atravessou, no qual, através do AI-6 se negava o *habeas corpus* substitutivo de RHC, a Constituição de 88 veio em sentido totalmente contrário, pois passou novamente a admitir o manejo de *habeas corpus* substitutivo do RHC. Já assentou o próprio Ministro Costa Lima que “A Constituição em vigor não opõe restrições a impetração originária de *habeas corpus*, visando a substituir o recurso ordinário”⁴⁷

O Ministro Moreira Alves, à época, assentava entendimento similar, como proferido em voto no RHC nº 67.788, DJ 22.02.1991:

⁴⁶ Renato Nalini e Xavier de Aquino, Manual de processo penal, ob, cit., p. 401

⁴⁷ HC 1.733 – STJ.

Com efeito, sob o império da Constituição de 1946, de quaisquer decisões denegatórias de habeas corpus proferidas por Tribunais locais ou federais cabia recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, porque, acima deles, só se encontrava este. Como a Constituição de 1946 não proibia a substituição do recurso ordinário pela impetração originária (e est se fundava na letra h do inciso I do art. 101 daquela Constituição), o Supremo Tribunal Federal – (...) – admitiu pelo menos a partir de 1951, pacificamente, que essa substituição era possível. E só deixou de admiti-la porque o AI-6, de 1º de fevereiro de 1969, para impedir essa orientação firmada por esta Corte, proibiu expressamente que, no âmbito do STF, essa substituição se fizesse, proibição que foi mantida pela Emenda Constitucional nº 1/69.

(...)

Ora, se a atual Constituição se omitiu quanto a essa proibição, que quanto ao STF quer quanto ao STJ, nos casos em que admite recurso originário de habeas corpus para eles, o sentido normal dessa omissão é o de ter deixado de haver proibição, que tanto não era infensa ao sistema processual do habeas corpus que o Supremo Tribunal Federal, de 1951 a 1969, admitiu pacificamente essa substituição.⁴⁸

Entretanto, no julgamento do HC nº 109.959, realizado em 2011, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ficando assim ementado:

Habeas Corpus – Julgamento por tribunal superior – Impugnação. A teor do dispositivo no art. 102, inciso II, alínea *a*, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão de ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*⁴⁹

Um dos argumentos chave no qual o relator se alicerça é o de que há uma sobrecarga de processo que assola o STJ e o STF, o que levaria a essa interpretação mais restritiva. O Ministro Dias Toffoli, que nesta ocasião foi voto vencido, sustentou que a jurisprudência “tanto da Primeira Turma, até o dia de hoje, quanto da Segunda Turma, [vem] entendendo viável e cabível via do *habeas corpus*”. Não somente como defende que:

Desde o Código Processual 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 de liberdade de ir e vir do cidadão. Não vejo como colocar peias à viabilização do acesso do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário.

De certo modo é entendível que na época da ditadura militar se objetivasse a intenção de limitar o acesso ao *habeas corpus* por parte dos cidadãos que eram alvo do governo militar. Entretanto, após a promulgação da Constituição de 88, mesmo que ela preveja o Recurso Ordinário em *habeas corpus*, não se repetiu a vedação imposta pelo

⁴⁸ RHC nº 67.788, DJ 22.02.1991

⁴⁹ STF, 1ª Turma, DJe 11.09.2011

AI-6. Estranho é o próprio STF retomar, pela via interpretativa, a interpretação restritiva ao acesso do *habeas corpus*.

Assim como no caso da Súmula 691/STF, o próprio Supremo percebeu que havia “exagerado” no seu entendimento e no HC nº 115.601 propôs, através do voto do Ministro Marco Aurélio uma revisão parcial do entendimento restritivo nos casos de discussão de liberdade direta, ou seja, a ilegalidade dos decretos de prisão.

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. (DJ 08.08.2013)

Ao longo de seu voto, aponta o Ministro sobre as dificuldades do processamento do RHC:

Sensibiliza a angústia da comunidade jurídica e acadêmica com a circunstância de o recurso ordinário seguir parâmetros instrumentais que implicam a demora na submissão ao órgão competente para julgá-lo. Isso acontece especialmente nos Tribunais de Justiça e Federais, onde se aponta que, a rigor, um recurso ordinário em *habeas corpus* tramita durante cerca de três a quatro meses antes de chegar ao Colegiado, enquanto o cidadão permanece preso, cabendo notar que, revertido o quadro, a liberdade, ante a ordem natural das coisas, cuja força é inafastável, não lhe será devolvida. O *habeas corpus*, ao contrário, tem *tramitação célere, em razão de previsão* nos regimentos em geral.

Ao contrário do entendimento esposado pela 1ª Turma do Supremo, a 2ª Turma não acompanhou o entendimento, pois “possui entendimento consolidado no sentido da possibilidade de impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário⁵⁰”. Nesta linha, o ministro Gilmar Mendes sustentou o cabimento do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário da seguinte forma:

“Como já tive a oportunidade de me manifestar, não olvido as legítimas razões que alimentam a preocupação com o alargamento das hipóteses de cabimento do *habeas corpus* e, com efeito, as distorções que dele decorrem. Contudo, incomoda-me mais, ante os fatos históricos, restringir seu espectro de tutela.

O valor fundamental da liberdade, que constitui o lastro principiológico do sistema normativo penal, sobrepõe-se a qualquer regra processual cujos efeitos práticos e específicos venham a anular o pleno exercício de direitos fundamentais pelo indivíduo. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião das liberdades fundamentais asseguradas pela Constituição, cabe anotar soluções que, traduzindo as especializadas de cada caso concreto, visem reparar ilegalidades perpetradas por decisões que, em

⁵⁰ HC nº 122.268, HC 112.836, HC 116.437

estrito respeito a normas processuais, acabem criando estados de desvalor constitucional.”⁵¹

Com relação ao mesmo julgado assentam que:

“Com base nas estatísticas do próprio tribunal, é possível perceber que, à medida que o tribunal foi deixando de aceitar os Habeas Corpus substitutivos, aumentou consideravelmente o número de ordens concedidas de ofício. A concessão de ofício é quando o tribunal entende que, no caso concreto, o Habeas Corpus não é a via processual adequada para o pedido, mas reconhece que há uma ilegalidade sendo cometida.

Os números do Supremo mostram que, por mais que o requisito formal tenha passado a derrubar os *Habeas Corpus*, o número de concessões de ofício, que eram raras, aumentou – e muito. Em 2011, por exemplo, 327 HCs foram concedidos e, em 55 casos a ordem não foi concedida de ofício.”⁵²

Tal entendimento culminou, na verdade, em um paradoxo para o judiciário, pois de um lado se reconhece a inadequação da via, mas por outro o pedido é examinado. Deste modo, há a presença de constrangimento ilegal e concede-se a ordem de ofício. Sob esse entendimento, o cidadão tem muito a perder, pois quando se afirma que, por se tratar de conhecimento de ofício, o constrangimento ilegal deve vir mais nítido ainda, somente para casos de flagrante ilegalidade, o que restringe mais ainda o conhecimento do Remédio Constitucional.⁵³

Nesta mesma linha de raciocínio sustenta Aury Lopes Jr.⁵⁴, assim como Gustavo Badaró, que aponta que “além da ilogicidade, abre-se a porta para perigosa seletividade e discricionariedade”⁵⁵. Toda essa construção tem o fim de bagunçar a sistemática processual que reservava o não conhecimento aos casos de falta de pressupostos ou inadequação da via por se pretender, por exemplo, a recondução de alguém a um cargo público.⁵⁶

2.5 – Proibição de RHC para o STF contra Acórdão de RHC do STJ e de Concessão de Ofício da Ordem

Por fim, com a iniciativa do STF da vedação de se substituir o recurso ordinário (RHC) pelo *habeas corpus* originário, o STJ também passou a vetar a impetração

⁵¹ DJe 19.03.2015

⁵² TORON, 2017.

⁵³ Idem

⁵⁴ A moda agora é dar habeas corpus de ofício, mas só quando eu quiser. Aury Lopes Jr.

⁵⁵ BADARÓ, Manual dos recursos, pg. 481. 2017

⁵⁶ TORON, 2017.

originária e ambas as cortes passaram a não conhecer das diferentes impetrações, mas quando ocorre, têm-se concedido a ordem de ofício nos termos do que autoriza o 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.

Já quando o entendimento é o contrário, quando o caso não é de concessão do *habeas*, simplesmente não conhecem da ordem. De modo que fica claro que há uma grande confusão entre os pressupostos processuais que podem levar ao não conhecimento do *writ*.

Diante deste cenário, os advogados passaram a recorrer ordinariamente das decisões colegiadas que denegavam a ordem do *habeas corpus* nos Tribunais Estaduais e nos Regionais Federais. Entretanto, ficaram as dúvidas: 1. O acórdão proferido pelo STJ em RHC caberia outro recurso ordinário para o STF? 2. Ou outro *habeas* originário para o STF? Diante de tais questionamentos, nada melhor do que recorrer ao texto constitucional, em especial o artigo 102, inciso II, letra a: “a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelo Tribunais Superiores, se denegatória de decisão.”⁵⁷

É de clareza solar o que se encontra concretizado no texto constitucional, que não cabe novo RHC de julgado oriundo dos Tribunais Superiores tirado de outro recurso. Tal entendimento foi esposado pelo Ministro Gilmar Mendes no bojo do Agravo de Instrumento interposto no RHC nº 120.363 contra decisão do Presidente do TSE, que não dera trânsito a recurso ordinário para o STF interposto contra acórdão proferido em RHC pela Corte eleitoral. Segue trecho pertinente da ementa do julgado:

“Com efeito, a decisão da Presidência do TSE corretamente atestou que ‘o art.102, inciso II, alínea a da Constituição da Republica dispõe que o recurso ordinário deve ser interposto apenas contra decisão denegatória em mandado de segurança, habeas corpus, mandado de injunção e habeas data, quando decididos em única instancia pelos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, constitui erro grosseiro interposição de recurso ordinário contra decisão proferida já em sede de recurso ordinário. Por consequência, tampouco cabe agravo contra sua respectiva inadmissibilidade.”⁵⁸

⁵⁷ TORON, 2017.

⁵⁸ DJe 11.12.2013

No mesmo sentido, tem entendido a Primeira Turma do STF que não tem conhecido de recurso ordinário em *habeas corpus* manejado no STF contra decisão do STJ tirado de outro recurso ordinário. A ementa, além de assinalar o descabimento de novo RHC, assenta que é cabível apenas o manejo do Recurso Extraordinário (RE):

“Contra o acórdão exarado em recurso ordinário em *habeas corpus* cabível o recurso extraordinário previsto no art. 102, III da Constituição Federal, e não o manejo de novo recurso ordinário, como no presente caso, o que conduz a seu não conhecimento.”

Seguindo parcialmente este entendimento, mas sem pontuar ao cabimento apenas do RE, a 2ª Turma do Supremo, no HC nº 122.681, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski assentou que:

“Este recurso volta-se contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento em parte ao recurso ordinário em *habeas corpus* manejado na origem. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, haja visto que o art. 102, II, a, da Constituição Federal dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandato de segurança, o *habeas data* e o mandato de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.”⁵⁹

Entretanto, de acordo com o princípio da fungibilidade dos recursos, o mesmo acórdão da 2ª Turma consignou a possibilidade de se conhecer do RHC como impetração originária: “Contudo, em homenagem aos princípios da fungibilidade e da economia processual, é caso de receber o recurso ordinário como impetração originária do *Habeas corpus*”.

Em outra decisão posterior, no Agravo Regimental no HC nº 125.298, a primeira Turma, seguindo o voto condutor da Ministra Rosa Weber foi além e sustentou que a ideia segundo a qual também o *habeas corpus* originário para o STF não cabe diante de acórdão proferido em outro recurso ordinário no STJ:

“1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em *habeas corpus* remanesce a possibilidade de manejo do recurso extraordinário previsto no art. 102, III da Constituição Federal. Diante da dicção constitucional, inadequada a utilização de novo *habeas corpus*, em caráter substitutivo.”

⁵⁹ DJe 08.09.2014

A fim de se atingir essa conclusão, o voto condutor enfoca que não cabe HC originário para o STF contra acórdão do STJ, sendo que tal ponto se encontra no voto do Ministro Barroso em sua decisão monocrática proferida no bojo do HC nº 138.568

“A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido da inadmissibilidade da impetração do habeas corpus em substituição ao recurso extraordinário, previsto no art. 102, III, da Constituição Federal” (HC 110.055, Rel. min. Marco Aurélio, HC 106.158, Rel. Min. Dias Toffoli, e HC 118.568, Rel. Min Rosa Weber)⁶⁰

Importante pontuar que no HC 125.298 se discutia a ilegalidade da prisão preventiva imposta ao paciente, ou seja, tema diretamente ligado ao direito de locomoção. Ao assentar esse entendimento restritivo, o Supremo não mais apreciará a ilegalidade da prisão preventiva, pois, em sua essência, os HCs veiculam assuntos próprios da legislação ordinária ligados aos requisitos autorizadores da medida, tal como previstos nos art. 312 do CPP. A jurisprudência constitucional da liberdade, que o STF construiu de forma heroica, ainda mais quando promulgada a Constituição de 88 aparenta estar com seu fim próximo...⁶¹

Na linha da limitação ao manejo do *habeas* no STF, até se poderia aventar que a concessão da ordem de ofício seria uma válvula de escape para tal imbróglio. De toda sorte, o Ministro Edson Fachin vem decidindo que tal possibilidade é inevitável, a menos que o feito se encontre “legitimamente” na mesa do Ministro, *in verbis*:

“(…) cumpre assinalar que o Código de Processo Penal, ao permitir que as autoridades judiciárias concedam a ordem de ofício em *habeas corpus*, apenas o fez quanto aos processos que já lhes são submetidos a apreciação:

“Art. 654. (...) §2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

De tal modo, ao meu sentir, não se admite que o processo tenha como nascedouro, pura e simplesmente, a alegada pretensão de atuação *ex officio* de Juiz ou Tribunal, mormente quando tal proceder se encontra em desconformidade e com as regras de competência delineadas na Constituição da República. Em outras palavras: somente se cogita da expedição de ordem de ofício nas hipóteses em que não se desborda da competência do órgão, de modo que essa não pode ser a finalidade precípua da impetração.”⁶²

Em outras palavras, não se pode conceder *habeas* de ofício quando o STF não detenha competência para julgar o feito. O entendimento esposado pelo ministro vai de

⁶⁰ DJ 16.12.2016

⁶¹ BADARÓ, manual de recursos, p. 480. 2017

⁶² HC nº 133.387, DJe 16.06.2016

encontro à jurisprudência da própria Corte que admite a concessão da ordem de ofício quando for flagrante a ilegalidade ou houver choque entre a decisão criadora do constrangimento ilegal e a jurisprudência da Corte. Em posição oposta a esse entendimento encontramos julgado da alçada do Ministro Aldir Passarinho, cuja ementa foi assim publicada:

“Impetração do *habeas corpus* embora seja possível a interposição de recurso extraordinário.

Inexistência de controvérsia quanto aos fatos.

A jurisprudência do STF tem admitido a impetração de *habeas corpus* ainda que seja a decisão atacada por essa via suscetível de ser objeto de recurso extraordinário.

Não havendo controvérsia quanto aos fatos, há de apreciar o tribunal *a quo* o pedido, que se restringe a matéria unicamente de direito.

Habeas corpus parcialmente deferido para que o tribunal *a quo* o decida quanto ao mérito.”⁶³

Um caso relevante para a discussão é a AP. 568 de relatoria do Ministro Roberto Barroso, da 1ª Turma do Supremo: apesar de reconhecida a perda de competência em decorrência da não reeleição do parlamentar, concedeu-lhe ordem de *habeas corpus* de ofício para absolvê-lo. Como o voto do relator foi para a absolvição, “vulneraria o mandamento de celeridade processual deixar-se de formalizar a extinção do processo com base no art.386, III do CPP, quando relator e revisor já tinham formado sua convicção”.⁶⁴ No HC nº 120.436, relatado pelo Ministro Luiz Fux, embora não se tivesse discutido nas instâncias anteriores o tema do excesso de prazo para a prisão e não tivesse sido interposto agravo regimental contra a decisão monocrática do STJ, a qual negou seguimento ao *habeas corpus* no STJ, ultrapassando a Súmula 691 e concedendo a ordem de ofício. Já no HC 138.862, impetrado contra acórdão do STJ prolatado em Recurso Especial, a ordem foi concedida liminarmente, sem pedido de informações ou mesmo Parecer do MPF, a dizer que é possível impetrar o *writ*, ainda que possível o manejo do Recurso Extraordinário.⁶⁵

Destes julgados, podemos concluir que cresce uma espécie de subjetivismo, segundo o qual cabe o *writ* quando é caso de concessão de ordem. Deste modo, fica claro que se apresenta uma confusão entre os aspectos de mérito com os pressupostos de cabimento, o que leva a um julgamento sumário do remédio em prejuízo da ampla defesa que ficará sem a possibilidade de sustentar oralmente se a ordem,

⁶³ STF, 2ª Turma, RHC nº 60.357, DJ 10.12.1982

⁶⁴ Dje 18.05.2015

⁶⁵ Decisão Monocrática do Ministro Roberto Barroso, Dje 16.12.2016

monocraticamente, foi obstada em seu nascimento. Em síntese, na Segunda Turma não se tem o mesmo entendimento sobre o cabimento do *habeas corpus*, onde se tem julgado normalmente os *habeas* impetrados contra acórdãos proferidos pelo STJ e outros Tribunais Superiores.⁶⁶

Por outro lado, o novo entendimento da Primeira Turma, além de restringir mais o papel da suprema corte, tem o condão de limpar a pauta congestionada. Entretanto, esquecem-se de que a própria Constituição Federal, em seu art. 102, I, i, aponta que é competência originária do STF processar e julgar:

“(...) 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 (...)”

Apesar de simples, ao se negar a ordem de *habeas corpus* por qualquer Tribunal Superior, a Corte assume o papel de coator e, portanto, compete ao Supremo processar e julgar a coação. Alexandre de Moraes é cirúrgico neste sentido: “ao STF permanece a competência originária para os *habeas corpus* ajuizados em face dos Tribunais Superiores”⁶⁷. O Supremo, por mais que queira se demitir de questões aparentemente de menor importância, do “varejo dos casos penais”, não pode se esquivar da sua competência constitucional, salvo, é claro, como parece evidente se houver mudança na própria Constituição.⁶⁸

A discussão a respeito da impossibilidade de se manejar RHC contra acórdão de Tribunal Superior emanado de idêntico remédio não é nova. O Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC 67.788, pontua que a tradição “liberalíssima de nosso constitucionalismo” e ainda complementa “o sistema do recurso ordinário já não garante mais a chegada da impetração desatendida ao Supremo, nem sequer ao Superior Tribunal de Justiça: a ambos só se deu competência para o recurso ordinário contra denegação dos Tribunais de graduação imediatamente inferior quando decidida em única instância”.⁶⁹

Na posição contrária temos o voto do Ministro Moreira Alves que entendeu que:

“(...) ao contrário do que afirmou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, para o STJ continua a caber recurso ordinário contra decisões denegatórias de

⁶⁶ TORON, 2017

⁶⁷ Direito Constitucional. P. 145

⁶⁸ TORON, 2017.

⁶⁹ DJ 22.02.1991

habeas corpus em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais locais, e não apenas em única instância (veja-se o teor do artigo 105, II, a, da atual Constituição)”

Com tal entendimento, mesmo com a Súmula 691/STF, editada em 2003, procurou-se impedir o manejo do *habeas corpus* contra indeferimento de liminar em idêntica medida por órgão jurisdicional inferior. Isto, pois, o Supremo apenas restringiu apenas a sua competência quando se ataca a liminar indeferida, mas não quando se hostiliza o acórdão que denega a própria ordem: “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere liminar”.

Essa situação em tela, que acaba por criar um voluntarismo restritivo, mais do que atacar diretamente a Constituição e a própria história do Supremo nesta matéria tão sensível, que é a da tutela da liberdade de locomoção, traduz um autoritarismo preocupante, pois é como se o próprio Supremo estivesse agindo no intuito de alterar o texto Constitucional ao arrepio da mesma, já que cabe ao Legislativo tal iniciativa. Lembrando o saudoso Ministro Eros Grau: se os argumentos funcionalistas (excesso de processos, leia-se, de trabalho), prevalecerem sobre os normativos, “o perigo de juízos irracionais aumenta.”⁷⁰

2.6 – Proibição de Habeas Corpus Contra Ato de Ministro do STF (King Can Do No Wrong)

A Súmula 606 do STF, aprovada em 29 de outubro de 1984, é bem objetiva: “não cabe *habeas corpus* originário para o tribunal pleno de decisões de turma, ou do plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso”.

A Súmula traz novamente à tona a clássica teoria do *king can do no wrong*⁷¹: ampliou-se o alcance da Súmula 606 para se impedir o manejo do *habeas corpus* contra atos de Ministros do Supremo. Contra a decisão de Ministro que se julga equivocada ou que ensejaria em constrangimento ilegal, poder-se-ia cogitar que caberia a impetração de Agravo Regimental, mas tal recurso é processado pelo próprio Ministro que provocou o constrangimento, não somente como o próprio Ministro que leva o recurso para ser apreciado à mesa quando quiser e o expõe como lhe apraz; valendo lembrar que

⁷⁰ Sobre a prestação jurisdicional, p.17

⁷¹NUCCI, Inviolabilidade penal dos Vereadores. São Paulo: ed Saraiva, 2004, p. 326

não cabe sustentação oral em tais recursos. Já o *habeas corpus* é distribuído para outro Ministro, que pode até conceder a medida liminar eventualmente requerida e a possibilidade de sustentação oral da tese sustentada.

Um *leading case* a respeito deste tema é o HC nº 91 352 (DJ 18.04.2008), sendo o Relator do HC o Ministro Menezes Direito. A ordem não foi conhecida, pois se entendeu que o ato coator (demora na apreciação de um *habeas*), havia sido encampado pela Turma. Assim, a eventual coação seria atribuível a esta e, conseqüentemente, aplicável o verbete da Súmula 606. Sem embargo, o voto vencido do Ministro Celso de Mello aponta para o cabimento do *writ* contra ato de Relator. Cabe destacar a ementa de julgado do Ministro Sepúlveda Pertence, contido no voto:

“Habeas corpus: cabimento contra decisão individual do relator que nega provimento a agravo visando à subida do recurso extraordinário, ainda que restrita à questão da admissibilidade deste (HC 69.138, 26.02.1992); descabimento, porém, se, à decisão individual do relator, sobreveio acórdão da Turma, que a confirmou (HC 76.628) (RTJ 167/643, relatoria para o acórdão do Ministro Sepúlveda Pertence)

Cumpra não desconhecer, portanto, para efeito de correta (e pertinente) aplicação dos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal – HC 85.099/CE, relatoria do Ministro Marco Aurélio (admissibilidade de *habeas corpus* contra decisão monocrática do Relator da causa) e HC 76.653/RJ, relatório para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence.”

Na conclusão de seu voto o Ministro Celso de Mello sustenta que:

“Presente esse contexto, e por haver decisões monocráticas imputáveis ao Relator da causa, torna-se plenamente cognoscível a presente ação de *habeas corpus*, nos termos da própria jurisprudência desta Suprema Corte.”⁷²

Em uma situação parecida, o STF conheceu e deu parcial provimento no bojo do HC nº 93.553 impetrado contra ato de Ministro que, no corpo da Ação Penal 420, determinou a realização de interrogatório do acusado. O julgado, marcado pela reserva de vários ministros quanto ao conhecimento do *writ* por se tratar de ato de Ministro da Corte, apresenta a seguinte ementa: “*Habeas Corpus* – Adequação. Surge a adequação do *habeas corpus* com a articulação de prática de ato ilegal e a existência de órgão capaz de afastá-lo”.

Na mesma linha, outro caso que atesta a possibilidade de se impetrar *habeas* contra ato de Ministro, deu-se durante o inquérito 2424-RJ (Operação Furacão) perante o STF. O relator, Ministro Cezar Peluso, identificando erradamente no comportamento

⁷² Na mesma linha RTJ 146/597 – RTJ 167/643 – HC 84.444 AgR/CE, relatoria ministro Celso de Mello

dos advogados o vazamento de informações cobertas pelo sigilo, determinou a instauração de Inquérito para apurar o eventual crime por parte destes. O Conselho Federal da OAB, em uma de suas raras atuações em defesa das prerrogativas dos advogados criminais, impetrou *habeas corpus*⁷³, que, apesar de não ser concedido por maioria dos votos, pois não se reconheceu qualquer conduta irregular do Ministro, a ordem foi concedida de ofício, conforme ementa:

“Inquérito – Representantes processuais – envolvimento como investigados – Impropriedade. Verifica-se a impropriedade de inquérito relativamente a representantes processuais de envolvidos em certa investigação quando as peças existentes, o contexto revelado, não conduzem a indícios de participação em prática delituosa como é a que implique a publicidade de dados cobertos por sigilo. HABEAS CORPUS – ato de integrante do Supremo – Inadequação. Na óptica da ilustrada maioria em relação à qual guardo reservas, mostra-se incabível *habeas corpus* contra ato de integrante do Supremo.”

Em face desta decisão foi proposto embargos declaratórios, que foram conhecidos e providos para declarar expressamente que os votos não recusavam a possibilidade de se impetrar *habeas* contra ato de ministro do STF. Unicamente assentaram que não havia coação emanada do ministro Cezar Peluso. A ementa demonstra da seguinte forma:

“Embargos declaratórios – Acórdãos - Contradição – Ementa e votos proferidos – Afastamento. Uma vez constatada contradição no acórdão, considerada ementa e votos proferidos, impôs-se o provimento dos embargos declaratórios. Isso ocorre quando, na ementa, assenta-se o não cabimento de *habeas corpus* contra ato de integrante do Tribunal e, nos votos, não admitindo a impetração, versa-se a inexistência da prática do ato pela autoridade ou órgão apontado como coator (DJe 11.06.2010)

Na atualidade não se tem admitido o emprego de *habeas* contra ato de Ministro. O ministro Celso de Mello aponta em seu voto vencido no HC nº 91.207/RJ e faz um excelente histórico na decisão monocrática que proferiu no HC nº 113.222 (DJe 23.08.2012)

“**Observo que a jurisprudência** desta Corte entendia possível o ajuizamento da ação de “*habeas corpus*” em face de **decisões monocráticas** proferidas pelo Relator da causa” (HC 84.444-AgR/CE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 85.099/CE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.).

Ocorre, no entanto, que essa diretriz jurisprudencial modificou-se, pois o Plenário deste Tribunal não mais tem admitido “*habeas corpus*” quando impetrado contra Ministros desta Suprema Corte (HC 91.207/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. EROS

⁷³ HC. 91.551 Dje 27.02.2009

GRAU – HC 100.397/MG, Rel. p/ o acórdão Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 100.738/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. CÁRMEN LÚCIA):

“‘HABEAS CORPUS’. Ação de competência originária. Impetração contra ato de Ministro Relator do Supremo Tribunal Federal. Decisão de órgão fracionário da Corte. Não conhecimento. HC não conhecido Aplicação analógica da súmula 606. Precedentes. Voto vencido. Não cabe pedido de ‘habeas corpus’ originário para o tribunal pleno, contra ato de ministro ou outro órgão fracionário da Corte.” (HC 86.548/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – grifei)

Vale referir, por relevante, que o E. Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos sobre o tema ora em análise, vem de reafirmar esse entendimento, no sentido da inadmissibilidade do “habeas corpus” quando impetrado, como ocorre na espécie, contra Ministro Relator desta Corte Suprema (HC 104.843-AgR/BA, Rel. Min. AYRES BRITTO):

“AGRAVO REGIMENTAL. ‘HABEAS CORPUS’. PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO DIRIGIDA CONTRA DECISÃO SINGULAR DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 606. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO ‘WRIT’. DECISÃO RECORRIDA EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE NOSSO TRIBUNAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A recente orientação jurisprudencial desta nossa Casa de Justiça é no sentido do descabimento da impetração de habeas corpus contra ato de Ministro Relator do próprio Tribunal, por aplicação analógica da Súmula 606/STF. (Cf. HC 100.738/RJ, Tribunal Pleno, redatora para o acórdão a ministra Carmen Lúcia, DJ 01/07/2010; HC 101.432/MG, Tribunal Pleno, redator para o acórdão o ministro Dias Toffoli, DJ 16/04/2010; HC 91.207/RJ, Tribunal Pleno, redator para o acórdão o ministro Eros Grau, DJ 05/03/2010; HC 99.510-AgR/MG, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Cezar Peluso, DJ 16/10/2009; HC 97.250-AgR/SP, Segunda Turma, da relatoria da ministra Ellen Gracie, DJ 07/08/2009; HC 86.548/SP, Tribunal Pleno, da relatoria do ministro Cezar Peluso, DJ 19/12/2008).

2. Agravo regimental desprovido.” (HC 103.193-AgR/RJ, Rel. Min. AYRES BRITTO – grifo nosso)

Outra vez fica clara a movimentação do Supremo, mesmo que sem qualquer previsão regimental, legal ou constitucional, no sentido de estreitar o cabimento do *habeas corpus*, ensejando que arbitrariedades sobrevivam sem nenhuma forma de repará-las. Deveria o Supremo realizar uma nova leitura do art. 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal, da seguinte forma: 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**, pois aí não há remédio.⁷⁴

Mais recentemente, na Operação Lava Jato se apresentou novamente a temática de se manejar *habeas* contra decisão de Ministro do Supremo. A Corte que, a priori, tinha entendimento no sentido da inadmissibilidade mostrou-se dividida. Por empate, conheceu-se a impetração (HC nº 127.483) em acórdão da lavra do Ministro Dias Toffoli. Neste mesmo entendimento o Ministro Gilmar Mendes apontou que o Supremo não pode dificultar:

⁷⁴ TORON, 2017

(...) o próprio ideário de proteção judicial efetiva que se expressa no art. 5º, inciso XXXV e, claro, na própria garantia do *habeas corpus*. E, de resto, como demonstrou o Ministro Toffoli, a própria letra do Texto Constitucional não deixa dúvida quanto a essa leitura e a essa possibilidade⁷⁵.

⁷⁵ STF, plenário, 26.08.2015 e DJe 04.02.2016

3. – Reflexões sobre o HC diante de suas restrições

A luta histórica por um instrumento hábil a garantir a liberdade de locomoção dos indivíduos permitiu o surgimento do *habeas corpus* na Inglaterra medieval. A liberdade de locomoção pode ser vista como o primeiro direito individual reconhecido pelo Estado, invertendo a lógica, até então vigente, do indivíduo enquanto detentor somente de deveres para com o Estado.

As conquistas gradativas dessa liberdade permitiram a ampliação da luta e da criação de novos institutos para a garantia de outros direitos, modificando, inclusive, a concepção acerca do alcance e da efetividade destes. É inegável, portanto, a contribuição do *habeas corpus* e de sua história para a concepção vigente de direitos humanos e sua afirmação nas sociedades contemporâneas.

No entanto, entendeu-se que o instituto constitucional brasileiro tinha feição mais abrangente que o original inglês. Primeiro a doutrina, depois a jurisprudência, passaram a ver no *Habeas Corpus* meio de “tutela de qualquer direito que tivesse, como pressuposto, a liberdade de locomoção”⁷⁶.

Um estudo empreendido pela Fundação Getúlio Vargas analisou o *habeas corpus* dentro dos Tribunais Superiores no Brasil. Percebe-se que na atualidade, nota-se cada vez mais um maior uso do *habeas corpus* nos Tribunais Superiores, em especial no STF. De 1990 a 2012, o crescimento de ações ajuizadas foi de 387% representando 6,8% de todos os casos julgados pelo STF em 2012⁷⁷; foram 4.846 *habeas corpus*, ficando para trás em número de feitos julgados, dos recursos ordinários e agravos de instrumento. O maior crescimento foi de impetrações de recurso ordinário em *habeas corpus* com a cifra de 1.170%, mas representa somente 0,28% dos julgamentos do STF em 2012.⁷⁸

A mesma pesquisa pontua que o *habeas corpus* sempre será uma ferramenta rápida para proteger a liberdade fundamental do cidadão, ou seja, que sua aplicação dentro do sistema processual penal brasileiro está intrinsecamente ligada à evolução da cidadania no Brasil e à sua proteção das liberdades civis. No começo da República tínhamos grandes violações por parte do Poder Executivo, na chamada república da

⁷⁶ GRINOVER, Novas Tendências do Direito Processual, p. 84

⁷⁷ A situação é semelhante no STJ, em que o número de *habeas corpus* ajuizados anualmente dobrou em apenas três anos, entre 2008 e 2011. Fonte: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/numero-pedidos-habeas-corpor-stj-dobra-tres-anos>. Acesso em 15.01.2013.

⁷⁸ SÁ E SILVA, F.; LOBO DA LUZ, R. Pesquisa FGV, pg 100.2014.

espada, de modo que os embates entre o presidente Floriano Peixoto e o STF eram constantes, em especial através do *habeas corpus*, que culminou por ser uma defesa essencial das liberdades civis.⁷⁹

Outra questão é a necessidade de uniformização de jurisprudência por parte dos Tribunais Superiores, pois o que se anotou foi uma grande diferença da aplicação da jurisprudência dos Superiores pelos tribunais inferiores, ou seja:

“..uma vez que esses tribunais se manifestam também de forma reiterada sobre determinada questão jurídica, a saúde do sistema passa a depender da replicação desse entendimento pelos órgãos de primeira e segunda instâncias. A pesquisa indica que parte do congestionamento dos Tribunais Superiores decorre de ações que pretendem somente a aplicação de entendimentos já pacificados.”⁸⁰

Na mesma linha, a existência de uma oscilação por parte da jurisprudência acarreta o grande número de impetrações deste remédio constitucional, sendo perceptível até em Tribunais Superiores essa diferença de entendimentos. Tanto que este é um dos fatos que imbrica na necessidade de impetração de HC como substitutivo de RHC, pois, além da morosidade do judiciário para com o processamento destes recursos, temos as divergências de entendimento, que, em melhor análise, devem favorecer o réu.

Com relação às tentativas de restringir o acesso pelo *habeas corpus* às Cortes Superiores, não podemos nos esquecer que o remédio Constitucional já tinha assegurado a sua impetração, mesmo em situações que fugiam ao seu escopo de aplicação. Tanto que a Constituição Federal, de 1946, previa que a ordem poderia ser concedida de ofício caso houvesse risco de que há constrangimento com relação a liberdade de locomoção perante um Tribunal ou juiz.

Outro ponto de suma importância trazido pelo estudo é que:

“Os *leading cases* (precedentes importantes) e as principais discussões constitucionais em matéria penal (gerando significativas mudanças legislativas a partir de declarações de inconstitucionalidade) foram proferidas pelos Tribunais Superiores graças ao fato de que HCs e RHCs chegavam livremente aos Tribunais Superiores. Nesse aspecto, pode-se dizer que, em matéria penal, o HC é mais salutar para o sistema penal do que as próprias ações de controle concentrado de constitucionalidade.”⁸¹

⁷⁹ SÁ E SILVA, F.; LOBO DA LUZ, R. Pesquisa FGV pg 100, 2014

⁸⁰ SÁ E SILVA, F.; LOBO DA LUZ, R. Pesquisa FGV pg.101. 2014

⁸¹ SÁ E SILVA, F.; LOBO DA LUZ, R. Pesquisa FGV pg. 103. 2014

Não somente como o estudo aponta que 70% dos *habeas corpus* impetrados nos superiores estão relacionados à prisão, em outras palavras, fica evidente que há uma clara investida por parte do punitivismo contra as liberdades constitucionais que serão salvaguardadas pelo remédio heroico. Cabe salientar que grande parte da temática trata de assuntos já pacificados no âmbito dos tribunais superiores. A título de curiosidade, de 2002 a 2012, 70% dos HCs são oriundos de apenas 5 Tribunais de Justiça: TJ-SP(43,8%), TJ-MG (9,4%), TJ-RJ (7,4%) e TJ-RS (6,7%). (pesquisa FGV)

Outro grande problema que enfrentamos com base nas restrições do HC é que os Ministros acabam por “dar Habeas Corpus de Ofício, mas só quando eu quiser”.⁸² Citando Goldschmidt, Aury Lopes aponta que o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição, de modo que o HC seria um termômetro de aferição da democratização do processo penal. Dessarte, nos Estados autoritários o HC é o primeiro a ser atacado e limitado, pois deste modo se torna mais simples e prático limitar os direitos e liberdades individuais, haja vista sua força de proteção dos mesmos.⁸³

O ponto chave da reflexão é se existe uma banalização do *habeas corpus* por parte dos Tribunais Superiores e, em sendo a resposta afirmativa, qual seria a causa? Poderíamos conjecturar que seria este um sintoma das disfunções orgânicas da jurisdição? Ao olharmos para a maior justificativa apresentada pelos Superiores chegaríamos à conclusão de que tal limitação ocorre em função de uma “eficiência da administração de Justiça” devido ao alto crescimento do número de ações do *habeas corpus*, como já demonstrado no estudo da FGV.

É perceptível que houve um aumento no número de ações penais, o que, por consequência, ocasionou uma expansão substancial do Direito Penal; um dos fatos que evidencia essa situação é a atual população carcerária do Brasil, que é a terceira maior do mundo, sendo grande parte de presos provisórios.⁸⁴ O que poderia então estar ocorrendo? Com essa expansão do Direito Penal e da crescente onda de ações penais por conta de uma onda punitivista oriunda e motivada por operações cinematográficas e sensacionalistas, como a Lava Jato, pode-se concluir que a administração do sistema penal não conseguiu lidar com essa onda, o que levou a uma sobrecarga das varas criminais que, por consequência, levou a um aumento no número de recursos aos

⁸² Aury Lopes Jr., <https://www.conjur.com.br/2014-ago-22/moda-dar-habeas-corpus-oficio-quando-eu-quiser>

⁸³ Idem

⁸⁴ CNJ, relatório do sistema penitenciário

Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais, ou seja, um verdadeiro efeito cascata destas ações penais. (AURY)

Nesta mesma linha, a ação dos Ministros tem sido no sentido de limitar a admissibilidade do HC nos Tribunais, como forma de desafogar as varas e os tribunais; mas indaga-se o porquê de se levantar essas barreiras ao HC, mas não se restringir o número absurdo de acusações infundadas ou ineptas por parte do Ministério Público? Poder-se-ia colocar um filtro contra essas denúncias infundadas e que levaria a sério as condições processuais penais.

Aury Lopes Jr. cirurgicamente aponta que:

“..o caminho mais simples e sem o respectivo estudo de ‘impacto penal e processual penal’: vamos limitar o acesso aos tribunais superiores de qualquer forma. Para isso, vale criar regras para ‘não conhecer’ do Habeas Corpus (e conceder de ofício, apenas quando quisermos... ou seja, indiretamente ampliaram o espaço impróprio da discricionariedade jurisdicional, ampliaram o decisionismo). Também vale dificultar o acesso pela via do Recurso Especial e Extraordinário, dando à Súmula 7 e demais, um alcance absurdo; criando exigências excessivas em relação ao prequestionamento; trazendo categorias do processo civil para o processo penal de forma errônea, mas eficientes como limitadores de acesso; implantando a tal exigência de ‘repercussão geral’, cláusula vaga, imprecisa e indeterminada, absolutamente inadequada para o processo penal; enfim, é o vale-tudo processual em nome do punitivismo e do ‘in dubio pau no réo’. Sim, porque se fizermos uma análise quantitativa, comparando o número de recursos da acusação (especial e/ou extraordinários) admitidos em relação aos recursos da defesa, ficaremos em choque.”

Ao analisarmos a questão do não conhecimento do HC, mas a sua concessão de ofício, vemos uma clara nova “política processual” que só aumenta a restrição do remédio constitucional e abre margem a ampla discricionariedade por parte dos Ministros. Nesta seara, o “conceder de ofício” se torna um “livre convencimento” por parte dos Ministros, sendo que esta concessão de ofício deveria ser uma exceção.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, podemos apontar algumas conclusões/reflexões. A primeira delas é com relação à história do HC, pois em nenhum momento se tem um embate a respeito da “banalização” deste remédio Constitucional, ou seja, é um reflexo da nossa situação atual. Pior, fica claro, que muitas ilegalidades estão sendo cometidas, mas os Tribunais Superiores acabam por deixar tais situações “de fora” por conta do “afogamento” das varas e tribunais.

Já com relação à situação do nosso processo penal, fica nítido que necessitamos de um melhor sistema recursal, haja vista a grande quantidade de recursos vitais sem o efeito suspensivo, atrelado a uma administração morosa da Justiça para o processamento desses recursos e dos HCs que a ela chegam.

Outro ponto seria deixar clara a “razoável duração do processo”, pois sem se estabelecer um prazo máximo para tal, ficamos ao bel prazer dos tribunais que definem o que seria “adequado” com base na “complexidade processual apresentada”. Frases estas que ouvimos constantemente serem proferidas pelos Tribunais Superiores ao se tratar, em especial, das questões de liberdade, afinal, eles sabem muito bem como se passa a vida dentro das penitenciárias desse país.

Encaminhando-se ao fim, seria interessante que os Tribunais Superiores, com a mesma intensidade que criam percalços e restrições para com o HC, se preocupassem em criar filtros com relação às acusações que o Ministério Público que, em alguns casos, tão levianamente impetra em desfavor de inúmeros cidadãos. É necessário que se acuse com maior responsabilidade e que os magistrados levem a sério as condições processuais, pois ao contrário do que alguns magistrados consideram o “problema no processo” não podemos nos afastar da dogmática processual penal, pois sem ela, como podemos crer em um processo penal liso e escorreito?

Caso a situação retratada se perpetue e a posição de restrição dos Tribunais Superiores não se altere, seremos considerados coniventes com esse princípio do “*pau no reo*” apontado por Aury Lopes Jr. Não podemos ficar silentes perante as injustiças e, em especial, com a tentativa de que um discurso funcionalista e efficientista se sobreponham às análises de violações e constrangimentos aos direitos mais basilares do cidadão brasileiro, que são os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TORON, Alberto Zacharias. **Habeas Corpus: o controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ.** 1ª ed., atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017.

TORON, Alberto Zacharias. **A súmula 691 do Supremo Tribunal Federal e o amesquinamento da garantia do habeas corpus.** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13566,91041-A+sumula+691+do+Supremo+Tribunal+Federal+e+o+amesquinamento+da>. Acessado em 10 junho. 2018.

SÁ E SILVA, F.; LOBO DA LUZ, R. **Panaceia Universal ou remédio Constitucional? Habeas Corpus nos Tribunais Superiores.** Relatório final de pesquisa publicado na Revista FGV Rio 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual.** 1ª ed. São Paulo. Editora Forense Universitária. 1990.

TORON, Alberto Zacharias. **Inviolabilidade penal dos Vereadores.** 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

Nalini, Renato; Aquino, Xavier. **Manual de processo penal.** 1ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1997.

Almeida, Fernando Dias Menezes de. **Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes,** Brasília. Supremo Tribunal Federal, 2006. – (Série memória jurisprudencial).

PONTES DE MIRANDA. **História e prática do habeas corpus (direito constitucional e processual comparado).** 2ª ed. Rio de Janeiro. 1951.

Badaró, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais.** 2ª. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017.

CAMARGO, Luiz Carlos de Arruda; DE MELO, Jurandir Vieira. **Manual Prático do Habeas Corpus.** São Paulo: EDIPRO, 1993. P. 13

LOPES JR. AURY. **A moda agora é dar Habeas Corpus “de ofício, mas só quando eu quiser”.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-ago-22/moda-dar-habeas-corporis-oficio-quando-eu-quiser>. Acessado em 20.05.2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3ª Ed. Rev. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais.** São Paulo. Editora Atlas. 2013.

CAETANO, Marcello. **Garantias Jurisdicionais dos Administrados no direito comparado de Portugal e do Brasil. Manual de Direito Administrativo,** 6ª. Ed. Lisboa, p. 114, 1963.

RIGUEIRA NETO, Ademar. **O supremo cansou das suas próprias atribuições – e reinventou a roda.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-13/rigueira-neto-supremo-cansou-proprias-atribuicoes>. Acessado em 15.06.2018.

VALENTE, Fernanda. **Excesso de processos aumenta chances de erro, dizem ministros do STJ.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/excesso-acoas-aumenta-chances-erro-dizem-ministros-stj>. Acessado em 12.06.2018.

Relator Moreira Alves. **HABEAS CORPUS. HC 76347.** Publicado em.....

Relator Ministro Sepúlveda Pertence. **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.** Ag. Reg. N° HC 85.186. Publicado em...

Relator Ministro Luiz Fux. **HABEAS CORPUS : HC 114.043.**

Relator Ministro Moreira Alves. **RECURSO EM HABEAS CORPUS : RHC 67.788..**

Relator Ministro Freitas Henriques. **HABEAS CORPUS. HC 410.**

Relator Ministro Teory Zavascki. **HABEAS CORPUS. HC 125.555.**

Relator Ministro Celso de Mello. **HABEAS CORPUS. HC 120.676.**

Relator Ministro Ricardo Lewandowski. **HABEAS CORPUS. HC 86.864.**

Relator Ministro Jesus Costa Lima. **HABEAS CORPUS. HC 1.733.**

Relator Ministro Moreira Alvez. **HABEAS CORPUS. HC 67.788.**

Relator Ministro Ayres Britto. **HABEAS CORPUS. HC 109.959.**

Relator Ministro Ricardo Lewandowski. **HABEAS CORPUS. HC 128.268.**

Relator Ministra Rosa Weber. **HABEAS CORPUS 125.128.**

Relator Ministro Roberto Barroso. **AÇÃO PENAL. AP 568.**

Relator Ministro Luiz Fux. **HABEAS CORPUS. HC 120 436.**

Relator Ministro Roberto Barroso. **HABEAS CORPUS. HC 138.862.**

Relator Ministro Menezes Direito. **HABEAS CORPUS. HC 91.352.**

Relator Ministro Marco Aurélio. **HABEAS CORPUS. HC 93.553.**

Relator Ministro Marco Aurélio. **HABEAS CORPUS. HC 91.207.**

Relator Ministro Maro Aurélio. **HABEAS CORPUS. HC 91.551.**