

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE
DA LIMITAÇÃO DA AÇÃO DE *HABEAS CORPUS***

Sandro Ricardo Vendramini

Lajeado, junho de 2015

Sandro Ricardo Vendramini

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE
DA LIMITAÇÃO DA AÇÃO DE *HABEAS CORPUS***

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso I – Projeto de Monografia do Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, para a segunda nota do semestre.

Professora: Ma. Beatris Francisca Chemin

Orientador: Prof. Me. João Antônio Merten Peixoto

Lajeado, junho de 2015

Não se fala em prisão, não se fala em constrangimento corporal. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do habeas corpus. Quais são os meios indicados? Quais são as origens da coação e da violência, que deve concorrer para que se estabeleça o caso legítimo de habeas corpus? Ilegalidade ou abuso de poder. Se de um lado existe a coação ou a violência e de outro a ilegalidade ou o abuso de poder, qualquer que seja a violência, qualquer que seja a coação, desde que resulte do abuso do poder, seja ele qual for, ou de ilegalidade, qualquer que ela seja, é inegável o recurso do habeas corpus.

Rui Barbosa, discurso em Sessão do Senado Federal de 22 de janeiro de 1915.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha esposa Luciana, bem como a todos os professores do Curso de Direito do Centro Universitário Univates e colegas de curso, em especial à Gisele Blume, Duda Scherer, Fabrício Wilsmann e Artur Lazzari.

Agradecimento especial ao meu orientador Professor Mestre João Antônio Merten Peixoto, por todo o auxílio e por estar sempre disposto a solucionar minhas dúvidas, buscando as melhores alternativas para os problemas, sendo essencial para o desenvolvimento desse trabalho.

RESUMO

A liberdade de locomoção, como desdobramento do direito à liberdade, é um direito fundamental de primeira geração, constitucionalmente garantido no art. 5º, XV, da Constituição Federal. Uma vez havendo a privação ou ameaça injustificada desta liberdade, a própria Constituição Federal outorga um remédio jurídico específico para proteger o direito de ir e vir, qual seja, a ação de *habeas corpus*. Amplamente utilizado no meio jurídico, o referido instrumento acabou por ter seu alcance ampliado, acarretando diversos entraves jurisdicionais. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2012, ao decidir sobre ações de *habeas corpus*, alterou seu entendimento jurisprudencial e firmou posição no sentido de restringir a impetração de *habeas corpus* quando previsto no ordenamento jurídico recurso que vise a atacar a decisão objeto do remédio constitucional, no presente caso, o recurso ordinário. Diante disso, o objeto do presente estudo é examinar, à luz da doutrina e da jurisprudência, a (in)constitucionalidade das decisões dos Tribunais Superiores em limitar o uso do *habeas corpus* sem o esgotamento da via recursal ordinária e a implicação dessa decisão nos julgamentos dos outros Tribunais do Judiciário brasileiro. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Assim, para melhor compreender as obscuridades que envolvem o tema a ser debatido, o primeiro capítulo da presente monografia tem por objetivo analisar alguns princípios processuais penais e constitucionais, bem como descrever a relevância dos princípios constitucionais e processuais penais garantidores do direito de liberdade; o segundo capítulo se volta para descrever os meios recursais ordinários garantidores do direito de liberdade e os remédios constitucionais do *habeas corpus* e da revisão criminal, culminando, no terceiro capítulo, com o exame, à luz da doutrina e da jurisprudência, da (in)constitucionalidade das decisões dos Tribunais Superiores em limitar o uso do *habeas corpus* sem o esgotamento da via recursal ordinária.

Palavras-chave: Liberdade de locomoção. *Habeas corpus*. (In)constitucionalidade. Jurisprudência.

ABSTRACT

The freedom of movement, as a development of the right to freedom is a fundamental right of first generation, constitutionally guaranteed in Art. 5 °, XV, of the Federal Constitution. Once there is deprivation or unjustified threat of this freedom, the Federal Constitution itself grants a specific legal remedy to protect the right to come and go, that is, the action of habeas corpus. Widely used in the legal environment, this instrument turned out to have expanded its range, leading many jurisdictional barriers. In this sense, the Supreme Court in August 2012, when deciding on habeas corpus, changed its jurisprudential understanding and established position to restrict the petition of habeas corpus when in the legal system resource aimed at attacking the object decision the constitutional remedy in this case, the ordinary appeal. Thus, the object of this study is to examine, in the light of the doctrine and jurisprudence, the (un) constitutionality of the decisions of the Superior Courts to limit the use of habeas corpus without the exhaustion of ordinary appeal means and the implication of this decision in trials the other courts of the Brazilian judiciary. It is a qualitative research, carried out through deductive method, literature, documentary and case law. Thus, to better understand the obscurities surrounding the issue for debate, the first chapter of this monograph aims to conceptualize the principles and point out the kinds of criminal and constitutional procedural principles, and to describe the relevance of constitutional and procedural principles guaranteeing criminal the right to liberty; the second chapter turns to describe the ordinary appellate means guaranteeing the right to freedom and the constitutional remedies of habeas corpus and criminal revision, culminating in the third chapter to the survey, in the light of the doctrine and jurisprudence, the (in) constitutionality of decisions of higher courts to limit the use of habeas corpus without the exhaustion of ordinary appeal route.

Keywords: Freedom of Movement. *Habeas corpus*. (In) constitutionality. Jurisprudence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	13
1.1 Espécies de princípios processuais penais e constitucionais.....	18
1.1.1 Princípio da verdade real.....	18
1.1.2 Princípio <i>ne procedat judex ex officio</i> ou iniciativa das partes.....	22
1.1.3 Princípio da presunção de inocência.....	24
1.1.4 Princípio do devido processo legal.....	26
1.1.5 Princípio do contraditório.....	28
1.1.6 Princípio da ampla defesa.....	30
2 O RECURSO ORDINÁRIO E OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS AO DIREITO DE LIBERDADE.....	33
2.1 <i>Habeas Corpus</i>	33
2.2 Recurso Ordinário Constitucional.....	45
2.3 Revisão Criminal.....	60
3 O HABEAS CORPUS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SUA JURISPRUDÊNCIA.....	71
3.1 A (in)constitucionalidade da limitação ao uso do <i>habeas corpus</i> nos Tribunais Superiores.....	71
3.2 Análise jurisprudencial do <i>habeas corpus</i> no Supremo Tribunal	

Federal.....	90
3.3 Análise jurisprudencial do <i>habeas corpus</i> no Superior Tribunal de Justiça.....	97
CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS.....	114

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Comparativo entre processos de recurso ordinário de <i>habeas corpus</i> distribuídos e o total de processos distribuídos no STF entre os anos de 2010 e 2014.....	58
Tabela 2 – Comparativo entre processos de recurso ordinário de <i>habeas corpus</i> distribuídos e o total de processos distribuídos no STJ entre os anos de 2010 e 2014.....	59
Tabela 3 – Número de <i>habeas corpus</i> distribuídos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2010 a 2014.....	76
Tabela 4 – Comparativo entre o número total de processos distribuídos e de recursos ordinários de <i>habeas corpus</i> e <i>habeas corpus</i> distribuídos no Supremo Tribunal Federal nos anos de 2010 a 2014.....	85
Tabela 5 – Comparativo entre o número total de processos distribuídos e de recursos ordinários de <i>habeas corpus</i> e <i>habeas corpus</i> distribuídos no Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2010 a 2014.....	85

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 nasce, essencialmente, para garantir o Estado Democrático de Direito e, neste prisma, os direitos fundamentais, proclamados no art. 5º, adquiriram o status de verdadeira fonte de direito e obrigações, públicas e privadas, sendo referência para resolução de conflitos individuais.

A partir desta moderna ordem constitucional, não há dúvidas acerca da necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, conseqüentemente, do Direito Processual Penal, à concretização dos direitos humanos, assentados como fundamentais no ordenamento da Carta Federal.

Neste contexto, a sociedade e o Direito sofrem constantes evoluções que, na maioria das vezes, levam ao alargamento de direitos, sendo os princípios constitucionais do direito processual penal, normas cogentes que deve ser ponderadas apropriadamente em sua aplicação, no intento da eficácia das garantias fundamentais no sistema jurídico pátrio. No Processo Penal há a existência, de dois tipos de princípios: os princípios constitucionais, que se subdividem em princípios constitucionais explícitos (aqueles expressos na Constituição Federal) e em princípios constitucionais implícitos (aqueles extraídos a partir dos princípios, ideias e valores consagrados na Constituição Federal) e os princípios do processo penal.

A liberdade de locomoção, como desdobramento do direito à liberdade, é um direito fundamental de primeira geração, devidamente acolhido no art. 5º, XV, da Constituição Federal, não podendo, portanto, ser restringido de forma arbitrária pelo

Estado. Porém, como todo direito fundamental, o direito de locomoção não é absoluto e pode ser restringido em determinados casos, devidamente previstos na Constituição Federal, para que se delimite a ação do Estado. Porém, uma vez havendo a privação ou ameaça injustificada desta liberdade, a própria Constituição Federal outorga um remédio jurídico específico para proteger o direito de ir e vir, qual seja, a ação de *habeas corpus*.

A palavra *habeas corpus* traduz-se como “tome o corpo”, ou seja, tome a pessoa presa e a apresente ao juiz para deliberação no que se refere à legalidade ou não do cerceamento à liberdade.

Historicamente, o instituto do *habeas corpus* chegou ao Brasil no Código de Processo Criminal do Império, do ano de 1832, no qual o art. 340 dispunha que cidadão que entendesse que ele ou outrem sofria uma prisão ou constrangimento em sua liberdade, teria o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor e foi recepcionado na Constituição brasileira de 1891, no art. 72, § 22.

Atualmente, está conjeturado no art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal de 1988, sendo uma ação autônoma de impugnação com o fim de preservar ou restabelecer a liberdade de locomoção ilegalmente ameaçada ou violada. Na legislação infraconstitucional, está recepcionado pelos artigos 647 a 667 do Decreto-lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal), pelo art. 23 da Lei nº 8.038/90, que regulamenta a competência do instituto no Superior Tribunal de Justiça e nos Regimentos Internos do Poder Judiciário, que estabelecem normas de natureza processual.

A finalidade do *habeas corpus* consiste em fazer cessar o constrangimento sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Ocorre que, no decorrer dos anos, o referido instituto acabou sendo aprimorado, fazendo com que o Poder Judiciário tivesse que definir em quais situações o remédio constitucional poderia ser conhecido.

Assim, a partir de agosto de 2012, a Suprema Corte brasileira ao decidir sobre ações de *habeas corpus*, alterou seu entendimento jurisprudencial e firmou posição no sentido da impossibilidade de impetração de *habeas corpus* quando

previsto no ordenamento jurídico recurso que vise a atacar a decisão objeto do remédio constitucional, no presente caso do recurso ordinário. O recurso ordinário constitucional se reflete em meio processual mais abrangente para análise de possíveis violações a direitos fundamentais pelos Tribunais Superiores, diante da amplitude do âmbito de sua devolutividade.

Pretende-se, pois, no presente trabalho, examinar, à luz da doutrina e da jurisprudência, a (in)constitucionalidade das decisões dos Tribunais Superiores em limitar o uso do *habeas corpus* sem o esgotamento da via recursal ordinária e a implicação dessa decisão nos julgamentos dos outros Tribunais do Judiciário brasileiro.

Neste contexto, inúmeras são as variáveis e digressões a serem examinadas para determinar os limites resultantes das decisões dos julgados dos Tribunais e sua repercussão e implicação no desrespeito aos princípios constitucionais do direito processual penal. São questionamentos que este estudo abordará, deixando-se claro que se trata de um tema em que não há respostas prontas, justamente por envolver questões que necessitam de uma pesquisa aprofundada, para que ocorra uma tomada de posição acerca da referida matéria e suas implicações nos julgamentos de casos futuros.

Assim, para melhor compreender as obscuridades que envolvem o tema a ser debatido, o primeiro capítulo da presente monografia tem por objetivo apontar algumas espécies de princípios processuais penais e constitucionais, bem como descrever a relevância dos princípios constitucionais e processuais penais garantidores do direito de liberdade; o segundo capítulo se volta para descrever os meios recursais ordinários garantidores do direito de liberdade e os remédios constitucionais do *habeas corpus* e da revisão criminal, culminando no terceiro capítulo, com o exame, à luz da doutrina e da jurisprudência, da (in)constitucionalidade das decisões dos Tribunais Superiores em limitar o uso do *habeas corpus* sem o esgotamento da via recursal ordinária.

Na presente pesquisa, tendo em vista o caráter subjetivo da abordagem do tema, torna-se impossível uma mensuração prática e estatística, motivo pelo qual se adotou, como tipo de pesquisa, o modelo qualitativo.

O objetivo de compreender e interpretar, ou mesmo reinterpretar, de forma ampla e conjugando diversos elementos vai ao encontro da pesquisa qualitativa, conforme Mezzaroba e Monteiro (2009), referindo que, nessa forma, a investigação é mais global, inter-lacionando-se com diversos fatores, que aprofundará aspectos relativos à abrangência das decisões jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, com relação à limitação ao uso do remédio constitucional do *habeas corpus* sem o esgotamento da via recursal ordinária.

Normalmente, o enfoque qualitativo está baseado em métodos de coleta de dados, utilizando-se das descrições e das observações, buscando, principalmente, a expansão dos dados ou da informação, ao contrário do quantitativo, que busca delimitar a informação, medindo com precisão numérica e/ou estatisticamente os dados coletados (SAMPIERI; COLLADO; LUCIO, 2013).

O método utilizado para o desenvolvimento da monografia foi o dedutivo, o qual, segundo Mezzaroba e Monteiro (2009), parte de uma fundamentação genérica para uma dedução particular, valendo-se de premissas amplamente reconhecidas e devidamente deduzidas, chegando-se às conclusões almejadas no trabalho. Assim, começou-se pelo estudo do conceito de princípios, no sentido amplo, e classificação das espécies de princípios processuais penais e constitucionais. Além disso, descreveu-se a relevância dos princípios constitucionais e processuais penais, garantidores do direito de liberdade. Após, foram apresentados os meios recursais ordinários garantidores do direito de liberdade e os remédios constitucionais da revisão criminal e do *habeas corpus*, até se chegar ao foco principal do trabalho, com a análise, à luz da doutrina e da jurisprudência, da (in)constitucionalidade das decisões dos Tribunais Superiores em limitar o uso do *habeas corpus* sem o esgotamento da via recursal ordinária.

Por fim, a pesquisa utilizou-se de técnicas bibliográficas (fundadas em referencial teórico que envolve doutrina, artigos de periódicos e materiais da área, encontrados em sites especializados) e documentais (com o uso de legislação, principalmente o Código Processual Penal e a Constituição Federal de 1988, e jurisprudência de Tribunais Superiores).

1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Inicialmente, cumpre destacar que não se tem a intenção de realizar uma análise exaustiva e pormenorizada acerca das teorias que explicam os conceitos e características dos princípios constitucionais. Neste sentido, o presente capítulo tem por objetivo realizar, de forma breve e didática, um estudo sobre a importância de alguns princípios constitucionais e do processo penal garantidores do direito de liberdade.

Assim, merece destaque que a Constituição Federal, *lato sensu*, representa tanto o modo de se constituir um ser humano, um agrupamento de pessoas ou uma organização, quanto o conjunto de normas que regulam uma instituição, com o fim de atingir o significado político, ou seja, a Lei maior de um Estado (NUCCI, 2014).

Relembrando o disposto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, Nucci (2014, p. 08) afirma que o Estado que não avaliza os direitos individuais e nem formaliza o regramento para os direitos fundamentais do homem, possui o caráter de uma Nação sem Constituição, já que a previsão dos direitos fundamentais tem o caráter de eixo principal da democracia.

No entendimento do referido autor, o estudo do processo penal brasileiro somente atinge a sua plenitude e eficácia quando ocorre a junção com os preceitos constitucionais, devidamente contextualizado através dos direitos e garantias fundamentais, sendo esses os legítimos freios diante dos abusos praticados pelo Estado contra o indivíduo, parte notadamente hipossuficiente na relação processual.

Verifica-se, no Processo Penal, a existência, portanto, de dois tipos de princípios: os princípios constitucionais e os princípios do processo penal, propriamente ditos. Os princípios constitucionais subdividem-se em princípios constitucionais explícitos (aqueles expressos na Constituição Federal) e em princípios constitucionais implícitos (aqueles extraídos a partir dos princípios, ideias e valores consagrados na Constituição Federal).

A relação existente entre o Processo Penal e o Direito Constitucional deve se basear a partir da visão constitucional de direito e democracia, buscando fazer a diferenciação de direitos e garantias individuais com os direitos e garantias humanas fundamentais para num segundo momento analisar o processo penal através de uma visão ampliada e correta (NUCCI, 2014).

Na intenção de avaliar as desconformidades que existem no ordenamento jurídico pátrio, Nucci (2014) vislumbra que essas distorções são decorrentes do fato de que o Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941) surge sob o Estado Novo, no curso da ditadura Vargas; já a Constituição Federal de 1988 nasce num prisma voltado, essencialmente, para um Estado Democrático de Direito e carregada de constantes e sucessivas mudanças na ordem constitucional brasileira.

Na mesma linha, Oliveira (2014) assinala que os direitos fundamentais adquiriram o status de verdadeira fonte de direito e obrigações, públicas e privadas, sendo referência para resolução de conflitos sociais, individuais e coletivos, a partir da Constituição Federal de 1988, proclamados nos arts. 5º, 6º e 7º, sendo que a moderna ordem constitucional não comporta dúvidas acerca da necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, conseqüentemente, do Direito Processual Penal, à concretização dos direitos humanos, assentados como fundamentais no ordenamento da Carta Federal.

Nesse contexto, o autor menciona a Reforma do Judiciário, através da Emenda Constitucional nº 45/04, conforme previsão do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, como um preceito constitucional que infere a obrigação democrática e especialmente protetiva dos direitos do homem. Ressalta, ainda, que o mesmo preceito constitucional passa a ter caráter de eficácia constitucional quando aborda

normas de direitos humanos previstas em tratados e convenções internacionais, quando aprovadas por três quintos dos votos dos membros da cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos (OLIVEIRA, 2014).

Ao realizar um comparativo entre Direito Processual Penal, princípios e Direito Constitucional, Oliveira (2014, p. 36) sintetiza:

Nesse quadro, os princípios fundamentais do processo não podem afastar-se de tal missão. Princípios, então, que se apresentam como normas fundamentais do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. O Direito Processual Penal, portanto, é, essencialmente, um Direito de fundo constitucional.

Nessa linha de considerações, importante ressaltar que os princípios devem nortear as normas fundamentais e, além disso, é necessária a existência do embasamento constitucional para a validade do Direito Processual Penal.

No diapasão de Oliveira (2014), os princípios constitucionais são autênticas garantias fundamentais dos indivíduos, ora em benefício do Estado, ora em prol de si mesmos e, além disso, gozam de um alargamento de vínculo normativo comparativamente às regras jurídicas.

Observa, ainda, o pesquisador, que essa extensão de vínculo normativo provém do fato da maior abstração de seus comandos, tornando imperativa a formação de referencial de critérios que tenha uma segurança mínima capacitada para resolver conflito entre direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2014).

Os princípios constitucionais são normas, explícitas ou implícitas, que determinam as diretrizes fundamentais da Lei Fundamental, bem como influenciam em toda a sua interpretação e aplicação.

Barroso (1999, p. 146) destaca o papel essencial e prático dos princípios constitucionais, que é “embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspirem a criação ou reorganização de um dado Estado”, ou seja, busca estabelecer os alicerces, traçando as linhas mestras das instituições e “dando-lhes o impulso vital inicial”. Possuem, portanto, a função de ser o “fio condutor dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando unidade ao sistema normativo”.

Neste sentido, o referido autor destaca que:

Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie [...] Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos (BARROSO, 1999, p. 147-149).

Resumidamente, conclui-se, portanto, que os princípios constitucionais são os valores eleitos pelo constituinte, inseridos na Constituição Federal, de forma a configurar os alicerces e as linhas mestras das instituições, dando unidade ao sistema normativo e permitindo que a interpretação e a integração dos preceitos jurídicos se façam de modo coerente.

Na construção de fazer a semelhança entre direitos e garantias individuais com normas processuais, Tornaghi apud Tourinho Filho (2013, p. 56) define que “convém deixar assinalado, contudo, como bem disse Tornaghi, que as normas processuais representam o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais”.

No sentido de reafirmar a paridade existente entre Constituição Federal, direitos e garantias individuais e Processo Penal, Tourinho Filho (2013, p. 56) propõe:

Enquanto a Constituição proclama os direitos e garantias fundamentais do homem, é por meio do processo penal que as garantias tornam os direitos fundamentais realidade. Não se concebe um processo penal que esteja em desconformidade com a Lei Fundamental. Daí por que a Lei n. 12.403/2011 procurou, na medida do possível, implantar com mais desenvoltura, no processo penal, o princípio da presunção de inocência que representa o coroamento de todos os demais princípios que tutelam e resguardam o direito de liberdade.

Vale especificar que o doutrinador confere ao princípio da presunção de inocência a honraria de ser um paradigma fundamental aos demais princípios que informam o direito de liberdade.

No prosseguimento de apresentar a conexão entre o Código de Processo Penal, a Carta Fundamental e garantias individuais, Oliveira apud Nucci (2014, p. 28) sugere:

[...] que 'depois de longa e sofrida vigência de uma codificação caduca em seus pontos estruturais - o CPP de 1941 - a Constituição Federal de 1988 não poderia ser mais bem vinda. E, por todas as suas virtudes, na instituição de garantias individuais e no estabelecimento de uma ordem jurídica fundada na afirmação e proteção dos direitos fundamentais, há de se manter bem viva'.

Seguindo o posicionamento de reforçar a relevância da aplicação dos direitos e garantias individuais no ordenamento jurídico brasileiro e com o objetivo de se respeitar, inicialmente, a hierarquia jurídica positivada a partir da Carta Fundamental e posteriormente ponderar o Código de Processo Penal, Nucci (2014, p. 28-29) esclarece:

Considerando-se que, no direito constitucional brasileiro, prevalece a meta de cumprir e fazer cumprir os postulados do Estado democrático de Direito, necessita-se captar as principais características dos direitos e garantias humanas fundamentais, aplicando-se cada uma das que se ligam à matéria processual penal ao direito infraconstitucional, previsto no Código de processo Penal, que, à luz da Constituição de 1988, deve necessariamente adaptar-se.

Na concepção de Nucci (2014), o processo penal, por lidar com liberdades públicas e tutelando o princípio mestre no sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, qual seja, dignidade humana; e também, abarcando outros direitos indisponíveis, como a vida, a liberdade, a propriedade, deve ter um tratamento diferenciado das demais ciências jurídicas, vislumbrando e respeitando o Direito Constitucional como seu legítimo embasamento para os seus julgamentos.

Esclarecendo como se deve dar a incidência entre direitos e garantias, Nucci (2014) ensina que para que ocorra um processo regular constitucional, faz-se necessário a garantia da ampla defesa, que é afixada pelo contraditório, já o devido processo legal é, do mesmo modo, acobertado pelo direito à prova e pela não admissão, no processo, das provas ilícitas.

Após tratarmos de forma genérica sobre princípios constitucionais, torna-se necessário analisar algumas espécies de princípios processuais penais e constitucionais, e sua relação com os direitos fundamentais.

1.1 Espécies de princípios processuais penais e constitucionais

Observe-se que cada ramo do direito possui princípios próprios, que podem estar expressamente previstos no ordenamento jurídico ou ser implícitos, ou seja, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a formação jurídica existente sobre determinada matéria.

No processo penal não é diferente, ele está erguido em torno de princípios que, por vezes, superam a própria literalidade da lei, bem como estar dispostos na própria Constituição Federal, na qual se encontram a maioria dos princípios que norteiam o processo penal brasileiros, sendo alguns explícitos, outros implícitos.

Neste sentido, conforme já estudado, ao se analisar a interligação entre os princípios constitucionais e os princípios processuais penais, não há como esquecer a existência de dois princípios regentes e essenciais para a compreensão e garantia dos direitos humanos fundamentais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal. Ainda, segundo a doutrina de Brito, Fabretti e Lima (2012, p. 16), além do devido processo legal, outro princípio pode ser considerado como ponto de partida de todo o sistema processual penal, qual seja, o estado de inocência, ou seja, todo cidadão é inocente, até que se prove o contrário.

Diante disso, nos subcapítulos seguintes, buscar-se-á discorrer sobre as espécies de princípios processuais penais e constitucionais vinculados ao tema, destacando-se entre eles os princípios da verdade real, do *ne procedat iudex ex officio* ou iniciativa das partes, da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os quais serão brevemente analisados.

1.1.1 Princípio da verdade real

O princípio da verdade real, também conhecido de princípio da verdade material ou substancial (terminologia usada no art. 566, do Código de Processo Penal), significa, conforme entendimento de Avena (2014), que no processo penal, devem ser cumpridas as diligências indispensáveis e que também sejam exauridas todas as providências cabíveis com o intuito da tentativa de descobrir como os fatos

realmente ocorreram, de maneira que o *jus puniendi* seja desempenhado com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal.

No mesmo sentido, discorre apontando a dificuldade de ser alcançada a verdade absoluta no sistema jurídico brasileiro:

Não se ignora, diante das regras legais e constitucionais que informam o processo penal brasileiro, que a verdade absoluta sobre o fato e suas circunstâncias dificilmente será alcançada. Muitos referem, inclusive, ser ela inatingível. Assim, a afirmação de que a verdade real é a meta do processo criminal significa dizer que o juiz deve impulsioná-lo com o objetivo de aproximar-se ao máximo da verdade plena, apurando os fatos até onde for possível elucidá-los, para que, ao final possa proferir sentença que sustente em elementos concretos, e não em ficções ou presunções (AVENA, 2014, p.18).

Na perspectiva de Nucci (2014), a análise do princípio da verdade real deve ter início pelo conceito de verdade, a qual, na sua concepção, sempre é relativa, visto que, torna-se impossível, na realidade, se extrair, nos autos, o fiel retrato da realidade do crime. Assim, dificilmente o juiz pode, no processo, assegurar ter alcançado a verdade objetiva, descrita como aquela que corresponde perfeitamente com o ocorrido no plano real; pode, contudo, tentar assegurar a verdade que aflora das provas colhidas, para, ao final, condenar ou absolver. Neste sentido:

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que aconteceu (NUCCI, 1999, p. 65).

Embora árdua e, para muitos, impossível de ser alcançada, a tarefa de se concretizar a verdade plena no julgamento da ação do processo penal, a finalidade do processo deve ser dirigida no sentido de que a sentença seja embasada em elementos concretos e fieis aos princípios constitucionais e legais do sistema processualista penal pátrio (AVENA, 2014).

Na esfera processual penal predomina, em regra, a indisponibilidade de interesses, ou seja, não é suficiente aquilo que tem a aparência de verdadeiro, razão pela qual se deve procurar introduzir no processo o retrato que mais se aproxime da realidade. Para Tucci (2009, p. 145), a verdade real pode ser definida como "a reconstrução atingível de fato relevante e metaprocessual, inquisitivamente perquirida para deslinde da causa penal".

Depreende-se do aludido princípio, que o julgamento proferido no processo penal dever refletir, tanto quanto possível, a realidade dos fatos analisados e, para tanto, a pesquisa do que efetivamente aconteceu deve ser plena e ampla, a fim de que a realidade possa se transmitir com absoluta fidelidade aos autos.

Delineando sobre a relação que se impõe entre a verdade real e a violação dos direitos e garantias estabelecidos na legislação, Avena (2014) ressalta que a busca da verdade real não pode provocar transgressão de direitos e garantias previstas no ordenamento jurídico, impondo balizamento a essa busca e alega, também, que não seria aceitável que o Estado, na tentativa de busca da justiça, pudesse ter o domínio particular no curso do processo, sobrepondo-se à Carta constitucional e às leis.

Para Mirabete (2006, p.44) o princípio da verdade real exclui "os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil".

Nos ensinamentos de Malatesta apud Nucci (2014, p. 55) a verdade, a certeza e a realidade são apontadas como:

[...] a 'conformidade da noção ideológica com a realidade' e que a certeza é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, sendo possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva. Portanto, pode-se afirmar que 'certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outros parece por vezes duvidosa quiçá até mesmo falsa a outros ainda'.

A partir dessa consideração o autor atribui à busca da verdade real no processo um caráter subjetivo do espírito ligado a um fato e material ou real é a verdade que tem mais proximidade com a realidade.

Para Nucci (2014) o princípio da verdade real corrobora no sentido de provocar no juiz um posicionamento contrário à passividade na busca das provas, não se satisfazendo com o que lhe é proporcionado pelas partes.

Sobre o tema, Tourinho Filho (2006, p. 41) aduz que:

Na verdade, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.

Pode-se dizer que as regras processuais que permitem ao magistrado uma participação efetiva na instrução processual penal são exemplos da adoção do princípio da verdade real pelo ordenamento processual brasileiro. Para Nucci (2014, p. 56), “O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente”.

Observe-se, porém, que tanto a Constituição Federal (art. 5º, LVI), quanto o Código de Processo Penal (art. 157) estabelecem limites ao alcance da verdade real, sobretudo ao disporem sobre as provas ilícitas, ao prescrever que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, ou seja, o legislador vedou as provas obtidas com violação à norma constitucional ou legal, ainda que elas retratem a verdade real (TÁVORA; ALENCAR, 2013).

Ferrajoli (2006, p. 52) afirma que a “impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de um ideal inalcançável”.

Segundo Demercian e Maluly (2001), depreende-se que, na Justiça Penal, o juiz não é mero espectador das provas produzidas pelas partes; possui, sim, o poder e dever de investigar a fundo a realidade dos fatos, motivo pelo qual o presente princípio é de tão largo alcance, fazendo com que até mesmo a confissão, no processo penal, tem valor relativo e deve ser valorado em consonância com as demais provas existentes.

Por fim, em sentido contrário, Lopes Jr. (2007, p.540) reputa tratar-se de um grande erro se falar em verdade real. Primeiro porque a própria noção de verdade é difícil de ser apreendida; segundo pelo fato de não se poder atribuir o adjetivo de real a um fato passado, que só existe no imaginário. Para o autor, o real está vinculado à ideia de presente, e o crime, como fato ocorrido na história, será reconstruído no processo, por isso, no ritual do processo, é fundamental perceber que a verdade na decisão é um mito, negando-se que a obtenção da verdade seja objetivo do processo ou adjetivo da sentença. A sentença seria um ato de crença, de convencimento, um sentimento declarado do juiz, e a verdade é tomada como algo contingencial, e não como fator estruturante do processo.

1.1.2 Princípio *ne procedat judex ex officio* ou iniciativa das partes

O princípio da iniciativa das partes é assinalado pelos axiomas latinos *nemo judex sine actore* e *ne procedat judex ex officio*, que significam que não há juiz sem autor, e que o juiz não pode dar início ao processo de ofício sem a provocação da parte interessada.

Todavia, até o advento da Constituição Federal de 1988, era possível que o órgão jurisdicional desse início a um processo penal condenatório de ofício, como ocorria nas hipóteses estabelecidas na Lei nº 4.611/65 (crimes culposos de lesão corporal ou de homicídio) e nos casos de contravenções penais, conforme artigos 26 e 531 do CPP.

Na lição de Lima (2014, p. 212), tratava-se da possibilidade de se dar início a um processo penal através de auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade policial ou judiciária, por isso era chamada de ação penal *ex officio*. Porém, com a reforma processual de 2008, verifica-se a inaplicabilidade de tais dispositivos, primeiro, porque o art. 531 teve sua redação modificada, dispondo, atualmente, sobre o procedimento sumário; segundo, porque o art. 257, I, do CPP, passou a prever de maneira expressa que cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida no CPP, revogando, tacitamente, o art. 26 do CPP.

Contudo, segundo Tourinho Filho (2013), o Código de Processo Penal ainda permite ao juiz, de ofício, conceder *habeas corpus* e decretar a prisão preventiva, demonstrando que nosso processo penal, apesar de acusatório, não o é genuinamente, visto permitir ao juiz praticar atos próprios das partes.

No Brasil, o princípio da iniciativa das partes se trata de princípio extraído do sistema acusatório, depurado dos artigos 129, inciso I, e 5º, inciso, LIX, da Constituição Federal, os quais garantem, respectivamente, a titularidade da ação penal pública por parte do Ministério Público e a possibilidade de oferecimento da ação penal privada subsidiária da pública, se a ação penal pública não for intentada pelo *Parquet* no prazo legal.

O princípio *NE procedat judex ex officio* ou da iniciativa das partes, como assinala Avena (2014), refere-se ao início da ação penal, ficando essa condicionada à iniciativa do Ministério Público nos crimes de ação penal pública e do ofendido ou por quem caiba representá-lo, mediante queixa, nos delitos de ação penal privada. O Código de Processo Penal prevê expressamente o aludido princípio quando, por intermédio dos artigos 24 e 30:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

Ainda, sem prejuízo destas, há a admissibilidade de ação penal privada subsidiária da pública, conforme artigo 29 do Código de Processo Penal, ou seja, o juiz não poderá dar início ao processo criminal sem que haja suscitação dos legitimados.

Paralelamente, o artigo 28 do mesmo diploma legal dispõe que, nos casos em que o órgão do Ministério Público deixa de oferecer a denúncia para requerer o arquivamento do inquérito policial, ainda que o Juiz não concorde com as alegações do Ministério Público, não poderá dar início à ação penal *ex officio*, devendo remeter os autos ao Procurador Geral para que esse tome as providências que julgar cabíveis.

Conforme Avena (2014), o princípio *ne procedat judex ex officio* ou iniciativa das partes materializa a regra da inércia da jurisdição e enseja consequências práticas importantes ao desenvolvimento e desencadeamento da ação penal e também da fase recursal.

Em relação ao princípio *ne procedat judex ex officio* ou iniciativa das partes, no que se refere ao alcance e utilização de sua matéria como parâmetro para restrição de decisão de juiz singular e de sentença de órgão colegiado, o mesmo doutrinador menciona:

Independentemente deste alcance inicial do princípio, é necessário ter em vista que a jurisprudência ampliou consideravelmente a sua abrangência, passando a utilizá-lo como fundamento para restringir ou até mesmo para impedir determinados pronunciamentos *ex officio* dos juízes e dos órgãos colegiados dos tribunais. Para ilustrar essa ampliação, veja-se que o *ne procedat judex ex officio* vem balizando as decisões dos tribunais no que concerne aos limites do recurso da acusação quando neste não foram impugnados todos os pontos da sentença sujeitos à modificação em 2º grau (AVENA, 2014, p. 20).

Nessa senda, Avena (2014) afirma que não é plausível um Tribunal modificar um julgado para condenar um réu por crime de roubo, quando o recurso do *dominus litis* discutia unicamente a desclassificação do procedimento para o tipo penal de furto qualificado, portanto, o Tribunal estaria, de ofício, agravando a situação do acusado.

Para Lima (2014, p. 211-212), o princípio “funciona como consectário do direito de ação, e dele deriva a diretriz segundo a qual o juiz não pode dar início a um processo sem que haja provocação da parte. Dele também deriva a proibição de que o juiz profira um provimento sobre matéria que não tenha sido trazida ao processo por uma das partes (princípio da correlação entre acusação e sentença)”.

1.1.3 Princípio da presunção de inocência

Trata-se de princípio igualmente conhecido como princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), segundo o qual o acusado é presumido inocente, até que uma sentença condenatória, com trânsito em julgado, o declare culpado, conforme previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Referindo-se à presunção de inocência e seu desenvolvimento histórico, nos ensinamentos de Rangel (2013), esse princípio surge no século XVIII a partir de um movimento de reação contra o livre arbítrio do Estado, que desde o século XII adotava o sistema processual penal inquisitório com fundamentação romano-canônica, sendo o acusado desprovido de qualquer garantia e presumindo-se como regra culpado.

O diploma marco dos direitos e garantias fundamentais remonta à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, no período da Revolução Francesa de 1789, a qual estabelece no art. 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Proclamado, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na ONU, o princípio da presunção de inocência foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Para Nucci (2014) o princípio da presunção de inocência significa dizer que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa, argumentando que o ser humano nasce inocente, sendo esse o seu estado natural e, justamente por esse motivo, é imprescindível que o Estado-acusação comprove, através de provas suficientes, ao Estado-juíz, a culpa do réu. Aduz, ainda, que o referido princípio integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu, ou seja, do *in dubio pro reo*, segundo o qual, em caso de dúvida, sempre deve prevalecer o estado de inocência, com a absolvição do acusado.

O doutrinador faz menção, ainda, que o princípio da presunção de inocência alinha-se ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), garantindo-se que, no caso de dúvida, deve sempre preponderar o estado de inocência, absolvendo-se o indiciado.

Oliveira (2014) afirma que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, estabelece ao Estado observar dois regramentos em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, no curso do iter persecutório,

não pode consentir restrições pessoais calcadas somente na possibilidade de condenação e outra de fundo probatório, que impõe à acusação todos os ônus da existência e autoria do fato.

No mesmo sentido, o chamado princípio do estado de inocência implica a observância de duas regras, uma relativa à instrução probatória, na qual é atribuição da acusação o ônus de comprovar a existência do crime e sua autoria; outra que diz respeito ao tratamento que deve ser conferido ao acusado no decurso do processo, ou seja, o réu não pode receber punições antecipadas sob a alegação de uma provável condenação (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2012).

Em regra, Moraes (2007) aduz que os direitos fundamentais são de eficácia e aplicabilidade imediata, sendo que o princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito, na medida em que, como garantia processual penal, visa tutelar a liberdade pessoal e a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de se retroceder ao estado de total arbítrio estatal.

1.1.4 Princípio do devido processo legal

No entendimento de Nucci (2014), o conjunto dos princípios constitucionais configura um sistema próprio, com lógica e autorregulação. Verifica, também, que ocorre a integração entre os princípios constitucionais penais e os processuais penais e, além disso, os princípios constitucionais coordenam o sistema de princípios de extrema relevância para a garantia dos direitos humanos fundamentais que são o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio de devido processo legal.

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe, em seu art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Na lição de Nucci (2014), o princípio devido processo legal tem suas origens fundadas no princípio da legalidade, conferindo garantias ao indivíduo que somente seja processado e punido caso haja a previsão de lei penal anterior conceituando determinado comportamento como crime, impondo-lhe pena.

No caminho de cientificar o significado do princípio do devido processo legal, Rangel (2013) aponta que esse princípio deve acatar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens.

Sintetizando sobre o andamento de um processo e sua interferência na garantia dos direitos do cidadão Rangel (2013, p. 04) propõe que “a tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei”.

Na aferição de Avena (2014, p. 22-23) a partir do princípio do devido processo legal confere-se os imediatos direitos ao acusado:

Na órbita do processo penal, deste princípio decorre uma série de direitos ao acusado, entre os quais sobressaem os seguintes direitos: ao processo, que se traduz na garantia de acesso ao Poder Judiciário; à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; a um julgamento público e célere, sem procrastinações indevidas; ao contraditório e à ampla defesa; à igualdade, o que abrange a paridade de armas e o tratamento processual isonômico; de não ser investigado, acusado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas; à assistência jurídica gratuita; à observância do princípio do juiz natural; à produção probatória; de ser presumido inocente e, conseqüentemente, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se fosse culpado, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória; de não ser obrigado à autoincriminação; de ser ouvido pessoalmente perante o juiz, a fim de poder narrar sua versão dos fatos; de defesa patrocinada por profissional com capacitação técnica, o direito de conhecer os motivos que conduziram o juiz à sua decisão (daí a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais consagradas no art. 93, inciso IX, da CF; ao duplo grau de jurisdição; e de propor revisão criminal em relação à sentença penal condenatória, quando ocorrentes as hipóteses que autorizam o ingresso dessa ação.

O autor contextualiza o devido processo legal que, por se tratar de uma regra genérica e de ampla abrangência, esse princípio tem sido usado com habitualidade pelos tribunais para nulificar atos processuais em inúmeros casos.

Segundo Silva (2005, p. 431-432), o princípio do devido processo legal combinado com o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), fecha o ciclo das garantias processuais. Assim, garante-se o processo, com as formas instrumentais adequadas, de forma que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um, o que é seu.

Consagrado pela Constituição Federal de 1988, o princípio do devido processo legal consubstancia-se em duas dimensões: procedimental ou formal e substancial ou material. Enquanto que o devido processo legal formal apresenta-se composto pelas garantias processuais do direito ao contraditório, à ampla defesa, a um processo com duração razoável, ao juiz natural, à inadmissibilidade de produção de provas ilícitas, ou seja, possui como principal destinatário o magistrado; o devido processo legal substancial se dirige muito mais ao legislador, como uma forma de limitar a sua atuação, fazendo com que as leis não se apresentem de maneira irracional ou desprovidas de razoabilidade, mas pautadas em critérios de justiça, racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade (SOUZA, 2012).

De modo geral, os direitos fundamentais referentes à atuação processual e procedimental alicerçam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto as atividades legislativa e jurisdicional devem ser acomodadas por procedimentos justos e adequados.

1.1.5 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório está elencado na Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Embora o direito de defesa e o contraditório estejam no mesmo dispositivo legal e sejam profundamente ligados, não devem ser confundidos, visto que no processo penal o direito ao contraditório é afeto a ambas as partes, enquanto que o direito a ampla defesa é privativo da parte ré. Neste sentido, se um ato processual não for comunicado ao acusador, haverá violação do princípio do contraditório, mas não do direito de defesa, visto que, em resumo, o contraditório é a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2012).

Historicamente, ao ratificar o referido princípio, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica,

consagrou o contraditório, aprovado pelo Congresso Nacional, via Decreto Legislativo n° 27, de 26 de maio de 1992. O art. 8° da Convenção Americana dos Direitos Humanos expõe:

Artigo 8º - Garantias judiciais:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

No sentido de regular a instrução contraditória e sua afinidade com o direito de defesa, Ieciona Almeida apud Rangel (2013, p. 17):

A instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, sem que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público (ou seu substituto processual) em sua peça exordial. Não. A outra parte deve ser ouvida (*audiatur est altera pars*). Por isso se diz que há no contraditório informação e reação, pois é a 'ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contraria-los'.

Na linha de explicitar como o contraditório se estabelece e interfere no processo, Gonçalves apud Rangel (2013, p. 17) esclarece:

Contudo, há que se ressaltar que o contraditório não é apenas “dizer” e “contradizer” sobre matéria controvertida, não é apenas o debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, mas principal e exclusivamente, é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É simétrica paridade de participação no processo, entre as partes.

Nesse contexto, o autor argumenta que o contraditório tem como característica essencial proporcionar a participação igualitária das partes no processo, sem que haja a sobreposição de uma das partes em relação à outra.

Com o objetivo de fazer a análise sobre a relevância e consequência da garantia do contraditório para a decisão judicial, Gomes Filho apud Rangel (2013, p. 19) faz esse diagnóstico:

Trata-se, portanto, de garantia fundamental de imparcialidade, legitimidade e correção da prestação jurisdicional: sem que o diálogo entre as partes anteceda ao pronunciamento estatal, a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça.

Aduz o pesquisador que a verdadeira justiça está alicerçada nos preceitos estabelecidos na garantia fundamental de imparcialidade, licitude e probidade da prestação jurisdicional.

Ressalte-se, porém, que o princípio do contraditório não se resume ao direito de dizer ou contradizer sobre a matéria controvertida ou é o debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, mas, principalmente, é:

[...] a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É a simétrica paridade de participação no processo, entre as partes segundo (GONÇALVES, 2001, p. 127).

Por fim, segundo Gomes Filho (1997, p. 137), a garantia do contraditório:

Trata-se, portanto, de garantia fundamental de imparcialidade, legitimidade e correção da prestação jurisdicional: sem que o diálogo entre as partes anteceda ao pronunciamento estatal, a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça.

1.1.6 Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa está recepcionado no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal e significa, conforme Avena (2014), o dever que cabe ao Estado de proporcionar ao acusado toda a defesa admissível no tocante à atribuição que lhe foi conferida, guardando estreita relação com o direito ao contraditório.

Destaca Nucci (2014) que no processo, a partir da manifesta supremacia dos atos estatais em relação ao réu, justamente por ser exercido por órgãos constituídos e preparados, deve ter o réu um tratamento diferenciado e justo, no qual a figura da ampla possibilidade de defesa se apresenta como uma contrabalança à força do Estado.

Na contextualização de Oliveira (2014), a ampla defesa concretiza-se através da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, igualmente, por qualquer meio de prova hábil destinada a evidenciar a inocência do acusado.

Avançando no tema, o autor cita a edição de duas súmulas da Suprema Corte, a nº 705 e 707, como um movimento do poder jurisdicional brasileiro no

sentido de que o exercício da ampla defesa seja realmente efetivo. Nessa linha, dispõe a súmula 705 STF: “A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”.

Oliveira (2014) posiciona-se na linha de que a súmula 705 do STF prestigia o conhecimento técnico do defensor, uma vez que o acesso ao duplo grau de jurisdição trás, por conseguinte, a revisão da decisão por um órgão colegiado.

Nessa linha, a súmula 707 do STF dispõe: “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”.

Conforme Oliveira (2014), a súmula 707 do STF carrega uma real inovação no sistema jurídico brasileiro, na medida em que ratifica a insuficiência da nomeação do defensor dativo para responder ao recurso interposto contra a rejeição (art. 395, CPP, por questões processuais) da denúncia.

Delineando sobre a distinção e a interação que existe entre o contraditório e a ampla defesa, Grinover apud Lopes Jr. (2014, p. 222) descreve:

Contudo, contraditório e direito de defesa são distintos, pelo menos no plano teórico. Pellegrini Grinover explica que ‘defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício de defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação- que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório’.

Como forma de destacar a distinção entre contraditório e o direito de defesa e a sua violação nos atos processuais, o pesquisador ensina:

A relevância da distinção reside na possibilidade de violar um deles sem a violação simultânea do outro, com reflexos no sistema de nulidades dos atos processuais. É possível cercear o direito de defesa pela limitação no uso de instrumentos processuais, sem que necessariamente também ocorra violação do contraditório. A situação inversa é, teoricamente, possível, mas pouco comum, pois em geral a ausência de comunicação gera a impossibilidade de defesa (LOPES JR., 2014, p. 223).

Assim, enquanto que no contraditório exige-se a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a efetividade desta participação, sob

pena de nulidade dos atos processuais, quando prejudicial ao acusado (OLIVEIRA, 2014).

Na concepção de Brito, Fabretti e Lima (2012), o princípio da ampla defesa está alicerçado no dever do Estado de garantir ao acusado uma defesa abrangente, ou seja, não basta uma defesa formal, mas efetiva, no sentido do réu poder participar ativamente do processo, como forma de influir no convencimento do magistrado. Destacam, ainda, que a defesa não deve ser limitada, mas deve ser exercida durante todo o processo, como garantia de um processo justo e um instrumento para a efetivação do devido processo legal. Portanto, tanto o princípio da ampla defesa, quanto o da plenitude da defesa e do contraditório são o corolário do devido processo legal.

Diante do exposto, constata-se que o processo penal está erguido em torno de importantes princípios, muitos deles, inclusive, se encontram dispostos na própria Constituição Federal, e norteiam o processo penal brasileiro, sendo que, conforme analisado no decorrer do capítulo, alguns são explícitos, outros implícitos. Outrossim, ao se analisar a interligação entre os princípios constitucionais e os princípios processuais penais, não há como deixar de destacar os dois principais princípios regentes e essenciais para a compreensão e garantia dos direitos humanos fundamentais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Por fim, no atual cenário, importante observar que se destaca, cada vez mais, a importância dos princípios constitucionais e processuais penais para servirem, justamente, para indicar o norte para onde a interpretação deve seguir nessa difícil atividade de aplicação do direito às novas situações jurídicas que vão surgindo diante da nossa sociedade contemporânea. Os princípios são, pois, neste momento de incertezas e transformações, o estado da arte na interpretação evolutiva, a única capaz de dar vida ao direito.

No próximo capítulo será realizado um estudo sobre o recurso ordinário e os remédios constitucionais ao direito de liberdade, dentre os quais se destacam o *habeas corpus* e a revisão criminal, como instrumentos voltados à garantia do direito individual relacionado à liberdade de locomoção.

2 O RECURSO ORDINÁRIO E OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS AO DIREITO DE LIBERDADE

Neste capítulo, será elaborado um estudo sobre o recurso ordinário constitucional e os remédios constitucionais ao direito de liberdade, dentre os quais o *habeas corpus* e a revisão criminal, como instrumentos voltados à garantia dos direitos individuais relacionados à liberdade de locomoção.

Ao analisar cada um destes instrumentos, buscar-se-á, de forma breve, traçar alguns aspectos históricos quanto ao seu surgimento, sua previsão constitucional e infraconstitucional, conceito e natureza jurídica, espécies, requisitos, cabimento e competência.

2.1 *Habeas Corpus*

Inicialmente, examinar-se-á o instituto jurídico do *habeas corpus*. No entanto, conforme já mencionado, não se busca o exaurimento do tema, mas tão somente realizar um estudo sobre os principais aspectos a ele relacionados.

Destaque-se que o presente instrumento é um direito estabelecido em nossa Lei Maior, como garantia de um direito individual, a liberdade, e não uma forma de garantir a impunidade ou um mero ardil para escapar ou encobrir uma conduta delituosa.

Historicamente, o *habeas corpus* possui origem no Direito Inglês, através da Magna Carta, promulgada em 19 de junho de 1215, pelo Rei João Sem Terra, cujo §

39 aduzia que “Nenhum homem livre será detido, feito prisioneiro, posto fora da lei ou exilado nem de forma alguma arruinado (privado dos seus bens), nem iremos nem mandaremos alguém contra ele, exceto mediante julgamento de seus pares e de acordo com a lei da terra” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 636).

Apesar deste entendimento majoritário, a doutrina também atribui o surgimento do *habeas corpus* ao Direito Romano, através do interdito de *libero homine exhibendo* (MIRABETE, 2006) e do *Habeas Corpus Act*, também do Direito Inglês, datado de 1679, sendo ampliada sua aplicação e incidência em 1816 (MORAES, 2007).

Por fim, o *writ* - como é chamado no Direito Inglês, em consequência da colonização inglesa, fez-se presente na Constituição Americana de 1787 (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2012) e em legislações internacionais de proteção aos direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), art. 8º; a Convenção Europeia (1950), art. 5º, IV; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º (NUCCI, 2014).

No Brasil, o instituto do *habeas corpus* somente foi instituído em 1832, no Código de Processo Criminal, cujo art. 340 determinava que: “Todo 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” (TOURINHO FILHO, 2013).

Entretanto, Moraes (2008) aduz que, embora a ordem de *habeas corpus* tivesse sido introduzida no Brasil com a vinda de D. João VI, através do Decreto de 23 de maio de 1821, ela já era implícita na Constituição do Império de 1824, cujo art. 179, VIII fazia proibição às prisões arbitrárias.

Até a Constituição Federal de 1988, inúmeras foram as Cartas que trataram do instituto, listando-se como principais dispositivos: a Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, que criou a espécie preventiva e possibilitou a impetração por estrangeiro; a Constituição Republicana de 1891, que, além de elevá-lo à garantia constitucional, possibilitava a proteção da liberdade e o amparo dos direitos pessoais; a Reforma Constitucional de 1926 limitou sua abrangência à liberdade de locomoção e o abuso contra prisões ilegais; a Carta de 1937 restringiu as liberdades de ir e vir; enquanto

que a Constituição de 1946 alterou a expressão “liberdade de ir e vir” por “liberdade de locomoção”; o Ato Institucional nº 5, de 1968 e revogado em 1978, suspendeu a garantia nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular; e, atualmente, vige o art. 5º, LXVIII da Constituição Federal de 1988 (TOURINHO FILHO, 2013).

O *habeas corpus*, como direito e garantia fundamental, está assegurado no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988: “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”. Na legislação infraconstitucional, está recepcionado pelos artigos 647 a 667 do Decreto-lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal), pelo art. 23 da Lei nº 8.038/90, que regulamenta a competência do instituto no Superior Tribunal de Justiça e nos Regimentos Internos dos Poderes Legislativos e Judiciário, que estabelecem normas de natureza processual.

Após este breve resgate histórico, necessário analisar o conceito e a natureza jurídica do instituto do *habeas corpus*. Segundo Tourinho Filho (2013, p. 958), a expressão *habeas corpus* deriva dos vocábulos *habeas* (de *habeo* - ter, tomar, andar com) e *corpus* (corpo), os quais significam “exiba o corpo”, ou seja, que se apresente a pessoa que está sofrendo a ilegalidade ou constrangimento na sua liberdade de locomoção.

O art. 647 do Código de Processo Penal dispõe que “sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir”, caberá o *habeas corpus*. Deve-se entender por violência o constrangimento físico, como a prisão; e a coação, como o constrangimento físico ou moral, obrigando-se alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Quanto a sua natureza jurídica, embora o Código de Processo Penal o coloque no livro que trata dos Recursos em Geral, trata-se, na realidade, de um verdadeiro remédio constitucional, cuja natureza é de ação penal constitucional (CAPEZ, 2005), destinado a garantir o direito de liberdade de locomoção contra qualquer ilegalidade.

No mesmo sentido, Brito, Fabretti e Lima (2012, p. 442) destacam que:

É tranquilo, portanto, afirmar que o *habeas corpus* não tem natureza recursal, vez que se analisarmos as características e requisitos gerais dos recursos, verificaremos que não são aplicáveis ao *habeas corpus*. [...] A natureza jurídica do *habeas corpus*, portanto, é de ação mandamental, tal qual o Mandado de Segurança, e não de recurso. É ação, pois visa a uma prestação jurisdicional consistente no restabelecimento ou na manutenção da liberdade de ir, vir ou ficar. A prestação se concretiza na concessão da ordem de *habeas corpus*.

Complementando o raciocínio, Tourinho Filho (2013) destaca que, estando o *habeas corpus* contemplado na Constituição Federal, no capítulo reservado aos direitos e garantias fundamentais, o direito à liberdade é direito fundamental, enquanto que o *habeas corpus* é o meio de se garantir esse direito, portanto, trata-se de uma garantia constitucional que se obtém por meio de um processo, cujo objeto é fazer cessar o constrangimento ou a simples ameaça de constrição à liberdade de locomoção.

Para Nucci (2014), o *habeas corpus* é uma ação de natureza constitucional, que objetiva coibir qualquer forma de ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção, portanto, não se trata de recurso, como faz entender sua inserção na lei processual penal, mas de instrumento eficaz para assegurar direitos fundamentais.

Na precisa lição de Cunha Júnior (2008, p. 749-750), o *habeas corpus* caracteriza “uma ação constitucional de natureza penal destinada à proteção da liberdade de locomoção quando ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso de poder”.

O art. 5º, inciso XV da Carta Constitucional estabelece que: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Como forma de garantir este direito fundamental, Rangel (2013, p. 1.043) observa que “a Constituição Federal concede o direito à liberdade de locomoção e o assegura através do *habeas corpus*”, conforme estabelecido no art. 5º, inciso LXVIII.

De acordo com o entendimento de Rangel (2013), apesar do *habeas corpus* estar previsto no Código de Processo Penal, no Livro III, Título II, Capítulo X, dos Recursos em Geral, o que leva a entender de que se trata de uma espécie de

recurso, o *writ* não é um recurso, mas uma ação autônoma de impugnação cuja pretensão é de liberdade.

Na compreensão do *habeas corpus*, no que toca ao provimento, Rangel (2013, p. 1.044) descreve:

O *habeas corpus* é instaurado pelo processo de conhecimento e poderá ter um provimento meramente declaratório, como por exemplo, quando se declara extinta a punibilidade nos termos do art. 648, inc. VII; ou constitutivo, quando rescinde sentença transitada em julgado, nos termos do art. 648, inc. VI. Nesse último caso, será constitutivo negativo. Assim, tendo o *habeas corpus* uma pretensão de liberdade, não pode haver um provimento condenatório.

Ainda, segundo Rangel (2013), o direito líquido e certo que o *habeas corpus* almeja tutelar é a liberdade de locomoção, partindo do pressuposto que o fato alegado é incontestável.

Já no que se refere à produção de prova no *habeas corpus*, Rangel (2013, p. 1.058) faz essa diferenciação:

Ora, sendo o *habeas corpus* um remédio jurídico que tem escopo proteger um direito líquido e certo específico, que é a liberdade de locomoção, a prova demonstrativa desse direito é pré-constituída, já que tem que estar previamente produzida. Pois não se admite a impetração de *habeas corpus* para, durante seu processamento, fazer prova do constrangimento ilegal a que está sendo submetido o impetrante ou paciente. A ilegalidade já tem que estar patente, existir antes da impetração, pois a sua liberdade de locomoção (direito líquido e certo) está sendo violada. Por isso, diz-se que no *habeas corpus* não cabe análise de provas, discussão probatória.

Duas são as espécies de *habeas corpus* garantidas pela Constituição Federal: a) *habeas corpus* liberatório, que busca cessar o constrangimento ou coação àquela pessoa que se encontra presa por ilegalidade ou abuso de poder, mediante a expedição de alvará de soltura; b) *habeas corpus* preventivo, utilizado quando há a iminência de se sofrer uma violência ou coação na sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder, através da expedição de um salvo-conduto (NUCCI, 2014).

Ao analisar as referidas espécies, Rangel (2013, p. 1.045) dispõe que:

O preventivo é concedido quando há ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção do indivíduo e, neste caso, concedendo a ordem, o juiz ou o tribunal expede um salvo-conduto ao paciente (cf. § 4º do art. 660). Ou seja, que ele seja conduzido a salvo sem ser molestado. O liberatório é concedido quando a liberdade de locomoção já está sendo coarctada por

violência ou coação e, nesse caso, concedendo a ordem, o juiz ou o tribunal expedirá alvará de soltura em favor do paciente-impetrante (cf. art. 660, § 1º).

O art. 654 do Código de Processo Penal estabelece quem possui legitimidade ativa para impetrar o *habeas corpus*, ao aduzir que “o habeas corpus pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”. Diante disso, a legitimidade ativa cabe a qualquer pessoa, tenha ou não capacidade para estar em juízo, podendo até mesmo ser interposto por analfabeto, bastando que alguém assine o pedido. Também pode ser interposto por uma terceira pessoa, sem necessidade de procuração, como também por pessoa jurídica, sendo que, neste caso, não pode dele se beneficiar, em face de não possuir liberdade ambulatoria (TOURINHO FILHO, 2013, p. 964).

Segundo Moraes (2006), o art. 654 do Código de Processo Penal autoriza o Ministério Público a proceder à impetração dentro de suas funções, em consonância, principalmente, ao disposto no art. 127, caput, da Constituição Federal e ao art. 32, I da Lei nº 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

No que se refere à legitimidade passiva, também chamada de autoridade coatora, ela pode ser ocupada tanto por autoridade pública, quanto, segundo entendimento doutrinário, por particular, ou seja, por aquele fora de suas atribuições funcionais ou legais. O coator, quando particular, deverá agir contra a lei, enquanto que a autoridade, através de ilegalidade ou abuso de poder.

Rangel (2013) destaca a importância de se identificar quem é a autoridade coatora, para que o *habeas corpus* seja impetrado perante o órgão jurisdicional competente, com o objetivo de responsabilizar o coator em caso de má-fé ou abuso de poder, nos termos do art. 653 e § único do CPP.

No que se refere à legitimidade passiva, Mossin (2002, p. 199) leciona que:

Na passividade da relação jurídico-processual em tema de *habeas corpus* se encontram, de regra, o juiz de direito, tribunal, membro de tribunal (juiz, desembargador ou ministro, especialmente quando relator), delegado de polícia, funcionário público e o próprio particular. No que tange ao particular, [...] pode ele perfeitamente figurar como parte passiva na ação penal de *habeas corpus*.

Quanto à possibilidade de impetração de *habeas corpus* contra ato de particular, Demercian e Maluly (2001) destacam que o entendimento atual é no sentido da sua permissão, sobretudo em alguns casos particulares, como, por exemplo, quando houver retenção de paciente em hospital, internação compulsória de pessoa não interdita ou retenção de colono em fazenda, visto que tanto a Constituição Federal, quanto o Código de Processo Penal, não são taxativos no sentido de que a ameaça ou a coação devam ser praticados somente por autoridade ou por quem exerça função pública, afastando, nestes casos, a garantia fundamental decorrente da norma constitucional.

O art. 654, § 1º, do Código de Processo Penal enumera os requisitos para a impetração do *habeas corpus*: a) nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação (paciente ou impetrante) e de quem exercer a violência, coação ou ameaça (coator ou impetrado); b) declaração da espécie do constrangimento ou, no caso de simples ameaça, as razões e as provas que servem para comprovar o seu temor; e c) a assinatura do impetrante, ou de alguém ao seu rogo, quando não souber ou não puder escrever (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2012, p. 449). Também devem ser acrescidos outros dados importantes, como a qualificação completa do impetrante, do paciente e da autoridade coatora, os fundamentos do pedido, além da peça ter que ser redigida em língua portuguesa, apesar da viabilidade de ser impetrada por estrangeiro.

Diante do exposto, três são as figuras intervenientes na ação de *habeas corpus*: a) o paciente, pessoa que sofreu a lesão ou ameaça de lesão na sua liberdade de locomoção; b) o coator, aquele que, sem legitimidade legal, exerce coação ou então ameaça a outrem; e c) o impetrante, o autor da ação de *habeas corpus*, podendo ser o próprio paciente ou um terceiro. Para Tourinho Filho (2013), a estes ainda pode ser adicionada a figura do “detentor”, que é a pessoa que detém o paciente.

Destacados alguns aspectos formais do *habeas corpus*, importante analisar, brevemente, as hipóteses legais de cabimento elencadas no art. 648, do Código de Processo Penal. Observe-se, contudo, que esse rol não é taxativo, mas meramente exemplificativo, tendo em vista que existem outras situações que merecem a

proteção do referido instrumento. De acordo com o dispositivo, sete são as hipóteses recepcionadas:

a) quando não houver justa causa (art. 648, I do CPP). Nesta hipótese, necessário se faz uma análise quanto ao termo *justa causa*. Segundo Tourinho Filho (2013), *justa causa* seria tudo o que está em conformidade com o direito, ou seja, se a lesão ou ameaça não possui sanção legal, ou não satisfaz os seus requisitos, não está configurada a *justa causa*. Portanto, a *justa causa* está relacionada à legalidade, ao cumprimento das formalidades legais, e não à justiça. Neste sentido, quanto interposto o *habeas corpus*, o Poder Judiciário deverá analisar a ocorrência de *justa causa* e das exigências legais para o correto proceder, verificando os elementos substanciais e formais.

Neste sentido, Tornaghi apud Demercian e Maluly (2001, p. 542) esclarece o que se deve entender por *justa causa*:

Não se trata de saber se a coação é justa ou injusta, o que só na sentença se decidirá, mas de ver se ela é ou não ilegal. A prisão de um homicida é justa, mas será ilegal se não se der em flagrante delito ou por ordem escrita do juiz competente. *Justa causa* é a causa suficientemente baseada em lei.

b) quando alguém estiver preso por mais tempo que a lei determina (art. 648, II do CPP). O referido inciso regula aquelas situações em que o preso encontra-se privado de sua liberdade por tempo superior ao estabelecido em lei, ou seja, em que há excesso de prazo.

Para Oliveira (2014, p. 1.028-1.029), a jurisprudência é rica no sentido de respeitar o prazo de prisão, sobretudo quando ausente previsão legal, destacando: a Lei n° 7.960/89, que cuida da prisão temporária pelo prazo de 05 dias ou 30 dias, se crime hediondo, possível a prorrogação; a Lei n° 12.850/13, que prevê prazo máximo de 120 dias, prorrogáveis por igual período, para o encerramento da instrução caso o acusado estiver preso, desde que justificada a medida; o art. 10 do Código de Processo Penal referente aos prazos para encerramento do inquérito criminal; o prazo máximo de 81 dias para encerramento da instrução criminal no caso de crime organizado, conforme Lei n° 9.034/95; por fim, havendo ausência de legislação específica, deve-se adotar, na instrução criminal do procedimento comum, o prazo máximo de 86 dias (Justiça Estadual) e 106 dias (Justiça Federal).

c) *quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo (art. 648, III do CPP)*. A Constituição Federal, entre as garantias individuais, dispõe que “ninguém será processado e nem sentenciado senão pela autoridade judicial competente” (art. 5º, LIII), bem como que “ninguém será preso senão por ordem escrita da autoridade judiciária competente” (art. 5º, LXI).

Diante disso, salvo a hipótese de flagrante delito, a prisão deverá ser determinada por despacho fundamentado da autoridade judiciária competente. Portanto, se a coação ou o constrangimento é determinado por ordem de quem não tem autoridade, atribuição ou poder para fazê-lo, essa coação é manifestadamente ilegal e autoriza o *habeas corpus* (MOSSIN, 2002).

No mesmo sentido, Oliveira (2014) afirma que o *habeas corpus* caberá contra ato de autoridade incompetente, bem como se a prisão em flagrante não observar as formalidades legais, hipótese em que cabe o relaxamento da prisão, tanto por ausência de justa causa, como de coação de autoridade competente.

d) *quando houver cessado o motivo que autorizou a coação (art. 648, IV do CPP)*. Trata-se da hipótese em que, ocorrida a prisão com justa causa e havendo, posteriormente, a cessação do motivo que a autorizou, deve ocorrer a liberação do preso imediatamente, visto que não deve perdurar a incidência dos efeitos de uma medida que não mais possui eficácia. Desta forma, “cessada a causa legal que determinou a clausura e permanecendo o paciente privado de sua liberdade de locomoção evidencia-se a coação ilegal, corrigível por meio da concessão do *writ*” (DEMERCIAN; MALULY, 2001, p. 553).

e) *quando não for alguém admitido a prestar fiança nos casos em que a lei a autoriza (art. 648, V do CPP)*. A Constituição Federal, no seu art. 5º, LXVI, assegura que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Logo, autorizada por lei a fiança, nos termos dos artigos 323 e 324 do CPP, admissível o remédio constitucional do *habeas corpus* quando, por culpa da autoridade coatora, for negado o direito de prestá-la ou houver demora no seu arbitramento. Segundo Bonfim (2007, p. 972), “[...] o *habeas corpus* não terá por finalidade a soltura do indivíduo, o qual provavelmente foi detido por justa causa (caso contrário se aplicaria o disposto no inciso I), mas sim a admissão

da fiança ou o arbitramento do valor para o respectivo pagamento, objetivando a consequente liberdade provisória”. O *writ* também será admitido quando o *quantum* da fiança for fixado acima dos limites estabelecidos pelo art. 325 do CPP, porém seu ajuizamento será embasado no art. 648, I do CPP.

f) quando o processo for manifestamente nulo (art. 648, VI do CPP). É cediço que quando um ato não preenche os requisitos formais, devido à solenidade do processo, ocorre uma nulidade. Portanto, na presente hipótese, Oliveira (2014, p. 1.031) aduz que:

[...] em regra, as nulidades atinentes aos requisitos de validade do processo, os chamados pressupostos (ou, requisitos, como preferimos) processuais de validade, bem como qualquer vício relativo às condições da ação, terão como consequência a nulidade absoluta do processo, a produzir efeitos também na prisão então realizada.

Importante destacar que não importa se o processo está em curso ou findo, com sentença transitada em julgado, sendo hipótese de nulidade processual, absoluta ou relativa, utilizar-se-á o remédio constitucional do *habeas corpus* para o seu reconhecimento.

g) quando extinta a punibilidade (art. 648, VII do CPP). O art. 107, do Código Penal, apresenta as causas de extinção da punibilidade, porém não se trata de um rol taxativo. Diante disso, extinta a punibilidade, desaparece o direito do Estado de iniciar ou continuar a persecução penal, bem como de executar qualquer pena aplicada, visto que não tem mais a pretensão punitiva ou executória (DEMERCIAN; MALULY, 2001). No mesmo sentido, Tornaghi apud Mossin (2002, p. 148) destaca que:

[...] as causas de extinção de punibilidade são as previstas no art. 107 do Código Penal. Se, em virtude de qualquer delas, desaparece a punibilidade antes da instauração do processo, esse perde a razão de existir e a eventual incoação dele enseja o *habeas corpus* para trancá-lo. Se a extinção se dá no curso do processo o juiz deve declará-lo de ofício (art. 61).

Por fim, a jurisprudência é pacífica quanto à matéria, diante da Súmula 695 do STF que dispõe que: “Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade”.

Em oposição às hipóteses de cabimento, importa mencionar os casos em que a interposição do remédio constitucional do *habeas corpus* é vedada. Inicialmente, o art. 647, *in fine*, do Código de Processo Civil estabelece as exceções à possibilidade de interposição do *writ*, dispondo que: "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que [...], salvo nos casos de punição disciplinar".

Diante disso, não é em qualquer situação de cerceamento de liberdade de locomoção que caberá o *writ*. Exemplo disso é, segundo Tourinho Filho (2013), a redação do art. 650, § 2º do CPP, que dispõe sobre a impossibilidade de cabimento do *habeas corpus* contra a prisão administrativa, principalmente diante da sua abolição pelo disposto no art. 5º, LXI da Constituição Federal. Na mesma esteira, o art. 142, § 2º da Constituição Federal menciona que "não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares", sendo que o art. 144, § 5º da Constituição Federal estende o alcance à Polícia Militar.

Verificadas as hipóteses de cabimento e vedação para a interposição do *writ*, importante analisar, brevemente, a matéria atinente à competência para conhecer o pedido de *habeas corpus*.

Mossin (2002) observa que há certa complexidade neste estudo, uma vez que há regulamentações na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais, leis orgânicas, Regimentos Internos dos Tribunais e em normas do Código de Processo Penal.

Os dois primeiros critérios que orientam e determinam a competência para o processamento do *habeas corpus* são a territorialidade e a hierarquia. Quanto ao primeiro, o *habeas corpus* deve ser interposto perante a comarca ou circunscrição judiciária de onde provém a constrição, ou ameaça de constrição à liberdade de locomoção (art. 649 do CPP). No caso de *habeas corpus* contra atos de particulares, ou delegado de polícia, o juiz competente será o do local da restrição ou ameaça a liberdade, entretanto, se a autoridade coatora for o juiz de uma comarca, além do critério territorial, deverá ser analisado critério da hierarquia, visto que a competência será do tribunal ao qual o juiz está vinculado (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2012, p. 450).

No que se refere ao critério da hierarquia, estabelecido no art. 650, § 1º, do Código de Processo Penal, conclui-se que sempre que a coação for atribuída a uma autoridade, a competência para o processamento da ação de *habeas corpus* será da autoridade imediatamente superior, não podendo um juiz conceder a ordem sobre ato de autoridade judiciária do mesmo grau.

Segundo Bonfim (2007), apesar de ser fundamental a observância dos critérios referidos, a Constituição Federal define, previamente, que a competência para conhecer e julgar o *habeas corpus* também se processa por prerrogativa de função, podendo caber a diferentes órgãos do Poder Judiciário sua apreciação, dependendo da pessoa que é o paciente ou o coator. Como forma de adequação metodológica, a doutrina tem dividido a matéria em competência originária e recursal.

Na definição de Mossin (2002), entende-se por competência originária para conhecer o pedido de *habeas corpus*:

[...] quando a autoridade judiciária tiver jurisdição direta para conhecer e julgar a lide que serve de conteúdo ao processo penal pertinente. A competência originária, como campo de ação legal onde um órgão judicial exerce seu poder de julgar, é atributo tanto dos juízes monocráticos de primeiro grau, quando dos colegiados judicantes de segundo grau, incluindo os tribunais superiores da União. Portanto, todo o órgão judicante tem sua competência originária, ou seja, jurisdição direta para conhecer e julgar o pedido de *habeas corpus*.

Outrossim, se denegado o pedido de *habeas corpus*, caberá ao interessado, segundo Tourinho Filho (2014), interpor recurso em sentido estrito (art. 581, X do CPP) ou impetrar uma nova ordem diretamente ao Tribunal competente. Trata-se da competência recursal, na qual o pedido pode ou deve ser conhecido por meio de recurso.

Nesta esteira, visto que o referido estudo demanda uma análise criteriosa, importam destacar, no presente capítulo, somente os dispositivos constitucionais que regem a competência originária e recursal de cada um destes órgãos judiciais: a) Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, 'd' e 'i' e II, 'a', da CF); b) Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, 'c' e II, 'a' da CF); c) Tribunais Regionais Federais (art. 108, I, 'd', da CF); d) Juízes federais (art. 109, VII, da CF); e) Tribunais dos Estados (art. 125, § 1º, da CF). Ainda, quanto às justiças especiais, será competente a justiça

correspondente à matéria relacionada a elas, como é o caso da Justiça do Trabalho (art. 114, IV, da CF) e da Justiça Eleitoral (art. 121, § 3º, da CF).

Diante do que fora apresentado, verifica-se que a impetração do *habeas corpus* tem como pressuposto básico a ilegalidade ou constrangimento da liberdade de locomoção, cuja ilicitude deve estar devidamente comprovada anteriormente do uso *writ* constitucional.

Por fim, conclui-se que o *habeas corpus* é um instrumento de natureza constitucional, cuja impetração visa garantir o direito à liberdade de locomoção e afastar qualquer ilegalidade ou constrangimento contra este, sendo que a população necessita, cada vez mais, de um maior esclarecimento acerca do instituto, para que seja preservada a confiança nas instituições de direito e na sua aplicabilidade como meio de efetivar o tratamento igualitário a todos os cidadãos, principalmente diante do atual cenário social, no qual há uma luta constante pelos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

2.2 Recurso Ordinário Constitucional

Antes de se iniciar o estudo específico do recurso ordinário constitucional, necessário se faz fixar um critério que defina a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, como forma de identificar a categoria na qual esta espécie recursal se encontra e as suas consequências.

Num primeiro momento, não há como vincular a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, com os termos “recursos de fundamentação livre” e “recursos de fundamentação vinculada”, respectivamente. Para Barbosa Moreira (2010), nos recursos de fundamentação livre, qualquer vício da decisão recorrida pode ser alegado para o seu conhecimento; nos recursos de fundamentação vinculada, necessário que haja um vício específico para o cabimento do recurso.

Assis (2007, p. 54) menciona como exemplos de recursos de fundamentação vinculada o recurso extraordinário, o recurso especial e os embargos de declaração, diante das hipóteses restritas de cabimento; e os demais, apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de divergência e recurso ordinário constitucional,

como recurso de fundamentação livre, visto que o recorrente poderá invocar qualquer vício do provimento impugnado para o cabimento.

O critério utilizado pela doutrina majoritária para separar os recursos em ordinários e extraordinários é o fato destes tratarem do direito objetivo, enquanto que os primeiros versariam sobre direito subjetivo (ASSIS, 2011).

Porém, este não parece ser o melhor critério, porque a maior ou menor tutela do direito objetivo, por exemplo, não ocorre conforme a espécie recursal, mas sim pelo tribunal que o julga, ou seja, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça. Desta forma, os recursos não visam única e exclusivamente proteger a lei (direito objetivo), mas, também, atender o interesse do recorrente (direito subjetivo), fazendo com que ambos estejam no mesmo patamar hierárquico (FONSECA, 2012).

Diante disso, o critério que melhor se enquadra para distinguir a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários é o do âmbito da devolutividade que o recurso proporciona ao juízo *ad quem*. Neste sentido, enquanto que nos recursos ordinários é admitida a devolução de toda a matéria aduzida durante o julgamento do feito para análise, sendo, portanto, irrestrita; nos recursos extraordinários a devolução é restrita a questões de direito (THEODORO JÚNIOR, 1993).

Segundo Bonfim (2013, p. 913), a matéria devolvida à apreciação, quando interposto o recurso ordinário constitucional junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, é a mais ampla possível, podendo ser objeto de exame tanto matéria de fato, quanto de direito. Portanto, o âmbito de devolutividade da matéria decidida pelos referidos tribunais é amplo.

Assim como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção e o *habeas data*, verifica-se que o recurso ordinário constitucional, em comparação aos recursos extraordinários, reflete-se em meio processual mais abrangente para análise de possíveis violações a direitos fundamentais pelos tribunais superiores, diante da amplitude do âmbito de sua devolutividade.

Portanto, tratando-se de um recurso ordinário em sentido amplo, significa que, ao julgá-lo, os tribunais superiores podem e devem analisar questões de fato, o que

é uma excepcionalidade, tanto em razão dos demais processos de competência desses tribunais, quanto em comparação com as funções de cortes superiores estrangeiras. Neste sentido, Greco Filho (2012, p. 401) afirma que:

O recurso ordinário, pela sua denominação e natureza, admite a análise e revisão de toda a matéria da decisão anterior, inclusive a de fato, se for necessário e possível. Absorve ele, portanto, a matéria que poderia ensejar o recurso especial e, se for do Superior Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, a), a matéria que ensejaria recurso extraordinário. Após o julgamento do recurso ordinário no Superior Tribunal de Justiça pode haver, ainda, a interposição do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, se remanescer questão constitucional. no caso, não se aplica a interposição concomitante que ocorre com o especial e o extraordinário, porque estes somente podem ser interpostos *depois* de esgotados os recursos ordinários.

Analisado o critério de classificação pelo qual o recurso ordinário é definido, a identificação da sua natureza jurídica é de extrema importância, a fim de esclarecer quais parâmetros devem ser considerados na análise do referido expediente processual.

Segundo Nucci (2014), existem hipóteses de processamento de recursos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal que ocorrem de forma automática, dispensando-se o juízo de admissibilidade e conveniência, próprios dos recursos especial e extraordinário. Trata-se do recurso ordinário, cuja interposição independe de determinados requisitos de admissibilidade, ou seja, uma vez manifestado o inconformismo no prazo legal, o recurso será processado, com o encaminhamento ao tribunal competente para julgamento.

Observa Avena (2014) que no recurso ordinário não há a necessidade de prequestionamento, sendo possível, também, a possibilidade do reexame de temas fáticos. Explica, ainda, que o recurso ordinário constitucional guarda simetria com a apelação, todavia, contrariamente a essa, é apreciado por Tribunal Superior (STF ou STJ).

Porém, de acordo com a interpretação dos artigos 539 e 540 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n° 8.038, de 28 de maio de 1990, ao interpor o recurso ordinário, é importante observar os requisitos de admissibilidade necessários para a apelação e ao agravo de instrumento. Portanto, satisfeitos os pressupostos recursais intrínsecos - cabimento, interesse recursal, legitimidade e inexistência de fato impeditivo ou restritivo – e extrínsecos - tempestividade,

regularidade formal e preparo – nada impede o conhecimento do recurso ordinário constitucional.

A Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o novo Código de Processo Civil, recepcionou, em parte, o disposto nos artigos 539 e 540, anteriormente mencionados, tratando, no Capítulo VI, do Título II, DOS RECURSOS PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, cuja Seção I regula o julgamento dos recursos ordinários, aduzindo nos artigos 1.027 e 1.028 que:

Art. 1.027. Serão julgados em recurso ordinário:

I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão;

II - pelo Superior Tribunal de Justiça:

a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

b) os processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

§ 1º Nos processos referidos no inciso II, alínea “b”, contra as decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses do art. 1.015.

§ 2º Aplica-se ao recurso ordinário o disposto nos arts. 1.013, § 3º, e 1.029, § 5º.

Art. 1.028. Ao recurso mencionado no art. 1.027, inciso II, alínea “b”, aplicam-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento, as disposições relativas à apelação e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º Na hipótese do art. 1.027, § 1º, aplicam-se as disposições relativas ao agravo de instrumento e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º O recurso previsto no art. 1.027, incisos I e II, alínea “a”, deve ser interposto perante o tribunal de origem, cabendo ao seu presidente ou vice-presidente determinar a intimação do recorrido para, em 15 (quinze) dias, apresentar as contrarrazões.

§ 3º Findo o prazo referido no § 2º, os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade.

A nova legislação, cuja entrada em vigor dar-se-á em 17 de março de 2016, ao contrário da vigente, somente faz alusão à observância dos requisitos de admissibilidade e de procedimento, próprios da apelação, no caso do recurso ordinário julgado pelo Superior Tribunal de Justiça referente a processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País; não sendo mais estendido a todos os recursos ordinários. Apesar disso, estando em vigor o Código de Processo

Civil, de 11 de janeiro de 1973, quanto à natureza jurídica do recurso ordinário constitucional, a doutrina é pacífica que se trata de apelação.

Já no entendimento de Assis (2007, p. 643), o recurso ordinário não se equipara, de forma integral, à apelação, com diferenças quanto à admissibilidade e ao procedimento, por isso que, diante de suas características próprias, o legislador o consagrou como figura autônoma no art. 496, V do Código de Processo Civil. Ao conceituá-lo, o referido autor aduz que:

[...] o recurso ordinário é o meio impugnativo de motivação livre que serve para atacar resoluções judiciais heterogêneas, acórdãos denegatórios de *writs* constitucionais e sentenças proferidas nas causas constitucionais, bem como decisões interlocutórias originárias dessas causas, cujo julgamento compete ao STF ou ao STJ.

Na concepção de Fux (2004, p. 1.244), “Interposto perante o STJ ou STF, o recurso ordinário (RO) faz as vezes da apelação e do agravo. É denominado também de recurso ordinário constitucional (ROC) por tutelar garantias constitucionais (mandado de segurança e *habeas corpus*), e porque contém seus pressupostos disciplinados na Constituição Federal”.

Quanto à denominação do recurso, Amorim (2005, p. 193-194) afirma que “a expressão *recurso ordinário* carrega a um só tempo a aflição da ambiguidade e o desconforto do esquecimento. Com a mesma denominação, significa gênero e espécie – mais de uma”. O referido autor esclarece que “A inadequada denominação vem de mais de setenta anos. Devorado pela ansiedade de distingui-lo do recurso extraordinário então previsto, o tecnicismo constituinte terminou por adotar expressão de perturbadora vaguidade”.

Por fim, em que pese o instituto do recurso ordinário constitucional raramente ser considerado em sua devida importância e ser pouco estudado, o mesmo “goza de prestígio no direito brasileiro, servindo para instrumentalizar o duplo grau de jurisdição naquelas importantes situações nas quais os tribunais atuam mediante competência originária” (PORTO, 2008, p. 256).

Neste sentido, importante destacar, de forma breve, alguns aspectos da evolução constitucional e infraconstitucional do surgimento e da permanência do recurso ordinário constitucional no ordenamento jurídico pátrio.

Historicamente, a Constituição Federal de 1891, apesar de não utilizar a expressão *recurso ordinário*, disciplinou um recurso, a ser interposto perante o Supremo Tribunal Federal, nos casos de julgamento de processo de competência da Justiça Federal e nos casos de competência da Justiça Estadual quando do julgamento de *habeas corpus* e de espólio de estrangeiro, desde que não houvesse tratamento da matéria em convenção ou tratado internacional (MENDONÇA, 2006).

Posteriormente, a Constituição Federal de 1934 foi o primeiro ordenamento que se utilizou do termo *recurso ordinário*, fato que tem se repetido até a Carta Magna vigente. Segundo Assis (2008), o recurso podia ser interposto contra decisões proferidas em causas federais, pelo Superior Tribunal da Justiça Eleitoral e denegatórias de *habeas corpus*. Extinta a Justiça Federal pela Constituição Federal de 1937, houve restrição quanto a sua interposição, porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1946, além do restabelecimento da Justiça Federal, houve o aumento da proteção aos direitos fundamentais do cidadão.

Apesar da curta vigência, a Constituição Federal de 1967 reafirmou as hipóteses de cabimento do recurso ordinário constitucional, sendo que a Emenda Constitucional n° 01/1969 acabou por limitar os casos para sua interposição. Por fim, diante da redemocratização, a Carta Constitucional de 1988, ao valorizar a defesa dos direitos individuais, aumentou o leque de hipóteses de cabimento do recurso ordinário constitucional (ASSIS, 2008).

A previsão constitucional do recurso ordinário fortaleceu a defesa dos direitos fundamentais, sobretudo porque somente através de uma emenda constitucional é que poderá haver a revogação deste instrumento de impugnação, bem como aumentaram as hipóteses para o seu cabimento conforme a competência, tanto no Supremo Tribunal Federal no art. 102, II, a e b e do Superior Tribunal de Justiça no art. 105, II, a, b e c, conforme verificado abaixo:

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

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;

b) o crime político;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
- c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

Neste sentido, Didier Jr. e Cunha (2010, p. 598) destacam que:

A Constituição da República de 1988, reflexo do incondicional esforço pela instituição do Estado Democrático de Direito, resgatou o instituto do mandado de segurança – como instrumento idôneo a proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* – viabilizou o cabimento do recurso ordinário em face das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores no âmbito do referido remédio constitucional. O texto constitucional distribuiu entre o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça a competência para julgamento do recurso – em decorrência lógica da criação da Corte Superior e absorção, por esta, de competências até então atribuídas exclusivamente à Corte Suprema.

Na legislação infraconstitucional, Assis (2007, p. 634) destaca que o recurso ordinário surgiu logo após a proclamação da República, como produto natural e direto da criação da Justiça Federal, exercida, precipuamente, pelo Supremo Tribunal Federal, cujo objetivo era apreciar questões constitucionais, com variada competência, conforme dispunha o Decreto n° 848, de 11 de outubro de 1890. Neste sentido, observa que:

À falta de um tribunal intermediário, encurtando a distância entre a Corte suprema e os juízes de primeiro grau da incipiente Justiça Federal, o art. 9° , II, do referido diploma estipulou a competência do STF para julgar, “em grau de recurso e em última instância”, o seguinte: (a) questões decididas pelos juízes de seção e de valor superior à alçada; (b) questões relativas à sucessão de estrangeiros, quando o caso não for previsto por tratado ou convenção; (c) causas criminais julgadas por juízes ou por júri federal; (d) as suspeições opostas aos juízes de seção. E o parágrafo único do art. 9° do dec. 848/1890 autorizou recurso ao STF das sentenças definitivas dos tribunais e juízes estaduais com a finalidade inerente ao recurso extraordinário.

Porém, a primeira lei ordinária a regulamentar o recurso ordinário, sobretudo diante da previsão constitucional do instituto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi a Lei n° 8.038, de 28 de maio de 1990 (alterada pela Lei n° 8.950, de 13 de dezembro de 1994), inclusive com alteração da redação dos artigos 539 a 546 do Código de Processo Civil, que tratavam dos recursos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Anteriormente, somente o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente do Superior Tribunal de Justiça, é que regulavam o processo e julgamento do referido recurso.

Quanto aos recursos ordinários perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, o Código de Processo Civil, nos artigos 539 e 540, assim disciplinam:

Art. 539. Serão julgados em recurso ordinário:

I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os *habeas data* e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais superiores, quando denegatória a decisão;

II - pelo Superior Tribunal de Justiça:

a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

b) as causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Parágrafo único. Nas causas referidas no inciso II, alínea b, caberá agravo das decisões interlocutórias.

Art. 540. Aos recursos mencionados no artigo anterior aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos Capítulos II e III deste Título, observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos.

As alterações promovidas pela Lei n° 8.950, de 13 de dezembro de 1994, fizeram com que o recurso ordinário fosse reincorporado ao Código de Processo Civil, organizando a matéria com técnica superior. O art. 539 do Código de Processo Civil separou as hipóteses de cabimento em razão do órgão destinatário do recurso, abandonando a terminologia “apelação cível”, para o aludido “recurso ordinário” e, sobretudo, incluindo-o no rol do art. 496 do Código de Processo Civil, como figura autônoma (ASSIS, 2007).

Finalizado este breve resgate histórico do recurso ordinário constitucional, passa-se ao exame das hipóteses de cabimento, conforme legislação constitucional e infraconstitucional. Neste íterim, quanto ao cabimento, Avena (2014, p. 1.292) aduz que:

Diferentemente do recurso especial, que é afeto à competência única do Superior Tribunal de Justiça, e do recurso extraordinário, cujo julgamento compete apenas ao Supremo Tribunal Federal, o recurso ordinário poderá ser interposto tanto para o STJ como para o STF. Tudo depende da matéria e do órgão do qual emanado o acórdão recorrido.

Nos ensinamentos do referido autor, o recurso ordinário constitucional, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pode ser interposto contra essas decisões:

- a) Decisões dos Tribunais Superiores (STJ, TSE, TST e STM) que, em única instância (hipóteses de competência originária), denegarem o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data* e o *habeas corpus* (art. 102, II, 'a', da CF). O recurso não é viável contra as decisões concessivas de ordem nesses casos. Cabe ressaltar que, como a Constituição Federal é expressa, referindo-se apenas às decisões em 'única instância', não cabe recurso ordinário ao STF, por exemplo, contra a decisão de Tribunal de Justiça que denegar o *habeas corpus*. A partir da instalação do STJ, das decisões denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança nos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, só é cabível o recurso ordinário constitucional ao STJ (art. 105, II, da CF), e não ao Excelso Pretório.
- b) Decisões relativas a crimes políticos (art. 102, II, b, da CF). por crime político compreende-se o delito praticado contra a ordem política e social, mormente aqueles estabelecidos nos arts. 8º e seguintes da Lei 7.170/1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. A competência para julgar o crime político é da Justiça Federal (art. 109, IV, da CF). Considerando a competência firmada no art. 102, II, b, da CF, que não se refere a decisões de única ou última instância, conclui-se que, tratando-se de crime político, o 2º Grau será, sempre, o STF mediante recurso ordinário (AVENA, 2014, p. 1.292-1.293).

Já no que se refere ao cabimento do recurso ordinário constitucional no Superior Tribunal de Justiça, Avena relata que esse incide nas seguintes circunstâncias:

- a) Decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal ou dos Tribunais Regionais Federais, que, em única ou última instância, denegarem a ordem de *habeas corpus* (art. 105, II, 'a', da CF). Assim, impetrado, no Tribunal de Justiça, *habeas corpus* contra decisão de um juiz, caso denegada a ordem, será facultado à parte ingressar com recurso ordinário constitucional para o STJ.
- b) Decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal ou dos Tribunais Regionais Federais, que, em única ou última instância, denegarem a ordem de mandado de segurança (art. 105, II, 'b', da CF). Contemple-se a hipótese em que uma Câmara Criminal de um determinado Tribunal Estadual, julgando o mandado de segurança ajuizado em hipótese de competência originária daquele tribunal, venha a negar a segurança pleiteada. Enseja-se, neste caso, o recurso ordinário constitucional para o STJ.
- c) As causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País. Trata-se de questão alheia ao enfoque criminal, razão pela qual deixamos de abordar neste livro (AVENA, 2014, p. 1.293-1.294).

Verifica-se que o recurso ordinário possui indicação expressa na Constituição Federal, sendo de competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme a matéria e o órgão do qual emanado o acórdão recorrido.

Tendo em vista que o conteúdo do presente capítulo é o estudo do recurso ordinário constitucional e os remédios constitucionais ao direito de liberdade, dentre os quais o *habeas corpus* e a revisão criminal, voltados à garantia dos direitos individuais relacionados à liberdade de locomoção, esta seção se dedicará ao estudo da hipótese do recurso ordinário em *habeas corpus*, de modo que não serão analisadas as outras situações de forma mais aprofundada.

Inicialmente, Moraes (2012) destaca que a doutrina tem entendido que as competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça podem ser divididas em originária e recursal, conforme a maneira de acioná-los. Diante disso, ambos poderão ser acionados diretamente, cabendo-lhes processar e julgar, originariamente, a questão em única instância (competência originária); ou através de recursos, ordinários ou extraordinários, quando a demanda será analisada em última instância (competência recursal).

Assis (2007, p. 644) destaca que o art. 102, II, a, da Constituição Federal outorga competência para o Supremo Tribunal Federal para julgar recurso ordinário de decisão denegatória de *habeas corpus*, nas condições prescritas no art. 539, I, do Código de Processo Civil; assim como o art. 105, II, a, da Constituição Federal outorga o referido instrumento ao Superior Tribunal de Justiça, em situação similar ao art. 539, II, a, do Código de Processo Civil. Porém, o referido autor observa que:

Localiza-se, pois, uma discrepância entre a lei infraconstitucional e a Constituição, resultante da omissão do *habeas corpus* como remédio idôneo a gerar provimento impugnável através de recurso ordinário. A presumível razão do silêncio repousa na ideia simplista de que *habeas corpus* da competência originária dos tribunais só ocorrem na esfera penal, que receberá solução no item próprio.

Analisando-se o dispositivo constitucional, verifica-se que a primeira hipótese de cabimento do recurso ordinário, no âmbito criminal, perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, a, da CF), refere-se ao *habeas corpus* decidido, originariamente, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, b, c e h, da CF), Tribunal Superior Eleitoral (art. 121, § 3º, da CF) e Superior Tribunal Militar (art. 124, parágrafo único, da CF), desde que denegatória a decisão.

Portanto, se o Superior Tribunal de Justiça julgar *habeas corpus* denegado por tribunal do Estado, incabível será a interposição de recurso ordinário desta

decisão, tendo em vista que ela não é originária, ou seja, decidida, anteriormente, em única instância.

Tourinho Filho (2013), na mesma linha de entendimento aduz que:

Assim, se impetrada uma ordem de *habeas corpus*, originalmente, ao STJ, ao TSE ou ao STM, se denegatória a ordem, cabível será o recurso ordinário constitucional para o STF. A Constituição fala em “única instância”. Desse modo, impetrado um *habeas corpus* junto ao TRF, ou Tribunal de Justiça, p. ex., se denegatória a ordem, caberá recurso ordinário para o STJ, e se este também o denegar, não haverá outro recurso ordinário para o STF porque, nesse caso, a decisão denegatória não foi proferida em “única instância”, mas em “última instância”. Poderá, isso sim, ser impetrada ordem de *habeas corpus* ao STF, com fundamento no art. 102, I, *i*, da CF.

Para a interposição do recurso ordinário constitucional, Moraes (2012) refere ser necessária a presença de três requisitos: a) julgamento do *habeas corpus* pelos Tribunais Superiores, ou seja, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar, excluindo-se o Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que não possui competência criminal; b) a decisão deverá ser originária, não sendo possível a análise de decisão anteriormente reformada ou mantida, mas somente julgada em instância única; c) a decisão deve ser denegatória, englobando as decisões de mérito e aquelas que extinguíram o processo sem julgamento de mérito.

Conforme expressamente consignado na Constituição Federal, o recurso ordinário não é possível contra as decisões dos Tribunais Superiores que concedem a ordem suplicada. Neste sentido, Greco Filho (2012, p. 401) aduz que “O recurso ordinário é um recurso *secundum eventum litis* porque somente pode ser interposto da decisão denegatória de *habeas corpus*; da concessiva, o Ministério Público poderá interpor o recurso extraordinário e o especial, se for o caso”.

Por outro lado, denegada a ordem do *habeas corpus*, o recurso ordinário constitucional, interposto no mesmo tribunal, terá o seu processamento mais demorado que o do *habeas corpus*, pois a defesa terá de aguardar a publicação do acórdão, após a petição e as razões do pedido e, em seguida, ocorrerá a remessa do processo ao tribunal competente, postergando o arbítrio sofrido pela parte.

Diante disso, segundo Oliveira (2014, p. 994) era comum, na prática, que o jurisdicionado, em vez de interpor o recurso ordinário constitucional, acabava se

valendo do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, a ser impetrado diretamente no Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 102, I, *i*, da CF.

Impende observar, a respeito do chamado *habeas corpus* substitutivo, que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, alterando sua jurisprudência anterior, tem entendido que este expediente constitui burla ao sistema, tendo em vista a existência de recurso cabível, ressalvada a possibilidade de flexibilização do entendimento circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

Este procedimento justifica-se diante da falta de efetividade da prestação jurisdicional para a defesa da liberdade de locomoção, comprometida em face da morosidade no julgamento do *habeas corpus*. Em diversas ocasiões, verifica-se o absurdo de se impetrar um *habeas corpus* na instância superior para que seja julgado um *writ* impetrado há anos na instância inferior. Diante disso, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por meio do HC nº 109.956/PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a fim de desemperrar a máquina judiciária e diminuir o número de *habeas corpus* em tramitação, decidiu não mais admitir o reconhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, buscando dar efetividade à norma prevista no artigo 102, II, a, da Constituição Federal.

Verifica-se, pois, a partir deste novo entendimento jurisprudencial, que o princípio da fungibilidade é inaplicável à espécie do recurso ordinário e os tribunais superiores têm sido, geralmente, implacáveis, rejeitando a incidência de tal princípio.

No Superior Tribunal de Justiça, o recurso ordinário será cabível para julgar o *habeas corpus* decidido em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória (art. 105, II, a, da CF). Para Oliveira (2014), o referido recurso objetiva a reapreciação da matéria veiculada em *habeas corpus* julgado nas instâncias superiores, seja em processos de competência originária, seja recursal.

Apesar do art. 539, II, a, do Código de Processo Civil prever somente o recurso ordinário no mandado de segurança, Assis (2007) aduz que o recurso ordinário disposto no art. 105, II, a, da Constituição Federal oferece uma perspectiva mais ampla, sobretudo por que é comum, na área civil, os tribunais regionais e locais julgarem o *habeas corpus* em última e única instância nos casos de prisão civil, tendo em vista não ser cabível a impetração de mandado de segurança, pois o

âmbito de atuação desse remédio é residual, de acordo com o art. 5º, LXIX, da CF/1988. Neste ínterim, observa que:

A única explicação cabível para a omissão do art. 539, II, a, reside no fato de o procedimento do *habeas corpus* se localizar nos arts. 647 e 667 do CPP. [...] À vista do exposto, resta a seguinte conclusão: o art. 539, II, a, reclama interpretação conforme a Constituição, subentendendo-se nele inscrito, por igual, o recurso ordinário contra acórdãos denegatórios de *habeas corpus*. É evidente não bastar a simples explicação de que o dispositivo deixou de fora o *habeas corpus*, porque o remédio respeita ao processo penal. A falta de explicitação da hipótese de admissibilidade contemplada no art. 105, II, a, da CF/1988 não obsta o acesso ao STJ (ASSIS, 2007, p. 656).

Em análise ao dispositivo constitucional, cumpre destacar que a competência do Superior Tribunal de Justiça é mais abrangente do que a do Supremo Tribunal Federal; pois enquanto a este cabe recurso ordinário apenas das decisões proferidas originalmente pelos tribunais superiores; àquele cabe, também, recurso ordinário decorrente de decisões proferidas em grau recursal.

Da mesma forma que ocorre no Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência admitia que o interessado impetrasse o chamado *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário diretamente no Superior Tribunal de Justiça, conforme dispõe o art. 105, I, c, da Constituição Federal, porém, diante do entendimento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no processo anteriormente mencionado, a 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça entenderam não ser cabível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Portanto, ultimamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm adotado uma postura restritiva em relação ao *habeas corpus*, com uma clara tendência em não conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Essa postura mereceu críticas da doutrina, uma vez que há casos absurdos em que não se conhece do *habeas corpus* por ser substitutivo, mas concede-se a ordem de *habeas corpus* de ofício, caracterizando flagrante ilegalidade.

Diante do exposto, a proteção dos direitos fundamentais e das liberdades individuais é uma das funções dos Tribunais Superiores. Portanto, permitir que eles reexaminem amplamente as decisões denegatórias dessas ações constitucionais, pela via do recurso ordinário constitucional, reforça a função de guarda dos direitos fundamentais, não desvirtuando em nada o seu papel.

Há, por parte da doutrina, uma crítica velada à competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do recurso ordinário, argumentando-se que o mesmo não deveria se rebaixar a órgão de segunda instância, diante da sua função de guardião da Constituição Federal. Gomes Júnior (2003, p. 477) aduz que:

Devemos deixar assentado que não se justifica, a nosso ver, a existência de tal recurso no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Se este Tribunal deve atuar como 'guarda da Constituição', não vemos razão de ordem sistemática, ou mesmo prática, na existência de um recurso, com devolutividade plena, inclusive com a possibilidade de discussões de matérias infraconstitucionais e fática, a ser apreciado por um colegiado que deveria ter suas decisões restritas ao âmbito constitucional.

Porém, tal entendimento não merece guarida, tendo em vista que a função de guardião da Constituição Federal não obsta o respeito aos direitos fundamentais, pois ambos são complementares, sendo plausível que quando interpostas estas ações constitucionais, o Supremo Tribunal Federal reexamine, inclusive, matéria de fato.

A título de estatística, os recursos ordinários constitucionais contra decisões denegatórias de *habeas corpus*, conforme pesquisa realizada entre os anos de 2010 e 2014, representam menos de 1% (um por cento) dos processos distribuídos junto ao Supremo Tribunal Federal, e aproximadamente 2% (dois por cento) dos processos distribuídos perante o Superior Tribunal de Justiça. Observem-se as tabelas abaixo:

Tabela 01 – Comparativo entre processos de recurso ordinário de *habeas corpus* distribuídos e o total de processos distribuídos no STF

Ano	Processos de ROC de HC Distribuídos	Total de Processos Distribuídos no STF	Porcentagem
2010	189	41.008	0,46%
2011	258	38.109	0,68%
2012	406	46.392	0,87%
2013	842	44.170	1,90%
2014	693	57.796	1,20%
Total	2.388	227.475	1,05%

Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (texto digital, 2015).

Tabela 02 – Comparativo entre processos de recurso ordinário de *habeas corpus* distribuídos e o total de processos distribuídos no STJ

Ano	Processos de ROC de HC Distribuídos	Total de Processos Distribuídos no STJ	Porcentagem
2010	2.033	228.981	0,88%
2011	2.325	290.901	0,80%
2012	3.124	289.524	1,08%
2013	9.180	309.677	2,96%
2014	10.963	314.316	3,48%
Total	27.625	1.433.038	1,93%

Fonte: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (texto digital, 2015).

Diante do exposto, conclui-se que o número de recursos ordinários constitucionais de *habeas corpus* distribuídos, em comparação ao total de processos distribuídos, não é responsável pela sobrecarga dos referidos Tribunais Superiores, muito menos pelo funcionamento prejudicado.

Por fim, cumpre analisar algumas disposições referentes ao processamento do recurso ordinário constitucional de *habeas corpus*.

No processamento do recurso ordinário constitucional contra a decisão que denegar o *habeas corpus*, interposto perante o Supremo Tribunal Federal, deve ser observado o disposto na Súmula nº 319 do Supremo Tribunal Federal e nos artigos 310 a 312 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam que o prazo para a sua interposição será de cinco dias, mediante petição nos próprios autos, já acompanhada das respectivas razões do pedido de reforma, dirigida ao presidente do Tribunal Superior.

Súmula nº 319 – STF. O prazo do recurso ordinário para o supremo tribunal federal, em "habeas corpus" ou mandado de segurança, é de cinco dias.

Nos termos do artigo 311 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, depois de distribuído o recurso, a Secretaria do Tribunal, imediatamente, fará os autos com vista ao Procurador-Geral, pelo prazo de dois dias. Com a manifestação do Ministério Público, será o recurso concluso ao relator, que submeterá o feito a julgamento.

Por fim, quanto ao processamento do recurso ordinário no Superior Tribunal de Justiça, a matéria vem regulada na Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que institui normas procedimentais para os processos que especifica perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, estabelecendo no artigo 30 que o recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, das decisões denegatórias de *habeas corpus*, será interposto no prazo de cinco dias, mediante petição nos próprios autos, já acompanhada das respectivas razões do pedido de reforma, dirigida ao presidente do tribunal que denegou a ordem de *habeas corpus*. Também, deverão ser observados os artigos 244 a 246 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais após a distribuição do recurso, a secretaria do tribunal, imediatamente, dará vista ao Ministério Público, pelo prazo de dois dias para o seu parecer. Com a manifestação do *parquet*, os autos serão conclusos ao relator, e este submeterá o feito a julgamento na primeira sessão, independente de pauta.

Segundo Oliveira (2014, p. 996), “Da decisão final do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça ainda poderá ser cabível o recurso extraordinário no STF quando se tratar de questão de direito, de fundo exclusivamente constitucional”.

Ainda, quanto aos efeitos do julgamento do recurso ordinário de *habeas corpus*, em caso de concessão, haverá a imediata ordem de soltura do paciente, salvo se, por outra razão, deva o mesmo permanecer preso. Tratando-se de *habeas corpus* preventivo, o relator expedirá o devido salvo-conduto (ASSIS, 2007).

Finalizada a análise do recurso ordinário constitucional, no item seguinte será elaborado um estudo sobre o instituto da revisão criminal, como instrumento voltado à garantia dos direitos individuais relacionados à liberdade de locomoção.

2.3 Revisão Criminal

A busca por uma sentença justa sempre foi objeto da prestação jurisdicional. Diante disso, a possibilidade de um inocente ser condenado por um erro do Poder Judiciário trouxe à tona a necessidade de se criar um instrumento reparador desta

injustiça. Os erros judiciários, como erros comuns do meio social, são, atualmente, verdadeiras realidades, sendo que, uma vez identificadas, devem ser reparadas.

Ocorre que, em um processo judicial, buscam-se, através do instituto da coisa julgada, a certeza jurídica e a estabilidade social, motivo pelo qual, em princípio, a revisão da decisão proferida seria impossível. A coisa julgada significa uma decisão imutável e irrevogável.

Neste cenário, surge no universo jurídico a revisão criminal, como um remédio em favor do réu, para a persecução da justiça e da equidade. Para Kelsen apud Rangel (2013), “O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar em outro indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social”.

Para Brito, Fabretti e Lima (2012, p. 429), a existência da revisão criminal:

[...] funda-se na falibilidade humana, da qual pode decorrer uma condenação injusta, sendo necessário que exista um meio processual para correção dos erros dos julgados, mesmo que a decisão já tenha transitado em julgado, e para que se restaure a justiça.

A partir da revisão criminal, busca-se sobrepor o valor da justiça ao valor da segurança jurídica, trata-se, portanto, da flexibilização do instituto da coisa julgada, pois manter uma sentença injusta, sobretudo no âmbito penal, significa eternizar uma grave injustiça, diante da limitação à liberdade, direito fundamental garantido constitucionalmente.

O instituto da coisa julgada está inserido dentro do Direito Público, mais precisamente no Direito Constitucional, diante disso, somente outro instituto previsto constitucionalmente é que poderá desfazer os seus efeitos. Neste contexto, a revisão criminal possui como objetivo desfazer o efeito da imutabilidade inserida em uma sentença transitada em julgado.

Apesar de a norma constitucional atentar no art. 5º XXXVI, que a lei não prejudicará a coisa julgada, a utilização da revisão criminal não ofende a tal preceito, tendo em vista se tratar de controle sobre os vícios, devidamente taxados no art. 621 do Código de Processo Penal, que a sentença pode apresentar.

Para Rangel (2013), a revisão criminal pode ser considerada a antítese da coisa julgada, visto que enquanto esta tem por efeito evitar o reexame da decisão proferida em processo penal; aquela visa exatamente rediscutir a decisão, diante da verificação da existência de um erro judiciário, como forma de estabelecer a verdade dos fatos.

Na mesma linha de pensamento, Tourinho Filho (2013, p. 698), observa que:

Hoje, em todas as legislações do mundo civilizado, a *coisa julgada* penal, a despeito de necessária à ordem pública, deixa-se violentar quando um interesse mais alto a sobrepuja: uma sentença condenatória manifestamente injusta. E o remédio jurídico-processual que permite reabrir o processo em que se cometeu a injustiça, rasgando-lhe o selo da intangibilidade, é a revisão criminal.

Portanto, a existência e cabimento da revisão criminal são inegáveis, uma vez que o erro judiciário, além de causar uma impressão negativa, pelo fato de incorrer na absolvição de um culpado, reflete na sociedade uma sensação de insegurança, pelo fato de os erros ensejarem impunidade.

Apesar de não haver previsão expressa, a revisão criminal está prevista, implicitamente, no art. 5º, LXXV da Constituição Federal, tratando-se, pois, de verdadeira garantia fundamental do indivíduo, na forma de remédio constitucional contra injustas condenações. O referido dispositivo garante, expressamente, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Ainda, há dispositivos constitucionais a respeito nos art. 102, I, ‘j’, 105, I, ‘e’ e art. 108, I, ‘b’, da CF, que tratam sobre o processamento e julgamento das revisões criminais no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

A legislação infraconstitucional também cuidou de regulamentar a revisão criminal. O Código de Processo Penal, no Livro III, Título II, que trata dos recursos em geral, destinou capítulo específico para a revisão criminal (Capítulo VII). Ocorre que tanto a revisão criminal, como o *habeas corpus*, não são recursos, constituindo-se em ações autônomas de impugnação, constitucionalmente asseguradas, com o objetivo de assegurar direitos e garantias fundamentais, como a liberdade e a realização da justiça.

Diante disso, importante realizar uma breve análise quanto à natureza jurídica do instituto da revisão criminal. Na classificação da natureza jurídica da revisão criminal, Rangel (2013, p. 1.077) discorre que:

A revisão criminal, não obstante encontrar-se, topograficamente, no Livro III, Título II, Capítulo VII, do CPP, não tem a natureza de um recurso, pois este pressupõe decisão não transitada em julgado e é interposto dentro da mesma relação jurídico processual. Porém, a revisão criminal somente pode ser proposta após o trânsito em julgado e instaura uma nova relação jurídico-processual. Assim, a natureza jurídica da revisão criminal é de uma ação autônoma de impugnação regida pelo processo de conhecimento, constitutiva negativa, cuja pretensão é de liberdade.

Marques (apud RANGEL, 2013, p. 1.077) deduz que “a revisão criminal é ação penal constitutiva, de natureza complementar, destinada a rescindir sentença condenatória em processo findo. Ela é ação constitutiva porque visa desfazer os efeitos de sentença condenatória”.

Outrossim, sem adotar o caráter de ação, nem acolher sua classificação como mero recurso, Médici (1998, p. 148) propõe outro conceito para a revisão criminal:

Em nosso entendimento, a revisão constitui meio de impugnação do julgado que se aparta tanto dos recursos como das ações, pois a coisa julgada exclui a possibilidade de interposição de recurso, e, ao requerer a revista da sentença o condenado não está propriamente *agindo*, mas *reagindo* contra o julgamento, com o argumento da configuração de erro judiciário. A ação penal anteriormente *vista* é então *revista* por meio da revisão que, entretanto, não implica inversão das partes (em sentido processual).

Na concepção de Nucci (2014, p. 866), a revisão criminal consubstancia-se em:

[...] uma ação penal de natureza constitutiva e *sui generis*, de competência originária dos tribunais, destinada a rever, como regra, decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. Trata-se de autêntica ação rescisória na esfera criminal, indevidamente colocada como recurso no Código de Processo Penal. É ação *sui generis*, pois não possui polo passivo, mas somente o autor, questionando um erro judiciário que o vitimou.

Na concepção do referido autor, a revisão criminal nada mais é do que uma espécie de ação rescisória, de cunho criminal, portanto, não deveria estar disposta no capítulo dos recursos junto ao Código de Processo Penal.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, assim dispôs sobre a revisão criminal:

A revisão criminal é uma ação penal, originária de 2ª instância, objetivando desconstituir uma sentença condenatória transitada em julgado e que tem por finalidade corrigir excepcionais casos de erro judiciário, equivalendo a ação rescisória civil. Por ser uma ação, está sujeita às condições de procedibilidade inerentes a toda ação. Por outro lado, a revisão criminal, viola a autoridade da coisa julgada, e conseqüentemente, só pode ser admitida quando se enquadra, rigorosamente nas hipóteses taxativas enumeradas em lei, ou seja, no art. 621 do CPP. Assim sendo, para que a ação tenha seguimento, precisa passar por um juízo de admissibilidade, com verificação dos pressupostos básicos de formação da instância de conhecimento. Se o Estado é invocado para a prestação jurisdicional, cabe-lhe fiscalizar a petição inicial para evitar o nascimento de causas inviáveis e, por conseguinte, perda de tempo, e de dinheiro, bem como poupando o Tribunal de desperdício de atividade (AgRg 234.538/9 - Tribunal Pleno - j. em 2.6.93, Rel. Hélio de Freitas, RT 707/305).

Num breve resgate histórico, verifica-se que a revisão criminal é um instituto relativamente recente, previsto, inicialmente, na França, no Código de Instrução Criminal de 1806. No Brasil, o instituto foi incorporado através do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que o instituiu perante o Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, a Constituição Republicana de 1891 a previu no art. 81, como verdadeiro remédio constitucional, sendo mantida na Constituição Federal de 1934, em seu art. 76. Neste ínterim, a Lei 221, de 20 de novembro de 1894, consolidou o processo revisional do crime em seu art. 74, posteriormente representado pelo art. 86 e seus §§ da Consolidação das Leis Penais. A Carta de 1937 silenciou a respeito, embora o Decreto-lei nº 06, de 16 de novembro de 1937, estabelece a competência para o processo e julgamento das revisões criminais. O Código de Processo Penal de 1941 o consagrou expressamente e a Constituição de 1946 repetiu o disposto nas anteriores (1891 e 1934), enquanto que a Emenda Constitucional nº I, de 1969, apesar de dispor, no art. 119, I, 'm', que cabe ao Supremo Tribunal Federal a revisão criminal de seus julgados, deixou a este a regulamentação do processo e julgamento dos feitos (TOURINHO FILHO, 2014).

A revisão criminal, conforme analisado, atinge a imutabilidade das sentenças. Igualmente, para ensejar o cabimento da revisão criminal são imprescindíveis as figuras do erro judiciário e da coisa julgada. Ainda, como forma de garantir maior efetividade e segurança jurídica, a legislação processual penal definiu alguns critérios objetivos para sua interposição.

Na análise do instituto da revisão criminal, importante destacar as duas formas de revisão criminal, previstas em determinadas legislações: a) revisão criminal *pro societate*: nesta, permite-se a desconstituição de uma sentença

absolutória, independente da razão, com o fim de se buscar o princípio da verdade real. Está baseada na ocorrência de falsificação da prova ou de confissão do verdadeiro autor do delito; b) revisão criminal *pro reo*: ao visar corrigir erros judiciários, tem cabimento somente contra sentenças condenatórias. É um sistema restrito, de origem francesa e adotado pela legislação brasileira (RANGEL, 2013).

Verifica-se, também, a possibilidade de cabimento da revisão criminal da sentença absolutória imprópria, a qual, segundo art. 386, § único, III, do Código de Processo Penal, é aquela que impõe medida de segurança ao acusado inimputável. Ainda, a revisão criminal é admitida a qualquer tempo, seja antes ou após a extinção da punibilidade (art. 622 do CPP) e da decisão condenatória do Tribunal do Júri, visto que a soberania do veredicto somente existe como garantia constitucional do indivíduo, para resguardar a sua liberdade (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2012).

Quanto às hipóteses de admissibilidade previstas em lei, o legislador foi taxativo ao permitir a revisão criminal somente nas hipóteses elencadas no art. 621 do Código de Processo Penal. Nessa linha de pensamento, Mossin (1997, p. 24) aduz:

Assim sendo, o legislador processual penal delimitou o âmbito de incidência da Revisão Criminal, fixando, de modo expresso, as hipóteses de cabimento deste remédio excepcional, só permitindo quando estiver ele ajustado aos casos taxativamente enumerados. Enfim, o *numerus clausus* da revisão criminal, além de ostentar maior rigor científico, deixa de lado aquele cunho casuísta abraçado pela legislação processual antiga.

Avena (2014) afirma que o art. 621 do Código de Processo Penal regulamenta as hipóteses, sendo essas taxativas e não admitindo ampliação. Segundo o autor, se intentada a revisional e não restar enquadrada em nenhuma das situações legais que a autorizam, a ação deverá ser indeferida liminarmente pelo relator do Tribunal ou Órgão Colegiado no qual foi distribuída.

Portanto, tanto os tribunais, quanto os doutrinadores, são uníssonos e pacíficos no sentido de que as hipóteses de cabimento da revisão criminal são taxativas, não podendo ser esse rol ampliado, no sentido de incutir incertezas nos julgados, bem como uma nova chance de poder ter a autoria e materialidade delitiva desconstituída e negada aos condenados.

A primeira causa de pedir que fundamenta o pedido de revisão criminal está elencada no art. 621, I, primeira parte, do Código de Processo Penal, ao aduzir que a revisão será admitida quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal. Primeiramente, a expressão *lei penal* deve ser, segundo Brito, Fabretti e Lima (2012), interpretada de forma ampla, abrangendo a lei penal material, a processual penal e aquelas que possuem efeitos penais, sobretudo em virtude do disposto no art. 626 do CPP, que admite a revisão criminal no caso de anulação do processo.

Nos casos de norma penal em branco, em havendo contrariedade à norma complementar, como ocorre no caso da Portaria da ANVISA que complementa a Lei nº 11.343/2006 – Antidrogas – é cabível a revisão criminal. Por fim, não é cabível a revisão criminal no caso de haver interpretação controversa do dispositivo legal, pois a hipótese é de afronta ao texto expresso de lei (NUCCI, 2014).

Oliveira (2014, p.1.014-1.015) alerta para a questão envolvendo a possibilidade ou não de revisão criminal fundamentada em alteração jurisprudencial sobre determinado dispositivo legal, principalmente quando o magistrado adotar entendimento oposto ao majoritário. Apesar da jurisprudência não permitir, o autor entende que recusar a revisão criminal implicaria tratamento judicial desigual, baseado em razões cronológicas, pois a mudança na interpretação do direito é relevante e significativa para “a superação do desvalor da ação ou do resultado pelo decurso de tempo e pela alteração do pensar cultural ou comunitário”.

A outra hipótese do art. 621, I, segunda parte, do Código de Processo Penal, refere-se à sentença condenatória contrária à evidência dos autos, sendo esta expressão entendida com o conjunto das provas colhidas. Desta forma, para ser admitida a revisão criminal, é indispensável, segundo Nucci (2014), que a decisão condenatória ofenda frontal e cabalmente as provas constantes nos autos. Entende a jurisprudência que, mesmo havendo decisão contrária à evidência dos autos, estando presente alguma prova que fundamente a sentença condenatória, não será cabível a revisão criminal; a *contrario sensu*, se as provas dos autos não forem suficientes para sustentar a condenação, a revisão criminal terá cabimento, porém, baseada na primeira hipótese, por contrariar texto expresso de lei penal (art. 386, VII, do Código de Processo Penal).

A sentença condenatória, fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, não deve prosperar, ensejando, segundo o art. 621, II, do Código de Processo Penal, o pedido de revisão criminal. Entretanto, Demercian e Maluly (2001, p. 578) advertem que:

A evidência da falsidade do depoimento, do exame pericial ou do documento deve vir preconstituída, acompanhando o pedido inicial, sendo descabida a pretensão de ser produzir prova da falsidade no curso do processo revisional. Nada impede, contudo, que o Tribunal determine a realização de diligências imprescindíveis ao bom julgamento da causa, notadamente porque o que se busca é, em última análise, a verdade real.

Importante destacar que se várias provas basearam a condenação do réu e somente uma delas for falsa, bem como se não houver nexos de causalidade entre a prova falsa e a condenação do acusado, não será possível a interposição do pedido de revisão criminal. Para justificar o cabimento do remédio jurídico, é essencial que a prova comprovadamente não autêntica tenha influenciado na formação da convicção do julgador.

A quarta hipótese, diferente das anteriores, quando houve um equívoco no julgamento, consta no art. 621, III, do Código de Processo Penal, definindo que quando após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Neste caso, a revisão criminal não tem o condão de reanalisar o conjunto probatório examinado pelo julgador e que, corretamente, fundamentou a sentença condenatória. Para Nucci (2014), o surgimento de novas provas de inocência do condenado deve ser interpretado como provas substancialmente novas, que não existiam há época da decisão condenatória, abrangendo tanto provas referentes à autoria, quanto à materialidade do crime.

Nada impede, segundo Rangel (2013), que as provas novas já existissem quando da prolação da sentença condenatória, porém, a descoberta deve se dar após, bem como sua juntada aos autos para análise do julgador. Ainda, como desdobramento da hipótese analisada, verifica-se o surgimento de circunstância que determine ou autorize a diminuição especial da pena, sendo que esta pode estar tanto na parte geral do Código Penal, como as atenuantes, como na parte especial ou na legislação extravagante, no caso das formas privilegiadas do crime.

A legitimidade para propor a revisão criminal está disposta no art. 623 do Código de Processo Penal, podendo ser intentada “pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”. Em relação ao Ministério Público, a doutrina tem se dividido, havendo uma corrente que entende pela ilegitimidade, diante da falta de previsão legal (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2012); enquanto outra a admite, visto que, como fiscal da correta aplicação da lei, o promotor tem legitimidade para propô-la, em consonância à possibilidade de interposição de recurso em favor do réu e de *habeas corpus* (DEMERCIAN; MALULY, 2001 e RANGEL, 2013).

O processamento do pedido de revisão criminal deverá obedecer às regras previstas nos artigos 625 a 631 do Código de Processo Penal.

Quanto às consequências ou efeitos da procedência da revisão criminal, o art. 626, do Código de Processo Penal aduz que:

Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.

Parágrafo único. De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.

O primeiro efeito do julgamento de procedência do pedido de revisão criminal é a alteração da classificação da infração, sendo que tanto pode se referir a crime como contravenção penal. Observe-se que, apesar de serem inúmeras as hipóteses de alteração da classificação, ela sempre deve ocorrer para melhor, ou seja, em consonância com o princípio do *reformatio in melius*, como no caso de alterar o crime de furto qualificado para um furto simples (RANGEL, 2013).

Posteriormente, se ao analisar os fundamentos da revisão criminal, o Tribunal entender ser o caso de reconhecimento de uma das hipóteses de cabimento do art. 621, do Código de Processo Penal, e entender que existem provas de inocência, poderá absolver o réu, devolvendo todos os direitos perdidos em decorrência da condenação, conforme estabelecido no art. 627, do Código de Processo Penal.

A sentença de procedência na revisão criminal também tem o condão de modificar a pena, ou seja, não é o caso de absolvição, mas de diminuição da pena anteriormente imposta. Exemplo é o caso de condenação a uma pena máxima de

oito anos de reclusão pelo crime de furto qualificado, sem, no entanto, o julgador observar a condição da primariedade e de bons antecedentes do condenado, trata-se de sentença condenatória contrária a lei expressa. Neste caso, pode, inclusive, o Tribunal alterar o regime de pena estabelecido.

O quarto efeito da procedência da revisão criminal, contido no art. 626, do Código de Processo Penal, é a anulação do processo. Porém, alguns autores entendem que a nulidade do processo não pode dar causa ao pedido de revisão criminal, eis que não está no rol taxativo do art. 621, do Código de Processo Penal. Neste sentido, Mossin (1997, p. 108-109) aduz que:

O legislador processual penal enumera no art. 621 as hipóteses de cabimento da revisão criminal. Tal indicação é taxativa e não meramente exemplificativa [...]. A impossibilidade jurídica do pedido revisional, com base na nulidade, se verifica exclusivamente porque o legislador não a inclui no *numerus clausus* do art. 621 do Código de Processo Penal.

Porém, a questão da possibilidade de anulação da sentença está prevista no art. 621, I, primeira parte, do Código de Processo Penal, o qual dispõe que quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal, possível será intentar a revisão criminal, visto que a expressão lei penal integra tanto a lei material (direito penal), quando a formal (direito processual penal). Destaque-se que, uma vez anulado o processo, em virtude da revisão criminal, diante do reconhecimento de uma nulidade, o condenado deverá ser submetido a um novo julgamento, porém, em virtude da vedação do *reformatio in pejus*, neste novo julgamento não poderá ser proferida decisão mais gravosa que a rescindida (TOURINHO FILHO, 2013, p. 734).

Filiando-nos a corrente que reconhece a possibilidade do uso da revisão criminal para anular o processo com decisão transitada em julgado, quando tratar-se de nulidade absoluta. Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima:

Na visão da doutrina, a nulidade é compreendida como uma sanção aplicada ao ato processual defeituoso. Assim, como a forma prescrita em lei não foi observada, aplica-se a sanção da nulidade. Daí se falar em “decretação da nulidade”, significando a decretação da ineficácia do ato. Nulidade seria, então, sinônimo de sanção de ineficácia (LIMA, 2014, p. 1.698).

Discussão relevante na doutrina seria sobre a possibilidade do manejo do habeas corpus em caso de nulidade, nos casos de sentença transitada em julgado,

como substituto da ação de revisão criminal. Lima (2014, p. 1.698) sustenta esta possibilidade, senão vejamos:

Portanto, caso o processo esteja contaminado por uma nulidade, será possível a impetração de habeas corpus. Esse habeas corpus poderá ser impetrado inclusive após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria, porém neste caso, há que se ficar atento a espécie de nulidade. De fato, tratando-se de nulidade absoluta, é sabido que sua arguição pode ser feita a qualquer momento.

No mesmo sentido, as lições de Nucci (2011, p. 950) que afirma “quando o processo for manifestamente nulo (inciso IV), já que nesse estado não deve ser considerado apto a produzir qualquer efeito negativo ao réu ou condenado. Logicamente somente se utiliza o habeas corpus, em lugar da revisão criminal, no caso de processo findo, quando houver prisão ou quando a situação for teratológica, passível de verificação nítida pelas provas apresentadas com a impetração”.

Em sentido contrário, se posiciona Norberto Avena:

Até pouco tempo atrás, a despeito da previsão legal da revisão criminal como meio hábil à desconstituição da sentença condenatória (art. 621 e 626 CPP), aceitava-se também o uso de habeas corpus com a pretensão de invalidar o processo em virtude de nulidade absoluta constatada apenas após o trânsito em julgado daquela decisão. Tal entendimento não subsiste na atualidade, compreendendo os Tribunais Superiores que a impetração do habeas corpus no lugar da revisão criminal apenas é viável em circunstâncias excepcionais, onde constatada de plano, a ilegalidade do constrangimento (AVENA, 2014, p.1.034).

A proibição da *reformatio in pejus* está disposta no parágrafo único do art. 626, do Código de Processo Penal, sendo que não importa, no entendimento de Rangel (2013), se o Tribunal alterou a classificação, modificou a pena ou anulou o processo, pois em nenhum destes casos é admitida a reforma para pior da situação do condenado.

Finalizado o estudo sobre o instituto do recurso ordinário constitucional e os remédios constitucionais ao direito de liberdade, dentre os quais o habeas corpus e a revisão criminal, como instrumentos voltados à garantia dos direitos individuais relacionados à liberdade de locomoção, no capítulo final da presente monografia será analisado o remédio constitucional do habeas corpus nos Tribunais Superiores e sua jurisprudência, assim como a (in)constitucionalidade da limitação ao uso do habeas corpus nos Tribunais Superiores.

3 O HABEAS CORPUS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SUA JURISPRUDÊNCIA

O capítulo final deste trabalho de conclusão terá por objeto uma análise do instituto do *habeas corpus* sob a perspectiva jurisprudencial nos diversos tribunais brasileiros.

Num primeiro momento, o estudo terá por foco abordar a questão referente à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da limitação ao uso da ação de *habeas corpus* nos tribunais superiores, sobretudo como instrumento substitutivo do recurso ordinário de *habeas corpus*. Neste contexto, será realizada uma breve pesquisa jurisprudencial a respeito, com a análise dos julgados que tratam dos casos de admissibilidade ou não do *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

3.1 A (in)constitucionalidade da limitação ao uso do *habeas corpus* nos Tribunais Superiores

Dentre os remédios constitucionais existentes para a proteção ao direito de liberdade analisados no capítulo anterior, o *habeas corpus* pode ser considerado como uma garantia constitucional por excelência, bem como uma das maiores se não for a maior das conquistas do Estado Democrático de Direito, principalmente no que se refere à tutela e amparo dos direitos humanos.

Trata-se, portanto, de verdadeiro instrumento de efetivação das garantias individuais, cuja finalidade específica é tutelar o direito à liberdade toda vez que houver restrição ou ameaça ao referido direito, estando, neste sentido, embasado num ordenamento jurídico constitucional garantidor dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Por natureza, todo ser humano é livre. Porém, a busca pela liberdade tem sido objeto de luta da sociedade ao longo dos séculos, sendo, inclusive, ao lado da igualdade e da fraternidade, um dos tripés da Revolução Francesa no século XVIII, influenciando diversos movimentos pelo mundo. O termo liberdade pode ser definido como o estado de pessoa livre, isenta de qualquer restrição externa ou coação física ou moral. Portanto, a liberdade é condição ontológica do ser humano, no sentido de poder exercer livremente a sua vontade.

Segundo Sartre apud Minagé (2012, p. 74), a liberdade, como essência do homem, deve sempre ser consagrada, na medida em que “A regra em todo sistema jurídico constitucional é a liberdade, tendo em excepcionais situações a privação de liberdade. Via de regra, o indivíduo somente pode ser privado de sua liberdade mediante sentença condenatória transitada em julgado”.

Apesar de a liberdade ser uma condição intrínseca do ser humano, durante muitos séculos ela foi exclusiva de alguns grupos da sociedade. Segundo dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a liberdade não pode ser separada da condição humana já que todos os indivíduos nascem livres e não podem nem devem ser julgados de nenhuma maneira. A liberdade é, então, a capacidade que tem o sujeito humano para tomar todo o tipo de decisões relativo ao seu estilo de vida, à suas crenças, aos seus valores e à sua forma de pensar.

A liberdade de locomoção, como desdobramento do direito à liberdade, é um direito fundamental de primeira geração, devidamente acolhido no art. 5º, XV, da Constituição Federal, não podendo, portanto, ser restringido de forma arbitrária pelo Estado, o qual deve respeitar o devido processo legal para que haja esta privação (art. 5º, LIV, CF). O devido processo legal, conforme analisado no primeiro capítulo, é um princípio explícito na Constituição Federal, cujo objetivo é a tramitação regular

e legal de um processo, para garantir ao cidadão que seus direitos sejam respeitados, baseado, portanto, na segurança jurídica.

Observe-se que, como todo direito fundamental, o direito de locomoção não é absoluto e pode ser restringido em determinados casos, devidamente previstos na Constituição Federal, para que se delimite a ação do Estado. Porém, uma vez havendo a privação ou ameaça injustificada desta liberdade, a própria Constituição Federal outorga um remédio jurídico específico para proteger o direito de ir e vir, qual seja, a ação de *habeas corpus*.

Nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, a finalidade do *habeas corpus* consiste em fazer cessar o constrangimento sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Ocorre que, no decorrer dos anos, o referido instituto acabou sendo aprimorado, fazendo com que o Poder Judiciário tivesse que definir em quais situações o remédio constitucional poderia ser conhecido.

No entendimento de Bottino (2013), o *habeas corpus* é uma das ações mais utilizadas no direito processual penal, tendo em vista que não exige capacidade postulatória da parte autora, não exige que o autor seja o titular do direito violado, não há custas, preparo ou peças obrigatórias para impetração, não está sujeita a prazos, admite ajuizamento antes da violação do direito e, conforme recente jurisprudência, poderia ser largamente manuseada, ainda que fosse em substituição a outro instrumento processual adequado à situação.

Portanto, desde as suas origens, o *habeas corpus* pode ser definido como o principal instrumento para atacar qualquer ato que tivesse como objetivo cercear ou ameaçar a liberdade de locomoção. Diante da evolução, sobretudo da jurisprudência brasileira, o uso do remédio constitucional acabou sendo estendido, permitindo-se a sua impetração contra toda e qualquer ilegalidade do sistema processual penal brasileiro. Neste sentido, o ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do HC 107.701/RS, reconheceu que:

O Supremo tem alargado o campo de abrangência dessa ação constitucional, como no caso de impetrações contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento, indiciamento de determinada pessoa, recebimento de denúncia, sentença de pronúncia no âmbito do processo do

Júri e decisão condenatória, entre outras (STF, 2ª Turma, HC 107.701/RS, rel. Gilmar Mendes, j. em 13/09/2011).

Segundo Oliveira (2014, p. 1.022), “o que se constata atualmente nos tribunais é o manejo exacerbado do *habeas corpus*, utilizado como verdadeira panaceia, para males diversos”, inclusive como substituto de outras modalidades recursais, pois, através dele se chega mais rápido à instância *ad quem*. O autor destaca que o referido instrumento é perfeitamente justificado quando o réu estiver preso, visto que possui por objeto tutelar o direito de locomoção; porém, quando pretende discutir questões processuais, o tribunal não deverá examiná-lo, sob pena de inverter a ordem de julgamento de outras espécies de recursos, antecipando a apreciação de matéria que não tem relevância com seu objeto.

É inegável que o alcance do *habeas corpus* foi estendido ao longo do tempo, passando, segundo Nucci (2008, p. 949), a cuidar de “qualquer ato constritivo direta ou indiretamente à liberdade, ainda que se refira a decisões jurisdicionais não vinculados à decretação de prisão”, o que, para muitos, extrapola os contornos da sua concepção e previsão legal. Na visão do autor, a extensão da sua aplicação não tem nada de ilegal e é decorrência lógica da sua existência, visto que:

[...] são atos ou medidas proferidas em processo (ou procedimentos) criminais que possuem clara repercussão na liberdade do indivíduo, mesmo que de modo indireto. Afinal, o ajuizamento de ação penal contra alguém provoca constrangimento natural, (...) servindo de base para, a qualquer momento, o juiz decretar medida restritiva de liberdade, em caráter cautelar (NUCCI, 2008, p. 949).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre foi no sentido de que o *habeas corpus* possuía preferência sobre qualquer outro instrumento, visto que, conforme decisão abaixo, “é a via processual que tutela especificamente a liberdade de locomoção, bem jurídico mais fortemente protegido por uma dada ação constitucional”. Observe-se a ementa:

HABEAS CORPUS. AÇÃO CONSTITUCIONAL IMPETRADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA HÁ QUASE DOIS ANOS. DEMORA NO JULGAMENTO. DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. NATUREZA JURÍDICA DO HABEAS CORPUS, A DOTÁ-LO DE PRIMAZIA SOBRE QUALQUER OUTRA AÇÃO JUDICIAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O *habeas corpus* é a via processual que tutela especificamente a liberdade de locomoção, bem jurídico mais fortemente protegido por uma dada ação constitucional. 2. O direito à razoável duração do processo não é senão projeção do direito de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito a que corresponde o dever estatal de julgar com segurança (elemento técnico) e presteza (elemento temporal). No *habeas corpus*, tal dever estatal de decidir

se marca por um t nus de presteza máxima, sem nenhum prejuízo para o dever de fazê-lo com apuro técnico. 3. Assiste ao Supremo Tribunal Federal determinar aos Tribunais Superiores o julgamento de mérito de habeas corpus, se entender irrazoável a demora no respectivo julgamento. Isso,   claro, sempre que o impetrante se desincumbir do seu dever processual de pr -constituir a prova de que se encontra padecente de "violência ou coa o em sua liberdade de locomo o, por ilegalidade ou abuso de poder" (inciso LXVIII do art. 5  da Constitui o Federal). 5  Constitui o Federal 4. Ordem concedida para que a autoridade impetrada apresente o HC 181.141, em mesa, até a décima Sessão da Turma em que oficia, subsequente   comunica o da presente ordem (HC 112298 RS, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 13/03/2012, Segunda Turma, Data de Publica o: DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012).

No mesmo sentido, a 1  e 2  Turmas do Supremo Tribunal Federal vinham admitindo a impetra o de *habeas corpus* como substituto do recurso ordinário, quando havia decisão denegatória da ordem nos tribunais superiores (art. 102, II, CF) e em segundo grau (art. 105, II, CF), hipóteses em que o instrumento era interposto diretamente na instância recursal.

Assim, como forma de conferir uma maior efetividade   garantia constitucional do *habeas corpus*, os tribunais pátrios acabaram construindo a figura do *habeas corpus* substitutivo de recurso, a partir do qual, em sendo negado um *writ* anterior, haveria a possibilidade de se impetrar um novo *habeas corpus* na instância superior, ao invés de interpor o recurso legal previsto. Nestes casos, a autoridade jurisdicional que decide pela denega o da ordem passa a figurar como autoridade coatora, visto que acaba encampando a alegada ilegalidade.

Como consequência, o número de *habeas corpus* impetrados nos Tribunais Superiores acaba crescendo vertiginosamente, dando a impressão de que a sociedade democrática vive em um regime de total ilegalidade e abuso de poder.

  cediço que o atual processo penal brasileiro   moroso, não oferecendo celeridade ou segurança jurídica no processamento de recursos, como ocorre no procedimento do *habeas corpus*, o principal remédio jurídico para fazer cessar o constrangimento ilegal ao direito de locomo o. Diante disso, o uso do *habeas corpus*, em substitui o aos recursos penais existentes, mostra-se cada vez mais frequente, visto que os recursos constantes do Código de Processo Penal tendem a seguir todo um processamento burocrático, fazendo com que o direito   liberdade se torne um sonho cada vez mais distante.

A título de exemplo, observe-se a tabela abaixo referente ao número de *habeas corpus* distribuídos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2010 e 2014:

Tabela 3 – Número de *habeas corpus* distribuídos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2010 a 2014

Ano	Número de HC distribuídos no STF	Número de HC distribuídos no STJ
2010	4.207	35.820
2011	3.788	36.125
2012	3.594	32.427
2013	3.116	23.252
2014	3.796	27.169

Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (texto digital, 2015); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (texto digital, 2015).

A pesquisa acima demonstra números preocupantes, pois, tratando-se o *habeas corpus* de uma ação sumaríssima, seu julgamento deve se dar da forma mais célere possível e, uma vez não ocorrendo desta forma, a morosidade pode significar o surgimento de uma nova causa de constrangimento ilegal, sanável pela impetração de um novo *habeas corpus*, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal no seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. AÇÃO CONSTITUCIONAL IMPETRADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. DEMORA NO JULGAMENTO. DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. NATUREZA JURÍDICA DO HABEAS CORPUS, A DOTÁ-LO DE PRIMAZIA SOBRE QUALQUER OUTRA AÇÃO JUDICIAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O habeas corpus é a via processual que tutela especificamente a liberdade de locomoção, bem jurídico mais fortemente protegido por uma dada ação constitucional. 2. O direito à razoável duração do processo não é senão o de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito, esse, a que corresponde o dever estatal de julgar. No habeas corpus, tal dever estatal de decidir se marca por um tónus de presteza máxima. 3. Assiste ao Supremo Tribunal Federal determinar aos Tribunais Superiores o julgamento de mérito de habeas corpus, se entender irrazoável a demora no respectivo julgamento. Isso, é claro, sempre que o impetrante se desincumbir do seu dever processual de pré-constituir a prova de que se encontra padecente de “violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal). 4. Ordem concedida para assinalar o prazo de 10 sessões, contado da redistribuição da referida ação constitucional, para o julgamento da causa (STF, HC 110319, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 08/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe046 DIVULG 05032012 PUBLIC 06032012).

Nos referidos julgados, a liberdade de locomoção encontra-se comprometida pela falta de efetividade da prestação jurisdicional, sobretudo diante da demora no julgamento do *habeas corpus*. Como forma de remediar este absurdo, observa-se, em diversos casos, a impetração de *habeas corpus* na instância superior para que seja julgado um *writ* impetrado há anos na instância inferior.

Porém, em sentido contrário à corrente jurisprudencial que entendia pela liberdade de impetração do *habeas corpus*, diversas matérias tiveram o seu uso vedado, inclusive com hipóteses sumuladas pelo Supremo Tribunal Federal:

Súmula 395 - Não se conhece de recurso de *habeas corpus* cujo objeto seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção.

Súmula 606 - Não cabe *habeas corpus* originário para o tribunal pleno de decisão de turma, ou do plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso.

Súmula 690 - Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais.

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.

Súmula 692 - Não se conhece de *habeas corpus* contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito.

Súmula 693 - Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

Súmula 694 - Não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.

Súmula 695 - Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade.

A primeira hipótese sumulada veda a interposição do *habeas corpus* para discutir o ônus das custas, tendo em vista o objeto não ser o direito de locomoção. As súmulas 606, 690 e 691 referem restrições ao uso do *habeas corpus* quanto à competência do julgamento do *writ*, enquanto que as demais súmulas tratam de hipóteses de cunho procedimental e processual.

Diante das hipóteses de limitação ao uso do *habeas corpus*, como remédio constitucional, a doutrina tem definido que se trata de uma restrição ao próprio

direito à liberdade. Neste sentido, Lopes Jr. (2012) destaca que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, visto que o Direito Processual Penal não pode ser encarado como um instrumento a serviço do *ius puniendi* do Estado, e sim como um limitador deste poder e garantidor dos direitos do indivíduo.

Apesar do importante papel do *habeas corpus* como garantia constitucional para proteção do direito fundamental de ir e vir, necessário se faz, também, analisar eventuais limitações que este remédio constitucional possa estar sofrendo quanto a sua utilização, principalmente nas situações em que ele se torna instrumento processual substitutivo, como no caso do recurso ordinário constitucional.

Neste ínterim, Oliveira (2014) destaca que a 1ª Turma da Suprema Corte alterou o entendimento anterior, sendo seguida pelas 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de não mais ser cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, o qual deveria ser interposto contra decisão denegatória da ordem perante os Tribunais Superiores.

Assim, além das hipóteses sumuladas e anteriormente destacadas, merecem destaque as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça que vêm, cada vez mais, limitando os casos sujeitos à impetração do *habeas corpus*, as quais foram embasadas em precedente oriundo do Supremo Tribunal Federal que definiu, *ex vi*:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las (HC 109956, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012).

De acordo com essa orientação do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* não mais poderia ser admitido quando a legislação determinasse a existência de recurso próprio, *in casu*, o recurso ordinário constitucional, cuja previsão de cabimento está no art. 102, II, da Constituição Federal, de competência do Supremo Tribunal Federal e no art. 105, II, da Constituição Federal, de competência do Superior Tribunal Federal.

Destaque-se que a referida questão começou a ser discutida antes mesmo da decisão do HC 109.956/PR, quando da análise do HC 108.715/RJ, oportunidade em que o ministro Marco Aurélio, em sua preliminar, defendeu que não mais fosse admitido o uso do *habeas corpus* para substituir o recurso ordinário em *habeas corpus*, principalmente porque se tornou cômodo às partes e advogados não interpor o recurso ordinário quando se pode “a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição” (BRASIL, 2012, texto digital).

Em sua análise, o ministro aduziu que o Supremo Tribunal Federal, somente no primeiro semestre de 2011, havia recebido 2.181 *habeas corpus*, contra apenas 108 recursos ordinários em *habeas corpus*, e no Superior Tribunal de Justiça foram impetrados 16.372 *habeas corpus* e apenas 1.475 recursos ordinários. No referido julgado, o ministro destacou que:

O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea “a”, e 105, inciso II, alínea “a”, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por Tribunal Superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça (BRASIL, 2012, texto digital).

O ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2012, texto digital) acrescentou que “o Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição”. Segundo o ministro, a mudança de entendimento não acarretará prejuízo àquele que já impetrou o *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, “ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício”.

Destaca que o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário passou a ser aceito pelo Supremo Tribunal Federal “em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada - praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição”. Portanto, seu uso, como remédio substitutivo, “já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a

cidadania”. Para dar fim ao problema, tentou propor a edição de uma súmula, mas diz ter esbarrado na ausência de precedentes (BRASIL, 2012, texto digital).

O argumento de que não é possível a impetração de *habeas corpus*, quando houver previsão de recurso específico, faz surgir a reflexão sobre a própria natureza do instituto, qual seja, de ação constitucional que visa tutelar um direito fundamental incontestável: a liberdade de locomoção.

O direito de locomoção está devidamente garantido pelo art. 5º, XV, da Constituição Federal, que aduz: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. A limitação do uso do *habeas corpus*, como remédio constitucional de garantia do referido direito, pode representar um grave retrocesso.

Em contraposição, alguns autores tecem fortes críticas a um possível desvirtuamento e uso desmedido do instituto do *habeas corpus*, como ocorre na posição adotada por Fischer (2009, p. 222), Procurador da República, que sustenta:

[...] houve um alargamento (ouça-se dizer até excessivo em determinadas circunstâncias) das hipóteses em que cabível a impetração, que se pode atribuir especialmente em face da construção jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal a partir da interpretação de alguns dispositivos constitucionais, notadamente aqueles (mas não só) vinculados aos princípios do devido processo legal, do juízo natural, da ampla defesa e do contraditório.

Conforme já analisado no capítulo anterior, o uso desvirtuado do remédio do *habeas corpus* teve ênfase uma vez que, denegada a ordem, o recurso ordinário constitucional, interposto no mesmo tribunal, possui o seu processamento mais demorado que o do *habeas corpus*, pois a defesa terá de aguardar a publicação do acórdão, após a petição e as razões do pedido e, em seguida, ocorrerá a remessa do processo ao tribunal competente, postergando sofrimento da parte.

Verifica-se, pois, que, apesar de o recurso ordinário constitucional ser um meio recursal mais amplo, no sentido de admitir uma análise mais profunda das provas, acaba sendo desvantajoso ao recorrente, uma vez que o exame exaustivo da prova faz com que o rito seja mais demorado que o do *habeas corpus*, o qual, mesmo exigindo prova pré-constituída, possui rito mais célere, motivo pelo qual, na

prática, tem-se optado pelo *habeas corpus* ao invés do recurso ordinário, em recurso à instância superior.

Diante disso, o que se verifica, na prática, é que o jurisdicionado, em vez de interpor o recurso ordinário constitucional, acaba se valendo do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, a ser impetrado diretamente no Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 102, I, *i*, da CF. Neste sentido:

Impende observar, a respeito do chamado *habeas corpus* substitutivo, que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, alterando sua jurisprudência anterior, tem entendido que este expediente constitui burla ao sistema, tendo em vista a existência de recurso cabível, ressalvada a possibilidade de flexibilização do entendimento circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia (OLIVEIRA, 2014, p. 994).

A falta de efetividade da prestação jurisdicional para a defesa da liberdade de locomoção, diante da morosidade no julgamento do recurso ordinário constitucional, tem justificado o uso desmedido do *habeas corpus*.

Neste ínterim, verifica-se que, em muitos casos, é plenamente aceitável e mesmo necessária a ampliação do alcance do *habeas corpus*, para além da tutela da liberdade de locomoção restringida ou iminentemente ameaçada, visto que muitas são as investigações deficitárias, as acusações infundadas, as prisões abusivas e as sentenças temerárias que merecem uma adequada tutela através do remédio constitucional do *habeas corpus*.

Diante disso, conforme analisado anteriormente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por meio do HC 109.956/PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a fim de desemperrar a máquina judiciária e diminuir o número de *habeas corpus* em tramitação, decidiu não mais admitir o reconhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, buscando dar efetividade à norma prevista no artigo 102, II, a, da Constituição Federal.

Assim, as críticas ao uso excessivo do *habeas corpus* acabaram surtindo efeito, motivo pelo qual, na atualidade, a jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, tem restringido a impetração do instituto no caso de existência de recurso próprio. Neste sentido, observe-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PEDIDO PARA SUBSTITUIR A PRISÃO CAUTELAR POR MEDIDA DIVERSA. INADEQUAÇÃO / INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Os tribunais superiores restringiram o uso do “*habeas corpus*” e não mais o admitem como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais. 2. A necessidade da segregação cautelar se encontra fundamentada na garantia da ordem pública em razão da periculosidade do paciente, caracterizada pelo “*modus operandi*”, ante a gravidade inusitada do delito, perpetrado contra uma adolescente e uma criança, após invadir a residência delas. 3. O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é *despiciendo* o paciente possuir condições pessoais favoráveis. **4. “*habeas corpus*” não conhecido por ser substitutivo do recurso cabível.** (STJ; HC 275.175; Proc. 2013/0259527-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Moura Ribeiro; DJE 14/10/2013; Pág. 2053). (Grifo nosso).

Como se pode verificar na decisão exposta, o *habeas corpus* não é conhecido por ser substitutivo de recurso cabível e o Tribunal não se pronuncia quanto ao mérito da matéria ventilada.

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além da decisão do HC 109.956/PR, destaca-se, ainda, o HC 107.229/PA:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO. TENTATIVA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. 1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. 2. Havendo condenação criminal, ainda que submetida à apelação, encontram-se presentes os pressupostos da preventiva, a saber, prova da materialidade e indícios de autoria. Não se trata, apenas, de juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, mas, sim, de julgamento condenatório, precedido por amplo contraditório e no qual as provas foram objeto de avaliação imparcial, vale dizer, de um juízo efetuado, com base em cognição exaustiva, de que o condenado é culpado de um crime. Ainda que a sentença esteja sujeita à reavaliação crítica por meio de recursos, a situação difere da prisão preventiva decretada antes do julgamento. 3. Se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam o envolvimento profundo do agente com o tráfico de drogas e, por conseguinte, a periculosidade e o risco de reiteração delitiva, está justificada decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. 4. O efeito disruptivo e desagregador do tráfico de drogas, este associado a um mundo de

violência, desespero e morte para as suas vítimas e para as comunidades afetadas, justifica tratamento jurídico mais rigoroso em relação aos agentes por eles responsáveis a refletir na análise dos casos concretos. 5. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito (HC 107229 PA, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe 09/10/2012).

Entretanto, nesse período de mudança jurisprudencial, observa-se que, em casos de flagrante ilegalidade, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de não conhecer o *writ*, vinha concedendo a ordem de ofício, conforme decisão abaixo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA ORDEM PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA NO JULGAMENTO DO APELO. PACIENTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. PRECEDENTES. 1. Esta corte, acompanhando orientação do Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, se o acusado respondeu ao processo em liberdade e não estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP). **2. “habeas corpus” não conhecido. De ofício, determinar que o paciente permaneça em liberdade, até o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso.** (STJ; HC 266.833; Proc. 2013/0079257- 0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Moura Ribeiro; DJE 14/10/2013; Pág. 2047) (Grifo nosso).

Como na decisão acima, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente se negando a conhecer os *habeas corpus* substitutivos de recurso ordinário. Porém, havendo patente ilegalidade, como no referido caso, a ordem é concedida de ofício.

Oliveira (2014) destaca que, apesar deste ser o atual entendimento dos Tribunais Superiores, existem exceções específicas que justificam o conhecimento da impetração direta do *habeas corpus*, como no julgamento do HC 113.462/MG, em que, expressamente, houve ressalva à regra, admitindo-se a impetração de *habeas corpus* substitutivo no caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

Ainda, verifica-se que, estando sujeito a prazo certo para a interposição, o recurso ordinário em *habeas corpus* uma vez intempestivo, tem sido conhecido pelos Tribunais Superiores como se fossem *habeas corpus*, e analisado o mérito dos pedidos. Observem-se os seguintes julgados:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTEMPESTIVIDADE. INSURGÊNCIA CONHECIDA COMO PETIÇÃO ORIGINÁRIA. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA

ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DO CRIME E PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO CONHECIDO COMO PETIÇÃO ORIGINÁRIA A QUAL SE NEGA DEFERIMENTO. 1. Ainda que intempestivo o recurso ordinário, na esteira da remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é admissível o seu recebimento como writ substitutivo. 2. O Recorrente foi preso em flagrante como incurso nos arts. 157, §2º, incisos I e II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, e 244B, da Lei 8.069/90, logo após assaltar a vítima de arma em punho, acompanhado de menor, na via pública, em plena luz do dia. 3. A imposição da custódia preventiva encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, em se considerando, sobretudo, o modus operandi dos delitos. Precedentes. 4. Recurso conhecido como petição originária a que se nega deferimento. (STJ, RHC 32.834/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 15/08/2012)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTEMPESTIVIDADE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. APLICABILIDADE DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. 1. “Intempestivo o recurso ordinário, recebe-se a súplica como habeas corpus substitutivo, consoante iterativa e sedimentada jurisprudência” (RHC n. 24.211/ES, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 8/6/2011). 2. O reconhecimento da “participação de menor importância”, sobretudo quando fundamentadamente afastada no julgamento da ação penal, demanda dilação probatória, incabível na via estreita do writ. 3. Recurso ordinário recebido como habeas corpus substitutivo. Ordem denegada (STJ, RHC 26.070/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2011, DJe 12/09/2011).

Diante disso, as restrições jurisprudenciais e os formalismos do direito devem ser superados em nome do respeito ao direito à liberdade e à amplitude da garantia do *habeas corpus*. Portanto, merece destaque a posição do Superior Tribunal de Justiça que, apesar de não conhecer do recurso em *habeas corpus*, acaba examinando a possibilidade da concessão de *habeas corpus* de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

Independente das posições contrárias entre doutrina e jurisprudência, o número excessivo de *habeas corpus* nos Tribunais Superiores atualmente é fato inconteste, sendo, inclusive, muitos deles substitutivos de recurso ordinário constitucional. Porém, apesar do objetivo dos Tribunais Superiores, ao modificar a jurisprudência, para racionalizar e aperfeiçoar as atividades jurisdicionais, ser digno de louvor, na realidade, não é esta a melhor solução para o problema.

Abaixo, seguem os dados comparativos entre o número total de processos distribuídos e de recursos ordinários de *habeas corpus* e *habeas corpus* distribuídos

no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2010 a 2014:

Tabela 4 – Comparativo entre o número total de processos distribuídos e de recursos ordinários de *habeas corpus* e *habeas corpus* distribuídos no Supremo Tribunal Federal nos anos de 2010 a 2014

Ano	Processos Distribuídos	N° de ROHC distribuídos	%	N° de HC distribuídos	%
2010	41.008	189	0,46%	4.207	10,26%
2011	38.109	258	0,68%	3.788	9,94%
2012	46.392	406	0,87%	3.594	7,75%
2013	44.170	842	1,90%	3.116	7,05%
2014	57.796	693	1,20%	3.796	6,57%

Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (texto digital, 2015); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (texto digital, 2015).

Em análise aos dados coletados, verifica-se que apesar do aumento na distribuição de recursos ordinários de *habeas corpus* (ROHC), o número de *habeas corpus* (HC) distribuídos junto ao Supremo Tribunal Federal ainda é muito superior, cerca de 22 vezes a mais no ano de 2010, 14 vezes em 2011, quase 9 vezes em 2012, baixando para 3,7 vezes em 2013 e aumentando para 5,5 vezes em 2014.

Tabela 5 – Comparativo entre o número total de processos distribuídos e de recursos ordinários de *habeas corpus* e *habeas corpus* distribuídos no Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2010 a 2014

Ano	Processos Distribuídos	N° de ROHC distribuídos	%	N° de HC distribuídos	%
2010	228.981	2.033	0,88%	35.820	15,64%
2011	290.901	2.325	0,80%	36.125	12,42%
2012	289.524	3.124	1,08%	32.427	11,20%
2013	309.677	9.180	2,96%	23.252	7,50%
2014	314.316	10.963	3,48%	27.169	8,64%

Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (texto digital, 2015); BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (texto digital, 2015).

Na presente tabela, os dados coletados apresentam resultados muito parecidos com a tabela anterior, com um aumento crescente na distribuição de recursos ordinários de *habeas corpus* e, paralelamente, o número de *habeas corpus* distribuídos junto ao Supremo Tribunal Federal ainda é muito superior, cerca de 17,6 vezes a mais no ano de 2010, 15,5 vezes em 2011, 10,3 vezes em 2012, baixando para 2,5 vezes em 2013 e permanecendo em quase 2,5 vezes em 2014.

Resumindo, a partir do novo entendimento jurisprudencial, verifica-se uma gradual redução, não em números absolutos, mas percentualmente, de ações de *habeas corpus* distribuídos tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça e um aumento, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, da distribuição de recursos ordinários de *habeas corpus*.

Para Beraldo (2014, texto digital), outra grande razão para o significativo aumento do número de *habeas corpus* impetrados deve-se a implementação e fortalecimento das Defensorias Públicas, o que ocorreu de forma gradativa, em obediência ao disposto no art. 134, da Constituição Federal. Este fato demonstra que grande parte dos acusados em ações penais, a maioria de classes de baixa renda e encarcerados, possuem a proteção e tutela da garantia constitucional do acesso à justiça e da ampla defesa, em sua plenitude.

A partir do novo entendimento jurisprudencial, todo réu preso, cujo pedido de *habeas corpus* for negado no Tribunal, terá de esperar os trâmites processuais, como a publicação do acórdão, o que, às vezes, demanda certo prazo, para então interpor o recurso ordinário, fazendo com que o constrangimento ilegal perdure por mais tempo, visto que a sistemática do processamento do recurso ordinário em *habeas corpus*, conforme já observado, é muito mais lento do que a impetração substitutiva do *habeas corpus* de recurso.

Para Fonseca e Mendonça (2013), a mudança jurisprudencial, a partir do julgamento do HC 109.956/PR e HC 111.909/SP, fez com que o Supremo Tribunal Federal trilhasse o caminho da inconstitucionalidade, restringindo o manejo do *habeas corpus*, ao exigir a inexistência de recurso próprio para que o mesmo seja admitido; porque, na prática, eventual recurso não poderia ser deduzido em juízo por

quem não detivesse capacidade postulatória, assim como não seria cabível recurso ordinário contra decisão tomada em outro recurso ordinário.

A presente crítica não tem por objetivo tentar reviver a doutrina brasileira do *habeas corpus*, nem tão pouco fazer com que o disposto nos artigos 102, II, *a*, e 105, II, *a*, da Constituição Federal, tornem-se letra morta. Todavia, como é o direito à liberdade de locomoção que está envolvido, cuja restrição faz com que o réu permaneça injustamente encarcerado nos presídios superlotados, esperando o lento julgamento do recurso ordinário, deve-se, em nome dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais do Direito Processual Penal, buscar o seu verdadeiro valor e proteção.

Tratando-se de tradicional ação constitucional de proteção à liberdade de locomoção, não pode o julgador estabelecer restrições para a impetração do *habeas corpus*, como a criação de requisitos específicos, não previstos na Constituição Federal, no intuito de resolver o problema. O recente entendimento dos Tribunais Superiores tem restringido o cabimento do mais importante instrumento processual criado para proteger o direito fundamental à liberdade de locomoção, tolhendo a eficácia e a aplicabilidade desta ação.

Essas considerações sobre o novo entendimento jurisprudencial acabam remetendo à época da ditadura militar, quando o Ato Institucional nº 6 alterou a Constituição Federal de 1967, restringindo, como o fez os Tribunais Superiores, o alcance do *habeas corpus*, ao proibir, explicitamente, a impetração originária do *writ* em lugar de recurso, conforme dispunha o texto constitucional abaixo:

Art. 114 – Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

II- julgar, em recurso ordinário:

a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou Federais, quando denegatória a decisão, **não podendo o recurso ser substituído por pedido originário**; (redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969) (Grifo nosso).

No mesmo sentido, Zveibil (2013, p. 07) destaca que a equivocada decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal acaba ressuscitando o ato institucional nº 06/69, do Regime Militar de 1964, restringindo as hipóteses de interposição do *habeas corpus*, e colocando um fim na antiga e venerável tradição de nosso direito constitucional que permitia a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recursos.

O referido autor, ao consultar os votos do HC 109.956/PR, observa que não houve, por parte da Corte Superior, que deve zelar por toda a matéria constitucional, uma discussão profunda a respeito da questão, especialmente se levar-se em conta que esta alteração jurisprudencial traz uma grande reviravolta em uma das pedras fundamentais de todo o mundo livre.

A referida restrição constitucional também passou a constar no artigo 119, II, c, *in fine*, por ocasião da Emenda Constitucional n° 1, de 1969. Já o constituinte de 1988, ao enfrentar a questão, removeu tal limitação ao *habeas corpus*, assegurando, com isso, meritoriamente, seu amplo espectro de garantia à liberdade individual. Diante disso, a reintrodução desta limitação, em decorrência de mera interpretação jurisprudencial adversa, nada mais é do que um lamentável retrocesso.

A Suprema Corte, como guardiã da Constituição Federal, ao restringir a utilização do *habeas corpus*, seja com base em estatísticas, seja com objetivo de melhorar a prestação jurisdicional, não poderia proceder desta forma, como se o excesso de processos fosse culpa única e exclusivamente do acusado ou da sua defesa, deixando de lado as inúmeras causas de ilegalidade contra o direito de liberdade. Na verdade, esperava-se dos Tribunais Superiores o fortalecimento do instituto do *habeas corpus*, como garantia fundamental constitucionalmente prevista.

Conclui-se que, apesar do respeito às decisões dos Tribunais Superiores, o novo entendimento jurisprudencial não pode prosperar, sobretudo porque, em não existindo disposições que impliquem em restrições ao uso do *habeas corpus* no sistema positivista brasileiro, não o podem fazê-lo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, contra as decisões jurisprudenciais que acabaram restringindo o mais amplo e democrático remédio de proteção ao direito de liberdade, que devem insurgir novos debates, seja no campo acadêmico, seja no jurídico, como forma de resgatar a primeira ordem de direitos, qual seja, a liberdade individual.

Igualmente, a crescente demanda de ações de *habeas corpus*, antes de ser taxada como instrumento protelatório da defesa, deve, na verdade, ser considerado um dever profissional, embasado no princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º,

LV, da Constituição Federal) e no asseguramento do princípio do devido processo legal (art. 5º, LV, da CF), já analisados no primeiro capítulo.

Paralelamente, a Constituição Federal, diante do fundamento da proteção da dignidade da pessoa humana, deve se utilizar de todos os meios para garantir a sua proteção, sendo que, através da ação de *habeas corpus*, disposta no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, esta proteção será concedida sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Neste contexto, impedir ou restringir a impetração de *habeas corpus*, ainda que substitutivo do recurso ordinário, importa em tolher o direito de defesa, seja contra alguma ilegalidade à liberdade de locomoção, como na condução do devido processo legal. Assim, não é plausível que os Tribunais Superiores possam, por meio de decisões jurisprudenciais, estabelecer uma situação jurídica prejudicial ao jurisdicionado, tão somente com o objetivo de desafogar os tribunais pátrios.

Segundo Beraldo (2014, texto digital), frente às inúmeras discussões doutrinárias e manifestações da comunidade jurídica, o próprio Supremo Tribunal Federal tem sinalizado no sentido de alterar o entendimento jurisprudencial atual, sendo que o próprio ministro Marco Aurélio, em voto proferido no HC 110.328/RS, em 11/11/2014, destacou que:

Sensibiliza a comunidade jurídica e acadêmica 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 até 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. Daí evoluir para, presente a premissa segundo a qual a virtude está no meio-termo, adotar a óptica de admitir a impetração toda vez que a liberdade de ir e vir, e não somente questões ligadas ao processo-crime, à instrução deste, esteja em jogo na via direta, quer porquanto expedido mandado de prisão, quer porque já foi cumprido, encontrando-se o paciente sob custódia.

Esta luz no final do túnel, apontada pelo ministro Marco Aurélio, vem ao encontro ao anseio da comunidade jurídica, sobretudo porque o Código de Processo Penal, ao definir o conceito de coação ilegal, sanável por meio do *habeas corpus*, o

faz de forma ampla, contemplando não somente a liberdade de locomoção, mas também todas as hipóteses definidas no artigo 648, e devidamente estudadas no capítulo segundo.

Sob pena de incorrer em lesão a direito fundamental, constitucionalmente garantido, entende-se que os Tribunais Superiores necessitam rever o presente posicionamento, voltando a permitir a impetração de *habeas corpus*, ainda que seja o caso de cabimento de recurso ordinário. O direito de defesa não pode ser tolhido diante da justificativa da necessidade de uma prestação jurisdicional mais ágil, principalmente ao restringir as hipóteses de impetração do maior instrumento de asseguuração da liberdade, como é o caso da ação de *habeas corpus*.

Destaca-se que, mesmo que prevaleça o atual entendimento jurisprudencial, com a diminuição no número de *habeas corpus* nos Tribunais Superiores, verificar-se-á, à *contrario sensu*, um aumento na interposição de recursos ordinários em *habeas corpus*, assim como a lesão aos princípios processuais penais e constitucionais destacados no capítulo inicial, como da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Portanto, restringir o manejo do *habeas corpus*, através de um novo entendimento jurisprudencial é incompreensível, diante da falta de previsão legal, configura-se em absoluta inconstitucionalidade.

Realizado um estudo doutrinário a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da limitação ao uso da ação de *habeas corpus* nos Tribunais Superiores, principalmente como instrumento substitutivo do recurso ordinário, no subcapítulo seguinte será elaborada uma análise jurisprudencial mais detalhada a respeito desta questão junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

3.2 Análise jurisprudencial do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal

De acordo com a nova orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* não pode mais ser admitido quando a legislação determina a existência de recurso próprio, como é o caso do recurso ordinário.

A previsão de cabimento do recurso ordinário de *habeas corpus*, decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, está no art. 102, II, *a*, da Constituição Federal, quando a competência for do Supremo Tribunal Federal.

Conforme exposto anteriormente, a questão que culminou com a mudança de entendimento, com a restrição do manuseio do *habeas corpus*, foi discutida na decisão do HC 109.956/PR, porém teve início quando da análise do HC 108.715/RJ, oportunidade em que o ministro Marco Aurélio defendeu a restrição ao uso do *habeas corpus* para substituir o recurso ordinário, tendo em vista a comodidade oferecida às partes e advogados de não ter mais que interpor o recurso ordinário, preocupando-se com os prazos estabelecidos para tanto. O HC 108.715/RJ assim definiu:

AÇÃO PENAL SOBRESTAMENTO IMPROPRIEDADE HABEAS CORPUS LIMINAR INDEFERIDA. 1. A Assessoria prestou as seguintes informações: A paciente foi denunciada perante o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro em virtude da suposta prática dos crimes de descaminho (artigo 334) e de formação de quadrilha (artigo 288), todos do Código Penal, bem assim dos crimes de lavagem de dinheiro, tendo como crime antecedente o descaminho, e o de participação em organização criminosa (Lei nº 9.613/98, artigo 1º, incisos V e VII). Surgiu, então, a Ação Penal nº 2006.51.01.5237722-9. Os impetrantes afirmam o não cabimento da denúncia relativamente à imputação por lavagem, considerada suposta participação em organização criminosa. Dizem que, no Direito Penal brasileiro, conquanto a Lei nº 9.304/95 se refira ao delito de organização criminosa, está ausente a tipificação do referido crime, razão pela qual, tendo em conta o princípio da legalidade estrita em matéria penal, mostra-se descabida a imputação. Ressaltam não ser admissível aplicar-se, por analogia, o que previsto para o delito de quadrilha ou bando (Código Penal, artigo 288), nem preencher-se a lacuna com a utilização das disposições da Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, e o Decreto Presidencial nº 5.015, de 12 de março de 2004, porquanto a criação de tipo penal na ordem interna depende da edição de lei em sentido estrito e os termos da Convenção têm caráter meramente programático diretrizes básicas a serem observadas pelos Estados signatários. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região não acolheu as teses sustentadas pelos impetrantes e indeferiu o pedido de trancamento da ação penal. Formalizada idêntica medida no Superior Tribunal de Justiça Habeas Corpus nº 137.628/RJ, a ordem foi parcialmente deferida. A Sexta Turma do Superior Tribunal determinou o trancamento da ação penal quanto ao crime de descaminho, em virtude de, na data do oferecimento da denúncia, não ter sido encerrado o processo administrativo-fiscal. Assim, faltava a condição objetiva de punibilidade exigida pelo tipo penal: constituição definitiva do crédito tributário. Nesta impetração, impugna-se a parte do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em que mantidas as imputações relativas à suposta prática dos crimes de lavagem e de participação em organização criminosa. Os impetrantes buscam ver integralmente trancada a Ação Penal nº 2006.51.01.5237722-9, em curso no Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Anotam que a suposta

prática do crime de descaminho era o delito tomado como antecedente para a imputação do crime de lavagem de dinheiro. Desse modo, se, relativamente à infração descaminho a ação penal foi trancada, não poderia subsistir a imputação quanto ao crime de lavagem de capitais”. Reiteram ser inadmissível falar em participação em organização criminosa”, pois, embora a Lei nº 9.304/95 se refira ao delito de organização criminosa, no âmbito interno não há definição e tipificação do referido crime. Ressaltam impor-se a observância do princípio da legalidade estrita em matéria penal, mostrando-se descabida a imputação, por analogia, do que previsto para o delito de quadrilha ou bando (Código Penal, artigo 288). Pedem a concessão de liminar para determinar o sobrestamento da Ação Penal nº 2006.51.01.523722-9, em curso no Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, até o julgamento final desta impetração. No mérito, pleiteiam o trancamento da ação também quanto à imputação da prática do crime de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, artigo 1º, incisos V e VII) e de participação em organização criminosa. 2. Conquanto procedente o que articulado sobre o crime de lavagem de dinheiro, presente a organização criminosa, tipo ainda na dependência de definição mediante lei em sentido formal e material, não cabe, por isso, sobrestar o andamento da ação penal em curso no Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. A razão é muito simples: persiste a imputação no tocante ao crime de quadrilha. Para vir a ser expungido o crime de lavagem também quanto ao antecedente de quadrilha, por ausência deste último na ordem jurídica, deve-se aguardar o julgamento final deste habeas corpus. 3. Indefiro a liminar. 4. Colham o parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Publiquem. (STF - HC: 108715 RJ, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 28/08/2011, Data de Publicação: DJe-170 DIVULG 02/09/2011 PUBLIC 05/09/2011).

Neste primeiro julgamento, o ministro Marco Aurélio foi claro ao garantir a preservação da liberdade de ir e vir do cidadão através do *habeas corpus*, podendo manuseá-lo todo aquele que se achar ameaçado de sofrer violência ou coação a liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Porém, destaca que a admissão do *habeas corpus*, substitutivo do recurso ordinário constitucional, contra decisão denegatória, era um entendimento comum, tendo em vista que não havia a sobrecarga de processos que hoje se verifica, trazendo como consequência o prejuízo da jurisdição. Atualmente, os Tribunais Superiores estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* e raras as exceções que não se tratam de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

Destaca que, apesar do direito ser orgânico e dinâmico, o alcance da Carta Magna deve ser realizado de forma integrativa, mas, também, sistemática. Assim, tendo em vista que o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário não possui previsão legal e não está abrangido pela garantia do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, a sua utilização deve ser restringida, diante da previsão do recurso

ordinário constitucional, principalmente porque o direito é avesso a sobreposições, do que se afere que impetrar novo *habeas corpus*, implica inviabilizar a jurisdição.

Aduz em seu voto que, mesmo havendo previsão constitucional do recurso ordinário, o *habeas corpus* substitutivo, uma vez interposto, não acarretará prejuízo para o paciente, ante a possibilidade do seu conhecimento de ofício.

Entende que a aversão a novas ideias deve ser afastada, limitando-se a maior envergadura do *habeas corpus*, pois, contemplando a Lei Fundamental duas possibilidades, não há lugar para uma terceira espécie, diante da inexistência de previsão legal. Assim, o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, prática admitida até então, caiu em desuso, tornando quase letra morta aos preceitos constitucionais que o versam.

Observa que o *habeas corpus* substitutivo é muito cômodo às partes, inclusive alcançando, por vezes, a prescrição, enquanto que o recurso ordinário deve respeitar prazos e trâmites judiciais morosos. Entende que esta situação não deve perdurar, visto que a importância do *habeas corpus* acabou por prejudicar o andamento da máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania.

Por fim, apesar da crítica quanto à impetração do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, em seu voto deferiu a ordem de ofício, sendo que, este voto pode ser considerado o primeiro julgamento que tratou sobre a questão.

A limitação à impetração do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário foi embasada em precedente oriundo do Supremo Tribunal Federal, conforme já mencionado anteriormente. O acórdão foi proferido no HC 109.956/PR, junto ao Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio.

Em resumo, o réu, acusado por infração do art. 121, §2º, I e IV do Código Penal, alegou faltar fundamentação à decisão do juiz de primeiro grau que indeferiu diligências postuladas pela defesa, notadamente novas provas periciais. Impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná requerendo a realização das diligências, sendo denegada a ordem. O advogado do paciente impetrara um novo *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, alegando constrangimento

ilegal decorrente do indeferimento do juiz de primeiro grau das diligências requeridas pela defesa. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, denegou a ordem, pois tem o entendimento pacificado de que o deferimento de diligências é ato que se inclui na discricionariedade regrada do juiz, não havendo que falar em ofensa à ampla defesa. Em seguida, a defesa impetrou novamente um *habeas corpus*, desta vez, para o Supremo Tribunal Federal, impugnando o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando a importância da perícia dentro do contexto probatório.

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio entendeu pela inadequação do *habeas corpus*, quando cabível o uso de recurso ordinário constitucional, defendendo a eficácia do instrumento, pois a Constituição Federal prevê o recurso ordinário, não o *habeas corpus* substitutivo, sugerindo a mudança na orientação jurisprudencial da Suprema Corte. Por fim, diante do contexto, decidiu que não haveria campo para o deferimento de ordem de ofício.

Após a mudança jurisprudencial, o ministro Luiz Fux negou o conhecimento ao primeiro *habeas corpus*, no julgamento do HC 114.550/AC, decidido monocraticamente em 22/08/2012, no qual se afirmou a incompetência do Supremo Tribunal Federal, que examinou, novamente, um *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, decidindo, nos seguintes termos:

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF - HC: 114550 AC , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 22/08/2012, Data de Publicação: DJe-168 DIVULG 24/08/2012 PUBLIC 27/08/2012).

Na decisão do HC 104.045/RJ, proferida pela ministra Rosa Weber, verifica-se o mesmo entendimento jurisprudencial quanto à inadmissibilidade do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. 2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais. 4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes 5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas. 6. Habeas corpus rejeitado. (STF, 1ª Turma, HC 104045/RJ, rel. min. Rosa Weber, julgado em 21/08/2012).

Destaca no seu voto a importância histórica do *habeas corpus* como garantia fundamental do cidadão, alertando, porém, que a sua vulgarização acaba descaracterizando o seu objetivo. Assevera que, contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior, a Constituição Federal prevê remédio jurídico próprio, o recurso ordinário, em consonância com o art. 102, II, a, da Constituição da República, sendo que a impetração de *habeas corpus* substitutivo, além de desmerecer o recursal próprio, é burla ao preceito constitucional.

Assim, diante do precedente da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC 109.956/PR, a ministra decidiu que o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário não deve ser provido, pois não é instrumento adequado para a ampla avaliação e valoração das provas e ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas, como no caso requerido.

O ministro Dias Tóffoli, no julgamento do HC 108.487/SP, decidiu conforme a nova orientação jurisprudencial, extinguindo o *habeas corpus* substitutivo do recurso

ordinário por inadequação da via processual, tendo em vista não ser o caso de hipótese de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que ensejasse o deferimento da ordem de ofício, conforme segue:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Inadmissibilidade. Análise da questão de ofício circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos. Tráfico de entorpecentes. Pena privativa de liberdade inferior a 8 (oito) anos. Fixação de regime prisional mais gravoso com base na quantidade de droga apreendida. Possibilidade. Fundamentação idônea. *Writ* extinto, por inadequação da via processual eleita. 1. Impetração manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional prescrito no art. 102, inciso II, alínea a, da Carta da Republica, a qual esbarra na recentíssima decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário. 2. Não há ilegalidade na fixação do regime prisional mais gravoso, dado o acentuado grau de reprovabilidade da conduta, não havendo, portanto, como se reconhecer o constrangimento, notadamente quando existem nos autos elementos concretos, e não meras conjecturas, que apontam a quantidade de droga como circunstância suficiente para uma tal fixação do regime prisional (CP, art. 33, § 3º). Precedentes. Impossibilidade, no caso, de concessão de ordem *ex officio*. 3. Habeas corpus extinto, por inadequação da via processual eleita. (STF - HC: 108487 SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 21/08/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 13-09-2012 PUBLIC 14-09-2012).

Destaca-se, ainda, a decisão proferida no HC 112.625/RS, cujo relatório é do ministro Luiz Fux:

Processual penal e constitucional. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Competência do Supremo Tribunal para julgar habeas corpus: CF, art. 102, I, 'd' e 'i'. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva: Paradoxo. Organicidade do Direito. Execução penal. Progressão de regime. Necessidade de exame criminológico. Decisão fundamentada. Harmonia com a jurisprudência desta Corte. Inviabilidade de concessão da ordem, *ex officio*. Execução penal. Habeas corpus. Remição da pena pelos dias trabalhados no regime aberto. Ausência de previsão legal. Benefício restrito aos réus que cumprem pena nos regimes fechado e semiaberto. 1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte. 2. In casu, sequer é a hipótese de concessão, *ex officio*, da ordem, porquanto o artigo 126 da LEP, com a redação dada pela Lei n. 12.433/2011, restringe a remição da pena pelos dias trabalhados aos regimes fechados e semiaberto ao silenciar quanto ao regime aberto. Precedentes: HHCC HC 101.368, Rel. Min. AYRES BRITTO, 2ª Turma, DJe de 03/05/2011, e HC 98.261, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 23/04/2010. 3. O Juízo da Execução Penal indeferiu o pleito de remição da pena pelos dias trabalhados no regime aberto, não havendo que se falar em constrangimento ilegal. 4.

Habeas corpus julgado inadequado como substitutivo de recurso ordinário e rejeitada a proposta de concessão, ex officio, da ordem (STF - HC: 112625 RS, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 07/08/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-204 DIVULG 17-10-2012 PUBLIC 18-10-2012).

O ministro entende ser uma flagrante contradição conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal Federal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição, como o caso do *habeas corpus* substitutivo.

Argumenta ser necessária e urgente uma reviravolta no entendimento quanto às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal, em prol da organicidade do direito e no que tange para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, sob pena da ação de *habeas corpus* ser banalizada a pretexto da existência de possíveis nulidades processuais com reflexos no direito de locomoção. Diante disso, no referido caso, julgou inadequado o *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário e desacolheu a proposta de concessão, ex officio, da ordem.

Finalizada esta breve análise a respeito da jurisprudência restritiva do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, a seguir será verificada a mesma questão junto ao Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que, diante do precedente da Corte Superior, também tem adotado este entendimento em seus julgados.

3.3 Análise jurisprudencial do *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça seguiu a mudança de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à restrição da impetração de *habeas corpus* quando há recurso próprio. Neste sentido, a previsão de cabimento do recurso ordinário de *habeas corpus*, decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória, está prevista no art. 105, II, a, da Constituição Federal, quando a competência for do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo Haidar (2012, texto digital), os ministros do Superior Tribunal de Justiça já vinham criticando o volume de *habeas corpus* e, sobretudo, as matérias trazidas à discussão nos pedidos. Aduziu que, no final de 2011, o ministro Gilson

Dipp afirmou que o *habeas corpus* ganhou status de remédio para qualquer irresignação, o que é inadmissível. Neste sentido, o recém empossado e então presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Felix Fischer apontou severas críticas, no sentido de que: “O *habeas corpus*, no nosso país, está sendo utilizado para qualquer coisa. Até para obter passaporte. E não é essa a função do HC, que virou um verdadeiro substituto processual”, motivo pelo qual entende que não é preciso restringir as possibilidades de uso do *habeas corpus*, tão somente “Basta aplicar a Constituição. Habeas Corpus diz respeito à liberdade de ir e vir. O passaporte pode ser um instrumento para essa liberdade, mas o direito a ele não deve ser analisado por meio de HC”.

O primeiro acórdão no Superior Tribunal de Justiça a seguir o novo entendimento jurisprudencial quanto à restrição do manuseio do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, tendo por base o precedente do HC 109.956/PR do Supremo Tribunal Federal, foi o proferido no HC 239.550/RJ, de relatoria da ministra Laurita Vaz.

Resumidamente, o relatório aduz que a parte ré foi presa em flagrante pela prática de crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, tendo sido a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva. A defesa requereu a revogação da custódia, sendo indeferida pelo juiz de primeiro grau. Inconformada, impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro alegando que a paciente sofreu constrangimento ilegal em virtude da conversão da sua prisão em flagrante em prisão preventiva, por não haver justa causa, diante da primariedade, bons antecedentes, bem como tinha direito à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro denegou a ordem, fundado na inexistência de qualquer constrangimento ilegal e, diante da inviabilidade de se adentrar no mérito da causa, em sede de *habeas corpus*, o tribunal não tinha competência para julgar a paciente tinha direito à conversão da pena imputada em restritiva de direitos. Novamente, impetrou novo *habeas corpus*, junto ao Superior Tribunal de Justiça, contra o acórdão, alegando que fora presa, apenas, por estar na companhia de pessoa, que sem seu conhecimento, transitava com drogas junto ao corpo. A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a nova

orientação jurisprudencial adotada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em absoluta consonância com os princípios constitucionais, principalmente os do devido processo legal, da celeridade, e da economia processual e da razoável duração do processo, decidiu não ser cabível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir a ordem de ofício, para os *habeas* já impetrados antes da mudança do entendimento.

Contudo, apesar de não conhecer do *habeas corpus*, a ordem foi concedida de ofício para revogar a prisão preventiva por falta de fundamentação da decisão de primeiro grau, cuja prisão cautelar estava amparada, tão somente, na gravidade abstrata do delito e no seu caráter hediondo. Observe-se a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício”. 3. Hipótese em que a decisão de primeiro grau, corroborada pelo Tribunal a quo no writ originário, não apresentou argumentos idôneos e suficientes à manutenção da prisão cautelar da ora Paciente, pois, apesar de afirmar a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade para a deflagração da ação penal, não apontou elementos concretos extraídos dos autos que justificassem a necessidade da custódia, restando esta amparada, tão somente, na gravidade abstrata do delito e no seu caráter hediondo. 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva da ora Paciente, ressalvada a possibilidade da expedição de outro decreto prisional, desde que devidamente fundamentado, ou, ainda, da adoção de outras medidas cautelares pelo Juízo condutor do processo, conforme salientado no voto. (STJ, HC 239550/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 26/09/2012)

Neste ínterim, a 5ª e a 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, cuja competência é o julgamento de matérias de Direito Penal neste Tribunal, passaram a acompanhar o posicionamento da 1ª Turma da Suprema Corte, sob o argumento

de se imprimir uma maior celeridade processual, bem como conferir efetividade às normas previstas no artigo 105, II, a, da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei nº 8.038/1990. Diante disso, observe-se a ementa de outros julgamento no mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. EXECUÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA (DUAS VEZES) E LATROCÍNIO NA FORMA TENTADA. DELITOS COMETIDOS DEPOIS DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.464/07. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) DA PENALIDADE PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME. TENTATIVA. NÃO AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício." 3. Não é o que ocorre no caso, uma vez que os delitos foram praticados depois do início da vigência da Lei n.º 11.464/07, e o condenado não preencheu o requisito objetivo para a progressão de regime. 4. A Lei n.º 11.464/07 afastou do ordenamento jurídico o regime integral fechado imposto aos condenados por crimes hediondos e equiparados, assegurando-lhes a progressão de regime prisional após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, e 3/5 (três quintos), se reincidente. 5. O fato de o iter criminis não ter sido todo percorrido, configurando a forma tentada, não afasta o caráter hediondo dos delitos. 6. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício. 7. Habeas corpus não conhecido (STJ - HC: 220978 RJ 2011/0239280-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/10/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/10/2012).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012,

publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício." 3. Paciente preso em flagrante em 15/04/2012, pelos crimes de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo. 4. A manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade da segregação provisória para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, o modus operandi dos delitos. 5. No caso, o juízo singular ressaltou em especial, o fato de o Paciente ter sido surpreendido na posse de inúmeras armas, dentre elas uma submetralhadora calibre .40, arma de uso exclusivo das Forças Armadas, com grande poder de fogo, além de cocaína, para justificar a necessidade da custódia cautelar. 6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, pudesse ensejar a concessão da ordem de ofício. 7. Habeas corpus não conhecido (STJ HC 245.433, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/11/2012, T5 - QUINTA TURMA).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. PACIENTES CONDENADOS PELO CRIME DE QUADRILHA. TESE DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS INDICIÁRIOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício." 3. Firmado pelas instâncias ordinárias, tanto no acórdão de *habeas corpus* impugnado quanto em superveniente sentença condenatória, que os Pacientes integram quadrilha voltada para a prática reiterada de crimes contra a Previdência Social, irrelevante a rejeição da denúncia ou absolvição sumária dos corréus, em relação aos crimes de estelionato contra o Instituto Nacional da Previdência Social - INSS, pendente de solução definitiva. Evidenciada, no caso, a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, nos termos do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal. 4. Eventual nulidade da interceptação telefônica não possui o condão de desconstituir todo elemento material indiciário que justifica a pretensão punitiva da denúncia. Sobretudo quando as escutas consideradas ilícitas foram desconsideradas e a exordial está embasada em diversos outros

elementos probatórios, inclusive prova documental e testemunhal. 5.Com a superveniência de sentença condenatória fica preclusa a alegação de inépcia da denúncia. Ademais, a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência dos crimes em tese, bem como a participação dos Pacientes, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, possibilitando-lhe o pleno exercício do direito de defesa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior. 6.Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício. 7.*Habeas corpus* não conhecido. (STJ, HC 187.932, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 24/09/2013, T5 - QUINTA TURMA).

Quanto à primeira ementa, a relatora, ministra Laurita Vaz, defende em seu voto que o *habeas corpus* não pode ser conhecido, visto que, apesar da sua importância, como instrumento de proteção do direito de locomoção, verifica-se, no direito processual penal brasileiro, um alargamento da sua admissibilidade, em detrimento das vias recursais próprias. Como consequência, têm-se Tribunais Superiores abarrotados, motivo pelo qual, diante do desvirtuamento do remédio heróico, devem-se seguir os recentes entendimentos jurisprudenciais da Corte Superior, no sentido de se retomar o curso regular do processo penal, não se admitindo o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, em consonância com o julgamento do HC 109.956/PR, realizado em 07/08/2012, e amplamente divulgado a partir do informativo nº 674 do Supremo Tribunal Federal.

No mesmo sentido, foi o posicionamento da referida ministra, nos votos e relatórios proferidos nos HC 187.932/ES e HC 245.433/MG, cujas ementas se encontram acima arroladas.

Igualmente, o ministro Og Fernandes, no voto proferido por ocasião do HC 140.718/RJ, indica que deve haver uma releitura do instituto do *habeas corpus*, com base na nova orientação do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, observa que o rol constitucional de competências do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao reexame das decisões denegatórias de *habeas corpus*, é taxativo, motivo pelo qual entende ser inadmissível a impetração de *habeas corpus* como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê via recursal própria. Aduz que, embora a jurisprudência tenha ampliado as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, necessário se faz uma sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, como o julgamento do HC 109.956/PR, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Destaca que a Constituição Federal não pode guardar antinomias e que eventual conflito de regras deve ser solucionado, por isso, existindo previsão

específica, no art. 105, II, a, da Constituição Federal, de cabimento de recurso ordinário contra decisões denegatórias de *habeas corpus*, deve ser excluída toda e qualquer interpretação no sentido de autorizar o manejo do *writ* originário nesta Corte, substitutivo de recurso ordinário, com fundamento no art. 105, I, c, da Constituição Federal.

Adverte, ainda, que não há como ignorar que nos últimos anos houve um expressivo aumento no número de *habeas corpus* junto aos Tribunais Superiores, inclusive como substitutivos de recursos previstos, principalmente diante da inegável abrangência que se conferiu ao *habeas corpus*, como ação-garantia destinada à tutela da liberdade de locomoção. Todavia, tal incremento, além de comprometer a regular prestação jurisdicional e prejudicar a duração razoável dos processos, tem desvirtuado a natureza do *habeas corpus*, visto que ele tem se prestado a solucionar os mais diversos males processuais, apesar da existência de recursos próprios. Diante disso, verificada a hipótese de impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, o ministro entendeu pela sua rejeição. Observe-se o conteúdo da ementa do *habeas corpus* indicado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSADO RECURSO ORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO REEXAMEDAS DECISÕES DE TRIBUNAIS DENEGATÓRIAS DO WRIT. AUDIÊNCIA DEINSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE ENTREVISTA RESERVADA COM ODEFENSOR. NÃO COMPROVAÇÃO. USO DE ALGEMAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A Constituição Federal define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional e, no que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de habeas corpus, estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário (ex vido art. 105, inciso II, alínea a, da CF). 2. Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de habeas corpus (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que nãoatendam às pretensões veiculadas por meio do writ nas instâncias ordinárias. 3. Embora se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do habeas corpus, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 109.956/PR, Informativo nº 674), a revisão jurisprudencial (overruling). 4. A modificação desse entendimento representa o revigoreamento, na jurisprudência, do recurso ordinário, cuja fonte se encontra naprópria Carta Política e, por isso mesmo, andarás em pleno compasso com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, que consubstanciam verdadeiro norte no processo de interpretação e concretização do texto constitucional. 5. É preciso que se opere uma releitura do habeas corpus, cujo objetivo é a tutela da liberdade de

locomoção, de salvaguarda contra arbitrariedades porventura ainda ocorrentes no Estado Democrático. 6. Nesse contexto, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do habeas corpus, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente. 7. Verificada a hipótese de dedução de habeas corpus em lugar do recurso ordinário constitucional, impõe-se o seu não conhecimento, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal, situação inócua na espécie. 8. Não há nenhuma ofensa às garantias do contraditório e da ampla defesa, notadamente se o Juiz da causa garantiu, na audiência de instrução e julgamento, a entrevista prévia e reservada com o defensor do acusado, não gerando prejuízo qualquer ao direito de defesa. 9. O magistrado singular motivou adequada, concreta e suficientemente a necessidade de manutenção do paciente algemado, circunstância que afasta, por completo, a aventada mácula na audiência de instrução. 10. Habeas corpus não conhecido (STJ - HC: 140718 RJ 2009/0127344-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 16/10/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2012).

Importante colacionar a ementa do HC 202.675/SP, cujo voto, do ministro Sebastião Reis Júnior, apesar de verificar a inadequação da impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinariamente previsto no ordenamento jurídico, entendeu, num primeiro momento por não conhecer o *writ*, porém o concedeu de ofício, diante da existência de ilegalidade flagrante, como forma de reprimir constrangimento ilegal. Segue a ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO. NOVO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ. ART. 217- A, C/C O ART. 226, II, AMBOS DO CP. PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. Atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. 2. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Situação em que as instâncias ordinárias não trouxeram nenhum elemento concreto que demonstrasse o preenchimento dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. A manutenção da custódia está calcada apenas na possibilidade de o paciente influenciar os depoimentos da vítima e testemunhas, sem, contudo, se especificar como se concluiu dessa forma e quais elementos levaram a esse raciocínio. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para assegurar ao paciente que aguarde em liberdade o julgamento do Processo n. 909/2010, em trâmite na Vara Criminal da comarca de Sertãozinho/SP, impondo-se-lhe, no entanto, dadas as particularidades retratadas no presente caso - suposto delito envolvendo padrasto com enteada (menor de

14 anos) -, medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, III, do Código de Processo Penal (proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante), sem prejuízo, ainda, de que seja decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta, ratificando-se a liminar anteriormente deferida. (HC 202.675/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013)

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 201.483/SP, de relatoria do ministro Gilson Dipp, já alertava no sentido de que o *habeas corpus* como substituto recursal resultava de um alargamento pretoriano, apartado de sua inspiração originária. O próprio ministro em seu voto asseverou que “há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas-corpus*”. Abaixo, a ementa na íntegra:

HABEAS CORPUS Nº 201.483 - SP (2011/0065031-8) RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP IMPETRANTE : MARÇO ANTONIO FARES IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : FERNANDO FERREIRA (PRESO) DECISÃO Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de FERNANDO FERREIRA contra acórdão da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tendo em vista que o presente writ está deficientemente instruído, não constando o acórdão do Tribunal a quo a respeito da matéria ora ventilada, indefiro a liminar. Solicitem-se as informações ao Tribunal a quo. Após prestadas, à Subprocuradoria-Geral da República, para parecer. (STJ - HC: 201483, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Publicação: DJ 05/04/2011)

Destaca, ainda, mais uma decisão em *habeas corpus*, na qual se discutia a inépcia de uma denúncia, oriunda da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, mostra que era inevitável o cumprimento da Constituição neste campo específico da tutela recursal. Veja-se:

PENAL E PROCESSUAL. QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS. VIA INADEQUADA. 1. O intento de ver reconhecida a inépcia da denúncia demanda inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com o espectro restrito e angusto do habeas corpus. 2. Pleitos deste jaez não podem transformar o writ, que tem seus contornos específicos, em recurso revisor da apelação e, quiçá, esta Corte em terceira instância. 3. Ordem denegada. (STJ, 6ª Turma, HC 234.357/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/04/2012).

Nesta senda, verifica-se que a partir do precedente do Supremo Tribunal Federal, o entendimento jurisprudencial a respeito do não conhecimento do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário também se fez presente no Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, Haidar (2012, texto digital), ao escrever sobre o assunto, destaca que os quatro ministros que compõem a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que reúne a 5ª e a 6ª Turmas, seguirão o novo entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, sendo que os *habeas corpus* já impetrados, serão analisados normalmente, enquanto que os pedidos claramente substitutos de recurso ordinário e especial sequer serão analisados. Um ministro da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que: “Iremos seguir o entendimento do Supremo. Isso não significa dizer que haverá abuso na rejeição da análise de HC. Deveremos fazer uma mudança gradual, com uma espécie de período de carência, para não surpreender os advogados com a mudança de jurisprudência”, assim como o Tribunal Superior não fechará os olhos para os casos de flagrante ilegalidade, mas irá se adaptar à nova realidade imposta pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, seguem alguns julgados recentes, dos anos de 2014 e 2015, que corroboram esta mudança de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal que é acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO E QUADRILHA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DESSA PROVA PRODUZIDA EM OUTRO FEITO CRIMINAL, CUJOS ELEMENTOS INDICIÁRIOS SÃO INTIMAMENTE LIGADOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.” 3. É lícita a utilização

de prova produzida em feito criminal diverso, obtida por meio de interceptação telefônica - de forma a ensejar, inclusive, a correta instrução do feito -, desde que relacionada com os fatos do processo-crime, e, após sua juntada aos autos, seja oportunizado à Defesa proceder ao contraditório e à ampla defesa. Precedentes. 4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 259617 RJ 2012/0242387-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/02/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/02/2014).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) RESPOSTA ESCRITA. ROL DE TESTEMUNHAS. OFERECIMENTO POSTERIOR. INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DA PROVA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário (STF: HC 109956, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012). 2. Não tendo sido apresentado o rol de testemunhas no momento oportuno, tem-se o fenômeno da preclusão. A fim de evitá-la, a lealdade processual recomendaria um pedido de dilação de prazo, arrimado em motivo relevante. 3. Ordem não conhecida. (STJ - HC: 257533 MG 2012/0222484-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 22/04/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/04/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. INDEFERIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA REQUISITO SUBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - Não há como conhecer de habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio (HC 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Verifica-se o pedido deduzido na impetração apenas no tocante à existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício. - A decisão do Juiz das Execuções, mantida pelo Tribunal a quo, indeferiu de forma totalmente fundamentada o pedido de progressão de regime por entender que não estava preenchido o requisito subjetivo para obtenção do benefício. Destacou o Magistrado o conturbado histórico prisional do apenado, no qual consta o registro de duas faltas graves anteriores por fuga, acrescido ao fato dele ter sido preso em flagrante pela prática de novo crime após obter o livramento condicional, não cabendo nenhum reparado na decisão de primeiro grau. - É firme o posicionamento desta Corte Superior no sentido de ser inviável, em sede de habeas corpus, desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias sobre o não preenchimento do requisito subjetivo, uma vez que tal providência implica no reexame do conjunto fático-probatório dos autos da execução, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 286013 SP 2013/0422683-7, Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 28/04/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/05/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. INDEFERIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA REQUISITO

SUBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - Não há como conhecer de habeas corpus impetrado em substituição a recurso próprio (HC 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Verifica-se o pedido deduzido na impetração apenas no tocante à existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício. - A decisão do Juiz das Execuções, mantida pelo Tribunal a quo, indeferiu de forma fundamentada, o pedido de progressão de regime, com base no exame criminológico desfavorável, que entendeu não estar preenchido o requisito subjetivo para obtenção do benefício, não cabendo nenhum reparo na decisão de primeiro grau. - É firme o posicionamento desta Corte Superior no sentido de ser inviável, em sede de habeas corpus, desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias sobre o não preenchimento do requisito subjetivo, uma vez que tal providência implica no reexame do conjunto fático-probatório dos autos da execução, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 300016 SP 2014/0184043-4, Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 28/04/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/05/2015).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO TEMPORÁRIA FUNDAMENTADA NO ART. 1º, INCISOS I E III, N, DA LEI N.º 7.960/89. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. III - Na hipótese, o decreto de prisão temporária encontra-se devidamente fundamentado no art. 1º, incisos I e III, alínea n, da Lei 7.960/89, tendo em vista a existência de fundados indícios de autoria ou participação delitiva - tráfico de drogas -, bem como a necessidade de se assegurar o prosseguimento das investigações criminais - em razão de estar o paciente foragido, dificultando a apuração do crime -, não havendo falar em constrangimento ilegal. IV - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 288024 BA 2014/0024636-4, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 21/05/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/06/2015).

CONCLUSÃO

No Brasil, o Estado Democrático de Direito, instituído a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, tem, entre seus objetivos, assegurar o exercício dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, o direito à liberdade, devidamente acolhido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

O direito à liberdade faz parte da primeira geração dos direitos fundamentais, e remonta ao nascedouro da civilização e da concepção de justiça. Considerada como uma das maiores garantias dadas ao homem, uma das espécies de liberdade diz respeito à locomoção, ao direito de ir e vir que todos os indivíduos possuem.

A liberdade de locomoção, como desdobramento do direito à liberdade, é um direito fundamental de primeira geração, não podendo, portanto, ser restringido de forma arbitrária pelo Estado. Porém, conforme observado no decorrer deste estudo, como todo direito fundamental, o direito de locomoção não é absoluto e pode ser restringido em determinados casos, devidamente previstos na Constituição Federal.

Todavia, uma vez havendo a privação ou ameaça injustificada desta liberdade, a própria Constituição Federal outorga um remédio jurídico específico para proteger o direito de ir e vir, qual seja, a ação de *habeas corpus*. No decorrer da história, por meio de um processo evolutivo, fundado no primado da dignidade da pessoa humana e nas garantias constitucionais, o *habeas corpus* se enraizou nos diplomas legais das mais diversas nações, constituindo um dos poucos institutos diplomados globalmente. Dada a sua relevância e importância, no Brasil, o *habeas*

corpus foi erigido a nível constitucional, a fim evitar as ilegalidades cometidas em outros tempos na história do homem e que não era aceitável virem a se repetir.

Devidamente recepcionado no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988, trata-se de instrumento jurídico de caráter constitucional penal, que tem por fim assegurar a liberdade de locomoção, tutelando o direito fundamental de ir e vir e evitando a perpetuação da ilegalidade e do abuso de poder daqueles que tem o poder de punir. Na legislação infraconstitucional, está recepcionado pelos artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal, pelo art. 23 da Lei nº 8.038/90 e nos Regimentos Internos do Poder Judiciário, que estabelecem normas de natureza processual.

Com o decorrer dos anos, verificou-se que o *habeas corpus* acabou sendo aprimorado, fazendo com que o Poder Judiciário tivesse que definir em quais situações o remédio constitucional poderia ser conhecido. Assim, em 2012, a Suprema Corte brasileira, ao julgar o HC 109.956/PR, alterou seu entendimento jurisprudencial e firmou posição no sentido da impossibilidade de impetração de *habeas corpus* quando previsto no ordenamento jurídico recurso próprio que vise a atacar a decisão denegatória do remédio constitucional, no presente caso, o recurso ordinário. O recurso ordinário constitucional se reflete em meio processual mais abrangente para análise de possíveis violações a direitos fundamentais pelos Tribunais Superiores, diante da amplitude do âmbito de sua devolutividade, em comparação ao *habeas corpus*.

Neste contexto, o objeto do presente estudo foi examinar, à luz da doutrina e da jurisprudência, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores que entenderam pela limitação do uso do *habeas corpus* sem o esgotamento da via recursal ordinária e a implicação dessa decisão no mundo jurídico.

Constatou-se que o novo entendimento adotado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que vem sendo seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, de não conhecer o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, está muito mais calcado em razões de ordem prática, pragmática e de gerência judiciária, para reduzir o absurdo número de processos que tramitam nos Tribunais Superiores, do

que voltado para a proteção e asseguramento dos princípios constitucionais penais, como os da verdade real, do *ne procedat iudex ex officio* ou iniciativa das partes, da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, devidamente analisados no decorrer deste estudo.

O julgador não pode limitar o acesso ao *habeas corpus*, uma das maiores garantias constitucionais e talvez o maior patrimônio do cidadão. Tal atitude é negar o acesso à Justiça, ir contra a proteção ao direito fundamental à liberdade de locomoção, sobretudo aos segmentos mais vulneráveis da população brasileira. É descabido, em pleno Estado Democrático de Direito, o rebaixamento das garantias constitucionais, como o é o direito à liberdade de locomoção.

Na atualidade, o número de presos no sistema penitenciário e o número de *habeas corpus* nos Tribunais Superiores comprovam, de forma inequívoca, que o sistema judiciário necessita de uma reforma urgente, diante da falta de efetividade da prestação jurisdicional e da morosidade nos julgamentos, o que justifica a impetração de tantos *habeas corpus*. Paralelamente, as crises na segurança pública são reflexo direto da ausência da atuação do Estado como realizador da justiça distributiva e garantidor da dignidade humana, bem como não há investimentos substanciais na recuperação dos que ingressam no sistema prisional, sendo que as possibilidades de trabalho e estudo são absolutamente escassas.

Neste contexto, é público e notório que o *habeas corpus* tem sido instrumento de regulação da questão penal e, principalmente, penitenciária. Diante disso, pode-se dizer que o referido *writ* é, atualmente, uma das principais vias de acesso ao Poder Judiciário para reduzir, se não extinguir, as injustiças sociais existentes, sobretudo aquelas atinentes ao direito à liberdade.

Não há como se olvidar da grande responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, principalmente na condição de guardião da Constituição Federal, porém, lamentavelmente, a partir do século XXI, parece que, sem justa causa alguma, o mesmo acaba por renunciá-la sob o argumento de que estão lhe causando enorme aborrecimento diante do excesso de impetrações do remédio heroico.

Contra essas decisões dos Tribunais Superiores, que refletiram na mudança do entendimento jurisprudencial ao restringir o mais amplo e democrático remédio

de proteção ao direito de liberdade à locomoção, necessário o desenvolvimento de novos debates, seja no campo acadêmico, seja no jurídico, como forma de resgatar a proteção da primeira ordem de direitos, qual seja, a liberdade individual.

Diante do fundamento da proteção da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal deve se utilizar de todos os meios para garantir a sua proteção, sendo que a ação de *habeas corpus* configura-se como o principal remédio jurídico constitucional para proteção de todo aquele que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Paralelamente, a crescente demanda de ações de *habeas corpus* não deve ser taxada como instrumento protelatório da defesa, assim como impedir ou restringir a sua impetração, mesmo que substitutivo do recurso ordinário, importa em tolher o direito constitucional à ampla defesa e ao devido processo legal. Não é plausível que os Tribunais Superiores possam, através de decisões jurisprudenciais, estabelecer uma situação jurídica prejudicial ao jurisdicionado, tão somente com o objetivo de desafogar os tribunais pátrios.

Após inúmeras discussões doutrinárias e manifestações da comunidade jurídica, diante da conclusão de que o recurso ordinário, ao contrário do rito célere impresso ao *habeas corpus*, necessita seguir parâmetros instrumentais que implicam na demora de submissão ao órgão competente para julgá-lo, permanecendo, o cidadão, preso por cerca de três a quatro meses, o próprio Supremo Tribunal Federal, a partir do voto proferido no HC 110.328/RS, em 11/11/2014, sinalizou no sentido de alterar o entendimento jurisprudencial atual, porém, trata-se de decisão isolada que, até o momento, conforme inúmeras jurisprudências colacionadas no capítulo final, ainda não teve a força suficiente de alterar o entendimento majoritário da Suprema Corte nacional.

Este primeiro passo, vem ao encontro do anseio da comunidade jurídica, principalmente porque o próprio Código de Processo Penal, ao definir o conceito de coação ilegal, sanável por meio da ação de *habeas corpus*, o faz de forma ampla, abarcando não somente a liberdade de locomoção, mas também todas as hipóteses definidas no artigo 648, do Código de Processo Penal.

Chega-se a conclusão de que, a reiterada lesão ao direito fundamental à liberdade de locomoção, a partir da limitação à impetração do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, constitui-se em verdadeira inconstitucionalidade, motivo pelo qual necessário se faz que os Tribunais Superiores revejam o seu posicionamento, voltando a permitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo, ainda que seja o caso de cabimento de recurso ordinário.

Tem-se, pois, que o direito de defesa não pode ser tolhido diante da injustificada necessidade de uma prestação jurisdicional mais ágil, principalmente ao restringir as hipóteses de impetração do maior instrumento de asseguarção da liberdade, como é o caso da ação de *habeas corpus*.

Constata-se que, ao continuar prevalecendo o atual entendimento jurisprudencial, com a restrição das hipóteses de impetração da ação de *habeas corpus* nos Tribunais Superiores, estar-se-á diante de um aumento na interposição de recursos ordinários em *habeas corpus*, assim como se compactuando com a lesão aos princípios processuais penais e constitucionais, como da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, restringir o manejo do *habeas corpus*, através de um novo entendimento jurisprudencial é incompreensível, diante da falta de previsão legal, configurando-se em absoluta inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Aderbal Torres de. **Recursos cíveis ordinários**: apelação, agravos, embargos infringentes, embargos declaratórios, recurso ordinário constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ASSIS, Araken de. **Manual de recursos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Recurso Ordinário. In: ASSIS, Araken de; MADEIRA, Luís Gustavo Andrade (coords.). **Direito processual civil** – as reformas e questões atuais do direito processual civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Ed. Método, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil** – v. V. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERALDO, Luís Fernando Silveira. Restringir HC é contrassenso em relação a políticas públicas. In: **Consultor Jurídico**. 5 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-05/luis-beraldo-restringir-hc-contrassenso-relacao-politicas-publicas>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BOTTINO, Thiago. *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores – panaceia universal ou remédio constitucional. In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. **Boletim n. 246**. Ano 21, maio/2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/287-246-Maio2013>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n° 3689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 246229/SP**. Relator: Min. Laurita Vaz. Julgamento: 15/05/2014. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 239550/RJ**. Relator: Min. Laurita Vaz. Julgamento: 18/09/2012. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 220978/RJ**. Relator: Min. Laurita Vaz. Julgamento: 16/10/2012. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 245433/MG**. Relator: Min. Laurita Vaz. Julgamento: 20/11/2012. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 187932/ES**. Relator: Min. Laurita Vaz. Julgamento: 24/09/2013. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 140718/RJ**. Relator: Min. Og Fernandes. Julgamento: 16/10/2013. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 202675/SP**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 15/05/2014. Órgão Julgador: Sexta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 201483/SP**. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgamento: 31/03/2011. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 234357/SP**. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 19/04/2012. Órgão Julgador: Sexta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 25 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 275175/SP**. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgamento: 08/10/2013. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 266833/SP**. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgamento: 08/10/2013. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 32.834/DF**. Relator: Min. Laurita Vaz. Julgamento: 07/08/2012. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 26.070/RJ**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 22/08/2011. Órgão Julgador: Sexta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 21 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Habeas corpus**: remédio constitucional ou panacéia universal. Sala de Notícias. 21/10/2012. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107417>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 109956/PR**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 07/08/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 112298/RS**. Relator: Min. Ayres Brito. Julgamento: 13/03/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 110319/MA**. Relator: Min. Ayres Brito. Julgamento: 08/11/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 107229/PA**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 25/09/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 108715/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 28/08/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 114550/AC**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 22/08/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 104045/RJ**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento: 21/08/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 108487/SP**. Relator: Min. Dias Tóffoli. Julgamento: 21/08/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 112625/RS**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 07/08/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 09 mar. 2015.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 09 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF**. Pesquisa por Classe. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasseAnosAnteriores>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma muda entendimento sobre recurso em HC**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=214346>>. Acesso em: 08 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Processos Protocolados, Distribuídos e Julgados por classe processual - Anos Anteriores**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 2. ed. Lajeado: Univates, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v. III. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Direitos e garantias individuais**. Bauru: Edipro, 1997.

FISCHER, Douglas. **Recursos, Habeas Corpus e Mandado de Segurança no Processo Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinários e especial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Tiago Abud da; MENDONÇA, Henrique Guelber de. O Supremo Tribunal Federal, a restrição ao *habeas corpus* e o marido traído. In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. **Boletim n. 244**. Ano 21, maio/2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim/285-244-Março2013/?ano_filtro=2013>. Acesso em: 27 abr. 2015.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Recurso ordinário constitucional – considerações relevantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

H AidAR, Rodrigo. STJ também barrará HC substitutivo de recurso. In: **Consultor Jurídico**. 7 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012->

set-07/stj-tambem-barrara-pedido-habeas-corpus-substitutivo-recurso>. Acesso em: 07 mai. 2015.

LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio** – os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. v. Único. 2. ed. Salvador: Ed. JUSPODIVM, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. O recurso ordinário no Supremo Tribunal Federal. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (coords.). **Processo nos tribunais superiores**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MINAGÉ, Thiago M. **Processo Constitucional Penal**. v. 1. Rio de Janeiro: Quileditora, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Revisão criminal no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de processo penal e execução penal.** São Paulo: Ed. RT, 2006.

_____. **Manual de processo penal e execução penal.** São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal.** 2. ed. Com comentários à Lei da Tortura. São Paulo: Ed. RT, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 18. ed. rev. e ampl. de acordo com as Leis n. 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Manual dos recursos cíveis:** atualizado com as reformas de 2006 e 2007/ Sérgio Gilberto Porto, Daniel Ustároz. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SAMPIERI, Roberto H.; COLLADO, Carlos F.; LUCIO, Pilar B. **Metodologia de pesquisa.** 5. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Ilara Coelho de. Princípio do devido processo legal . In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3405, 27 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22857>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 8. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O recurso ordinário em mandado de segurança. In: **Revista Jurídica**, n. 183, jan. 1993, p. 05-15.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Processo penal.** v. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Processo penal.** v. 4. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro.** 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Considerações sobre a “nova” vedação do *habeas corpus* substitutivo de recurso. In: **TribunaVirtual IBCCRIM**. Ano 01, Edição 03, abril de 2013. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/15-Consideracoes-sobre-a-%E2%80%9Cnova%E2%80%9D-vedacao-do-habeas-corporis-substitutivo-de-recurso>>. Acesso em: 10 mai. 2015.