

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Bráulio Viana Balbi

**DA INADMISSIBILIDADE DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO
ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA GUINADA
JURISPRUDENCIAL ADOTADA PELA 1ª TURMA DO STF FACE AO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Juiz de Fora
2013

BRÁULIO VIANA BALBI

**DA INADMISSIBILIDADE DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO
ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA GUINADA
JURISPRUDENCIAL ADOTADA PELA 1ª TURMA DO STF FACE AO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Monografia apresentada pelo discente Bráulio Viana Balbi como trabalho e conclusão de curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Prof^a. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli.

Juiz de Fora

2013

BRÁULIO VIANA BALBI

**DA INADMISSIBILIDADE DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO
ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA GUINADA
JURISPRUDENCIAL ADOTADA PELA 1ª TURMA DO STF FACE AO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora, como
requisito para a obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovado em 20 de agosto de 2013

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Doutoranda Marcela Alves Mascarenhas Nardelli – Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Pedro Mascarenhas Guzella
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Doutor Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora
2013

RESUMO

A suposta intenção de imprimir-se uma racionalidade ao sistema recursal e a busca de uma solução para o acúmulo de processos na Suprema Corte pátria evidenciam os principais argumentos trazidos pelos ministros da 1ª turma do STF (Supremo Tribunal Federal), em sede de julgamento do HC 109956/PR, contra o instituto do *Habeas Corpus* substitutivo de Recurso Ordinário Constitucional. O presente trabalho propõe um confronto dessas justificativas face às conseqüências técnicas e práticas advindas da respectiva guinada de posicionamento pretoriano, pelo que se verifica que a impropriedade da decisão em comento vai desde a tentativa, teoricamente equivocada, de se tentar atribuir um tratamento recursal a uma ação autônoma de impugnação até embaraços práticos, à medida que retira do cidadão o meio mais célere, acessível e simples para a sua insurgência contra as ilegalidades ao seu direito de liberdade. Ademais, no Estado Democrático de Direito, o indivíduo detém garantias processuais penais que não são passíveis de serem tolhidas, o que faz com que o não conhecimento do *Habeas Corpus* substitutivo de RO pelas cortes superiores reflita numa inequívoca afronta ao Princípio da Dignidade Humana.

Palavras-chave: *Habeas Corpus* substitutivo de Recurso Ordinário. Inadmissão. Dignidade Humana.

RESUMEN

La supuesta intención de imprimir una racionalidad al sistema de recursos y, además, la búsqueda de una solución para la acumulación de casos en la Corte Suprema de nuestro país evidencian los principales argumentos presentados por los ministros de la primera clase del STF (Supremo Tribunal Federal), en el asiento del juicio de HC 109956/PR contra la institución del Habeas Corpus, sustituto al Recurso Constitucional Ordinario. Este trabajo se propone a un enfrentamiento de estas justificativas face a las consecuencias de estas técnicas y, también, a las prácticas derivadas de la mencionada orientación pretoriana, por lo que parece que la incorrección de la decisión objeto de este debate ocurre desde el intento, equivocado, de atribuirse un tratamiento recursal a una acción autónoma de impugnación hasta los apuros prácticos creados a partir de esta situación, ya que se retira del ciudadano el medio más rápido, accesible y sencillo para su insurgencia contra las ilegalidades de su derecho a la libertad. Además, en el Estado de Derecho, el individuo tiene garantías procesales penales que no son pasibles de limitaciones, lo que significa que el no conocimiento del Habeas Corpus sustituto al Recurso Ordinario por tribunales superiores refleja una clara afronta al principio de la dignidad humana.

Palabras clave: Habeas Corpus sustituto al recurso ordinario. Inadmisibilidad. Dignidad Humana.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	06
2	DIGNIDADE HUMANA: DA ESSÊNCIA À SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO BRASIL COMO UM FUNDAMENTO REPUBLICANO.....	08
3	<i>HABEAS CORPUS</i> : ASPECTOS HISTÓRICOS E PROCESSUAIS E SUA ADOÇÃO PELO SISTEMA NORMATIVO-JURÍDICO BRASILEIRO	13
4	DO <i>HABEAS CORPUS</i> SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL.....	20
4.1	A ANÁLISE DO JULGAMENTO DO HC 109956/PR.....	21
4.2	DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À MANUTENÇÃO DO HC SUBSTITUTIVO DE RO.....	24
4.2.1	Dos argumentos para a manutenção do HC substitutivo de RO, sob o plano teórico.....	25
4.2.2	Dos argumentos para a manutenção do HC substitutivo de RO, sob o viés prático.....	28
5	A CONSONÂNCIA DOS ARGUMENTOS QUE DEFENDEM O HC SUBSTITUTIVO DE RO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....	32
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da decisão prolatada no julgamento do *Habeas Corpus* 109.956/PR, em agosto de 2012, a 1ª turma do STF deu ensejo a uma recente guinada jurisprudencial, pelo que passou a inadmitir o *Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional quando tiver havido decisão denegatória em HC previamente impetrado perante corte superior pátria.

Partindo-se da dignidade humana no processo penal enquanto princípio voltado à criação e ampliação de mecanismos de defesa de direitos, o presente trabalho tem por escopo verificar se tal alteração jurisprudencial, ao reduzir as possibilidades de uso do *Habeas Corpus*, seria correta a partir da perspectiva de defesa das garantias processuais da ampla-defesa em juízo, do devido processo legal, da duração razoável do processo, da presunção de inocência e de respeito à integridade física e moral do réu, todas elas insculpidas na CF/88 e colorários do Princípio da Dignidade Humana.

Tendo como rumo tal objetivo, o primeiro capítulo irá ser dedicado ao estudo do marco teórico utilizado como arcabouço para o desenvolvimento deste artigo. Será desenvolvida uma abordagem acerca dos aspectos históricos atinentes à dignidade humana, a incorporação desse valor-princípio aos ordenamentos, a sua constitucionalização como fundamento da República Federativa do Brasil e a sua aplicação à luz do código de processo penal pátrio.

Por conseguinte, proceder-se-á à conceituação do *Habeas Corpus*, com uma breve explanação sobre os seus aspectos históricos, e a sua adoção pela carta magna de 1988.

A partir disso será possível discorrer, especificamente, sobre o instituto do *Habeas Corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional e a decisão havida pela 1ª turma do STF no julgamento do HC 109956/PR, no sentido de sustentar o não conhecimento do writ substitutivo de RO.

Uma vez expostas as principais razões utilizadas pela 1ª turma do STF para justificar o julgamento do HC supracitado, restará possível estabelecer os argumentos teóricos e práticos que indicarão o instituto como um meio de defesa cabível para o combate de ilegalidades contra a liberdade individual de ir e vir.

Por derradeiro, verificar-se-á se a 1ª turma do STF, ao reprimir a admissão de HC substitutivo de RO, por considerá-lo a via inadequada, estará a atuar ou não de maneira temerária face aos direitos individuais, indo de encontro à ordem

constitucional estabelecida, sobretudo no que concerne aos preceitos balizados a partir do Princípio da Dignidade Humana.

Para essa empreitada, releva-se consignar que o tipo de investigação adotada será, preponderantemente, o jurídico-compreensivo, com ênfase aos aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema objeto de estudo.

2 DIGNIDADE HUMANA: DA ESSÊNCIA À SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO UM FUNDAMENTO REPUBLICANO

O desenvolvimento desse estudo, cujo objeto recai na análise da recente decisão da 1ª turma do STF no sentido de inadmitir o HC substitutivo de RO, o que veio a obstaculizar o manejo de um instrumento de defesa individual no âmbito do processo penal, reclama que se proceda à abordagem de uma matéria que tem alcançado, por vezes, o clímax dos estudos tendentes ao incremento e eficácia dos direitos humanos e fundamentais, qual seja, a temática da dignidade humana.

Para tratar da dignidade da pessoa humana e a sua aplicação no seio das garantias penais, faz-se imprescindível tecer considerações desde os seus aspectos históricos até a sua efetiva inserção nos diplomas normativos, sobremaneira no mundo ocidental.

Inicialmente, o Princípio da Dignidade Humana tem origem no cristianismo, no auge da idade média, em um período no qual a Igreja Católica detinha a primazia do poder político e econômico. Naquele tempo, Deus era o centro do universo e a preocupação com o ser humano, e a sua dignidade, passaram a ser examinadas conquanto o Homem era concebido como a imagem e semelhança do Criador (BARROSO, 2010).

Nos idos do século XVIII e com o advento da Revolução Francesa e o Iluminismo, o Homem passou a ocupar o lugar de destaque em sua própria existência, posto que tido como o ser racional, capaz de gerir autonomamente a sua vontade. A Dignidade Humana, nesse diapasão, foi transplantada do plano religioso para o plano Filosófico-Humanista.

Em Kant, compreendeu-se que o ser humano “possui um fim em si mesmo” (1997, p. 68). Sua existência não está, pois, ao alvedrio das forças externas, pelo que o Homem não pode restar como um meio do qual o Estado se utiliza para a consecução de suas finalidades políticas e sociais.

O reconhecimento da dignidade humana sobre esse prisma permitiu ao Homem agir livremente, desde que não violasse a dignidade alheia, e, no plano axiológico, passou a ser vislumbrado como atributo inerente à natureza humana, que diferenciaria as pessoas das coisas, pelo que sua aplicação deveria ser garantida e implementada pelos organismos estatais.

Toda essa arena voltada à problematização da dignidade humana estava, até então, amparada, historicamente, sob uma faceta ideológica.

Só a partir do século XX é que a dignidade humana passou a ser trazida pelos diplomas normativos estatais. As Constituições democráticas do México (1917) e da Alemanha de Weimar (1919) foram as primeiras a versarem expressamente sobre a valorização do ser humano enquanto ser dotado de dignidade (BARROSO, 2010).

Na prática, até o fim da 2ª grande guerra, a ordem jurídica dos estados de direito eram compreendidas consoante o pensamento da escola exegética-positivista, na qual os princípios eram assimilados de maneira restritiva, apenas como fonte de integração do direito: estava-se na era do estrito pensamento legalista, pelo qual o juiz deveria decidir tudo com base apenas e diretamente na lei. Assim, o princípio da dignidade humana, embora positivado, não possuía um papel de realce e, no geral, não era utilizado como fundamento a embasar decisões judiciais: não se podia falar em real efetividade do princípio da dignidade humana.

Foi com o advento do pós-positivismo, pode-se assim dizer, e a reaproximação do direito para com filosofia e a moral, que a dignidade humana, já espalhada nos diplomas normativos ocidentais, assumiu posição de destaque enquanto pilar da ordem jurídica, utilizada como arcabouço para a efetiva defesa dos direitos fundamentais (BARROSO, 2010).

Nessa égide, pois, foram eminentes os pensamentos de Ronald Dworkin (apud SPLICIDO, 2012, p. 89) e Robert Alexy (apud SPLICIDO, 2012, p. 89) sobre o Direito. Isso porque esses autores conseguiram demonstrar que o sistema normativo da exegese, fechado e com pretensão de completude, na verdade, era uma falácia, haja vista que a dimensão da vida humana não se reduziria a um tratamento meramente objetivo, despejado em documentos legislativos.

Christiane Splicido (2012, p. 89), em “A validade do princípio da dignidade da pessoa humana e o pós-positivismo”, traz a importância do pensamento dos autores supracitados:

Em nível mundial, outros pensadores, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, sustentam a mesma linha de raciocínio. Inicia-se, pois, o pós-positivismo jurídico, uma fase que atribuiu maior importância não somente às leis, mas aos princípios do direito. E os princípios, analisados como espécies de normas, tinham, ao contrário das regras, ou leis, um campo maior de abrangência, pois se tratavam de preceitos que deveriam intervir nas demais normas, inferiores, para obter delas o real sentido e alcance, a fim de garantir os direitos sociais do homem. No pós-positivismo, os princípios jurídicos deixam de possuir apenas a função integratória do direito, conquistando o *status* de normas jurídicas vinculantes.

Sinteticamente, há que se dizer que os princípios passaram a ser vistos com efetiva força normativa dentro das constituições e que, nessa perspectiva, serviriam como norte para o agir estatal, traduzindo-se em verdadeiros mandamentos de otimização.

A laicização do conceito de dignidade humana, desvinculando-a dos aspectos religiosos, o que culminou com o seu balizamento, foi essencial também para a universalização da temática, introduzida na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948 e em demais tratados e diplomas internacionais.

Foi com esse percurso que a dignidade humana ganhou um efetivo status jurídico-constitucional, pelo que no Brasil ela é tida como um dos fundamentos da República, expressada no art 1º, inciso III, da Carta Maior de 1988, *in verbis*: “Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana;” (BRASIL, 2013c).

Nota-se, portanto, que ela pode ser enxergada sob um plano axiológico, em que todo o ser é dotado de valores próprios, os quais os Estados devem garantir a sua salvaguarda e o respeito a essa personalidade, e sob uma faceta normativa, de modo a se apresentar como um referencial constitucional, como elemento unificador de direitos fundamentais, com esses não se confundindo, mas se interligando:

Como valor, entretanto, o conceito de “dignidade da pessoa humana” não é preciso, nem definitivo. Há consenso acerca de um conteúdo mínimo, o de que a dignidade da pessoa humana decorre da autodeterminação consciente e responsável da própria vida e da pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. Fala-se, ainda, que direito personalíssimos, como o da intimidade, honra, imagem, dentre outros, seriam consequência imediata desse instituto. Modernamente, admite-se que o princípio da dignidade da pessoa humana também (e especialmente) consiste numa “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”, que os intensifica ao situar o Homem como sujeito de direitos e não objeto das relações de poder (PIMENTEL, 2010, p. 61).

Ora, pois, se a dignidade humana enquanto valor exige do Estado uma limitação ao seu poder de atuação, no sentido de que o ser humano é livre e capaz para se determinar de acordo com os seus valores morais, a compreensão normativa do princípio da dignidade humana coaduna com a perspectiva de um Estado garantista, capaz de atender aos anseios das classes sociais mediante um complexo de normas e condutas que atendam aos demais princípios elencados no direito positivado. Ademais, a dignidade não se resume num complexo de normas abstratas. Ela só é perfeita,

enquanto fundamento republicano, no momento em que passa a ser concretizada pelos poderes estatais.

E, ao adentrar-se a seara penal e processual penal, verifica-se que o super-princípio da dignidade humana não é absoluto, já que serve de modo a balizar a ponderação de subprincípios, dele decorrentes, e porventura colidentes.

De fato, se todos os seres são dotados do valor-dignidade, esse absoluto, a aplicação do princípio da dignidade humana por vezes demandará em sua relativização, para que, numa sociedade pluralista, a dignidade de uma classe coexista com a dignidade da outra classe social, econômica ou política.

Assim, no exercício da persecução penal, o princípio da dignidade da pessoa humana requer que o Estado seja eficiente ao reprimir as condutas penalmente tipificadas sem que, para isso, deixe de sufragar as garantias individuais do cidadão acusado do ilícito. Vale dizer, o Estado deverá incrementar o aparato da segurança pública de um lado, com vistas à promoção da ordem e pacificação social e, na via diametralmente oposta, propiciar ao réu do processo penal os mais diversos meios de defesa.

Nessa perspectiva, Pimentel leciona que:

Uma vez violado o estatuto repressivo, entretanto, o Estado deve responder à infração, não para afirmar a própria autoridade, mas para assegurar o direito público subjetivo à convivência pacífica dos membros de sua comunidade. E o dever de proteção repousa, pois, na proteção penal da dignidade humana globalmente considerada.

Se assim é, não há como renunciar a um processo penal cuja forma e ritos propiciem a adequada apuração do delito, a identificação de seu autor e a aferição de sua culpabilidade, visando à aplicação da pena. **Isso há de ser concretizado, contudo, de modo a preservar a dignidade da pessoa humana individualmente considerada, o que se faz, no processo penal moderno, pela concessão ao imputado de instrumentos eficazes para se opor à pretensão punitiva eventualmente injusta.** (2010, p. 63, grifo nosso).

Logo, imperioso que se reconheça que o princípio da dignidade humana, fundamento deste Estado Democrático e de Direito, não restará satisfeito na seara processual penal enquanto o ente estatal não permitir que o réu integre um verdadeiro devido processo legal, com direito à ampla-defesa, a um processo cuja duração seja razoável, sendo-lhe garantida a presunção de sua inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória criminal e respeitada sua integridade física e moral. (Art. 5º, incisos LIV, LV, LXXVIII, LVII e XLIX da CF 1988).

Atento a essa dimensão da dignidade humana, vista como um reflexo de uma interpretação constitucional e garantista dada ao ditatorial código de processo penal

brasileiro de 1941, é preciso verificar se essa decisão do STF, que comanda para a inadmissão do HC substitutivo de ROC, não seria um embaraço ao exercício de ampla-defesa do réu processado ou em vias de ser processado, ilegalmente, no âmbito da justiça criminal.

3 HABEAS CORPUS: ASPECTOS HISTÓRICOS E PROCESSUAIS E SUA ADOÇÃO PELO SISTEMA NORMATIVO-JURÍDICO BRASILEIRO

Derivado do instituto do “*interdictum de homine libero exhibendo*”, que na Roma antiga permitia ao pretor analisar a legalidade das prisões dos cidadãos romanos, os primeiros princípios e fundamentos do *habeas corpus* foram cunhados com Magna Carta Inglesa de 1215, outorgada pelo então rei João Sem Terra (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011).

Inicialmente, segundo Pinto Ferreira (1988), sua incidência inclinava-se à asseguaração dos direitos dos barões, o que privilegiava a defesa da liberdade de uma específica casta socioeconômica: o *habeas corpus* servia para questionar a prisão de um nobre, mas não poderia ser impetrado para vindicar a ilicitude da prisão de um escravo.

Dada essa limitação, considera-se que o *habeas corpus* passou a existir, essencialmente, a partir do advento da “Petition of Rights”, editada pelo rei inglês Carlos II, que culminou com o *Habeas Corpus Act* de 1679 (OLIVEIRA, 2005).

Nesse ínterim, Grinover; Gomes Filho e Fernandes (2011) assentam que a eficácia da proteção à liberdade deveu-se, muito, à inserção de sanções pecuniárias àqueles agentes estatais que, quando requisitados, não cumpriam as funções de apresentar o preso ao juízo ou daqueles que não prestavam as informações perquiridas pela autoridade judicial. O próprio membro judiciário, há que se frisar, poderia incorrer em multa caso se negasse à concessão da ordem de liberdade.

Em 1816, com o Novo *Habeas Corpus Act*, o instituto foi aperfeiçoado para proteger, de forma rápida, a liberdade individual diante de detenções levadas a efeito também pelos particulares. A jurisprudência, por sua vez, alargou a interpretação da garantia, o seu campo de incidência foi ampliado e o *writ* passou a ser utilizado como meio de correção de atos judiciais eivados com vícios processuais, tal qual o vício de incompetência do juízo.

De origem inglesa, como foi apurado, o remédio constitucional foi transportado para as colônias inglesas na América do Norte, tendo sido incorporado no ordenamento dos Estados Unidos através do Artigo 1º, seção 9, da Constituição de 1787.

No Brasil, o instrumento de defesa foi contemplado pela primeira vez no código de processo penal do império, de 1832. (LOPES JR., 2009).

Em sede constitucional, foi introduzido de maneira inédita pela carta republicana de 1891, que em seu artigo 72, §22, plasmou os seguintes dizeres: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 2013a).

Essa ampla redação do artigo acabou por dar ensejo a uma discussão sobre a aplicabilidade do remédio, embate esse que ficou conhecido como “Doutrina brasileira do *habeas corpus*” (TOURINHO FILHO, 2012).

Rui Barbosa entendia que a referida ação constitucional visava tutelar qualquer tipo de liberdade. Todavia, a interpretação que prevaleceu no ordenamento jurídico à época foi a de Pedro Lessa e de Pontes de Miranda, que defendiam que o *habeas corpus* era o remédio que tutelaria não só qualquer violência ao direito de ir e vir, mas todos os demais decorrentes dessa garantia.

Há relatos na doutrina de que:

Na verdade, três posições se firmaram com o advento da Constituição republicana: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que a garantia deveria ser aplicada em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o *habeas corpus*, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção; e, finalmente, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do *habeas corpus* não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também as situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito. Assim, exemplificava Pedro Lessa: quando se ofende a liberdade religiosa, obstando que alguém penetre no templo, tem cabimento o *habeas corpus*, pois foi embaraçando a liberdade de locomoção que se feriu a liberdade religiosa; quando se ofende a liberdade religiosa, porque se arrasam as igrejas, ou se destroem os objetos do culto, não é possível requerer o remédio, porque aí não está em jogo a liberdade de locomoção das pessoas (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 271).

Somente a partir de 1926 é que o *habeas corpus* teve seu âmbito de proteção reduzido, voltando-se, exclusivamente, à defesa da liberdade de ir e vir e ficar (FERREIRA, 1988).

Poderia imaginar-se, nesse sentido, que o legislador operou mal, posto que, exceto a liberdade, os outros direitos individuais líquidos, certos e fundamentais

restariam desamparados pelo Estado. Ocorre que a CF de 1934 consolidou o mecanismo do Mandado de Segurança, que, atualmente objetivado no ordenamento jurídico pátrio, no Art 5º, LXIX, da CF de 1988, prevê que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *"habeas-corporus"* ou *"habeas-data"*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;” (BRASIL, 2013c).

Desde então, voltado tão e somente à proteção da liberdade de ir e vir, o *habeas corpus* passou a estar contido em todas as demais constituições brasileiras. A saber-se: a própria CF de 1934, art. 113, nº 23; CF de 1937, art. 122, nº 16; CF de 1946, art. 141, § 23; CF 1967/1969, art. 150, § 20 e, também, na atual CF de 1988, Art. 5º, LXVIII

Impende salientar que, apenas durante o regime militar, a garantia foi retirada, ilegalmente, pelo AI-5, que dispunha: “Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular” (FERREIRA, 1988, p. 10).

Por sua eminência, o remédio heroico, disciplinado no código de processo penal dos artigos. 647 a 667, sempre foi amplamente aceito nos tribunais pátrios, o que denota efetivo o caráter de Estado Democrático e de Direito no Brasil.

De caráter penal, a garantia processual do *habeas corpus* (HC) é de fundamental importância à guarida do direito líquido e certo de liberdade de ir e vir.

Atualmente, o *habeas corpus* é classificado em duas espécies: a) Repressivo ou liberatório, na hipótese de já ter sido consumado o constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, no qual a ação irá visar a expedição de alvará de soltura; ou b) preventivo, quando houver fundado receio de que a liberdade individual será ameaçada, ocasião em que se pleiteará o salvo-conduto (AVENA, 2012).

Quanto à natureza jurídica, apesar de no vigente código de processo penal constar do título dos recursos, deve-se clarificar que o remédio constitucional é uma ação autônoma de impugnação, de caráter cognitivo, dos atos atentatórios à liberdade individual, o que denota que sua impetração não depende da prévia existência de um processo judicial. Daí porque se diz que o writ serviria como um instrumento para o “Collateral attack”, sendo uma via, diferente da recursal, apta a confrontar atos judiciais ilegais, inclusive quando já existir sentença criminal transitada em julgado (LOPES JR., 2009).

De fato, com o passar dos anos, a doutrina passou a ver o Habeas Corpus como um remédio jurídico-constitucional, uma ação constitucional e não um recurso. Disso decorre a fundamental importância do remédio heróico, cuja objetivação foi alçada ao plano constitucional (MARQUES, 2002).

O HC, por ser uma ação autônoma de impugnação e não um recurso, poderá ser impetrado mesmo que não tenha havido o recebimento da denúncia ou queixa-crime. Não foi sem propósito, aliás, que o constituinte trouxe no Art 5º, LXXVII, da CF de 1988 que “são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*” (BRASIL, 2013c, grifo nosso).

Com o que se expôs alhures, flagra-se também o caráter de gratuidade do HC, cuja impetração e análise judicial independem do recolhimento de custas processuais.

O “*mandamus*” caracteriza-se por ser ação de procedimento sumaríssimo, célere e simples, instruída com provas pré-constituídas da ilegalidade, posto que o juízo poderá ser capaz de flagrar de plano, sob análise perfunctória e sem dilação probatória, a incontroversa situação de ilegalidade ao “status libertatis” (OLIVEIRA, 2005). Tais assertivas ainda decorrem do disposto no Art. 660, § 2º, do vigente e ultrapassado código de processo penal (BRASIL, 2013d).

Todos esses matizes do *HC* traduzem-no como um meio de efetivação do direito fundamental de liberdade de locomoção.

Essa simplicidade de manejo do *habeas corpus*, entendida no sentido de propiciar mais rapidamente o deslinde da questão atentatória à liberdade individual, aliás, estará projetada ao longo do estudo a ser desenvolvido como um argumento apto a defender o mecanismo do *habeas corpus substitutivo de RO*.

E, no intuito de demonstrar a viabilidade da impetração do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, instituto ao qual posteriormente se discorrerá, é imprescindível que alguns aspectos processuais atinentes ao *Habeas Corpus* sejam trazidos à baila.

Convém, pois, proceder-se à análise das condições dessa ação autônoma de impugnação, que deverão ser satisfeitas para que seja ela admitida, processada e julgada: é necessária uma apreensão, pois, acerca da legitimidade para a impetração *writ*, a possibilidade jurídica e a necessidade-adequação que ensejam na correta utilização do instrumento processual para a garantia da liberdade de ir e vir.

Nesse passo, e no que concerne à legitimidade, o Art. 654 do CPP dispõe que: “ *o habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público*” (BRASIL, 2013d). Depreende-se que a legitimidade ativa para tal ação autônoma de impugnação é ampla, podendo ser o impetrante (aquele quem ingressa com o HC) uma pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira. Ou seja, não há aqui que se falar em capacidade postulatória restrita aos advogados, que precisam ser aprovados em exame da Ordem dos Advogados do Brasil e necessitam do mandato judicial para estarem em juízo na defesa de interesses alheios.

Dada a relevância que se é atribuída ao direito de liberdade de ir e vir, a normativa interna dos tribunais entende que o impetrante poderá propor a ação de *habeas corpus* ainda que inexista o prévio consentimento do beneficiário do “*mandamus*”, vale dizer, do paciente do HC. Ademais, o artigo 192, § 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal pontua que só “Não se conhecerá de pedido desautorizado pelo paciente” (BRASIL, 2013j). Logo, se isso vier a acontecer, estar-se-á diante da carência de ação e o processo será extinto sem a análise do mérito.

No que pertine ao sujeito coator, por mais que parte da doutrina entenda que o ato ilegal de constrição da liberdade oriundo de particular deva ser solucionado pela via policial e não judicial, haja vista que o particular estaria a praticar um dos crimes contra a liberdade individual, capitulados no código penal brasileiro, a jurisprudência tem aceitado a impetração do HC que vise a fulminar ato ilegal levado a efeito pelo cidadão comum (OLIVEIRA, 2005).

Relativamente à possibilidade jurídica, o *habeas corpus* pode ser utilizado para prevenir e reprimir toda espécie de ameaça e de prisão eivadas por ilegalidade ou por abuso de poder, não importa se no processo penal, trabalhista, eleitoral e até mesmo civil. O Art. 142, § 2º, da Magna Carta de 1988, dispõe sobre a única exceção constitucional referente ao manejo do HC, qual seja, a de que “Não caberá “*habeas corpus*” em relação a punições disciplinares militares” (BRASIL, 2013c). Não obstante, Grinover; Gomes Filho e Fernandes (2011) esclarecem que tal prescrição limitativa do HC não é absoluta, o que o torna possível nos casos em que houver ilegalidade no curso da medida disciplinar aplicada, e.g, a incompetência da autoridade coatora ou a inexistência de previsão legal da sanção aplicada.

De se ver que, mesmo diante das sanções disciplinares, o writ só será impossível juridicamente quando se pretender pura e simplesmente rechaçar um juízo

de conveniência/oportunidade da autoridade militar hierarquicamente superior (OLIVEIRA, 2005).

Quanto ao aspecto da necessidade e adequação, insta-se dizer que o HC será necessário enquanto persistir a prisão ilegal ou a ameaça de que ela venha a ocorrer, de modo que a liberdade de locomoção esteja na iminência de ser violada. Portanto, a contrário senso, conforme é o enunciado da súmula nº 695 do STF, “Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade”, vez que o objeto “construção ou ameaça à liberdade de locomoção” restará superado (BRASIL, 2013k).

Nessa mesma feita, é indispensável que o *habeas corpus* seja o instrumento adequado à reprimenda da situação de ameaça ou ilegalidade de prisão. A súmula nº 693 do STF, nesse viés, estabelece que “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” (BRASIL, 2013k).

Acerca de outro aspecto, diga-se de passagem, primordial no contexto do presente projeto monográfico, enfatiza-se que a mera existência de previsão de recurso ordinário no ordenamento jurídico não obsta a adequação do writ:

Por outro lado, não exclui o interesse de agir, pela falta de adequação, a previsão legal de recurso específico para atacar o ato apontado como restritivo ou ameaçador da liberdade do paciente: é que o Habeas Corpus constitui remédio mais ágil para a tutela do indivíduo e, assim, sobrepõe-se a qualquer outra medida, desde que a ilegalidade possa ser evidenciada de plano, sem necessidade de um reexame mais aprofundado de justiça ou injustiça da decisão impugnada (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 279).

Sobre a existência de recurso legal para impugnar a decisão considerada abusiva, Nucci também esclarece que:

Não impede a utilização do *habeas corpus*, tendo em vista que este é, seguramente, meio mais ágil para fazer cessar qualquer construção à liberdade de ir e vir. Não se admite, no entanto, *habeas corpus*, quando envolver exame aprofundado das provas, como ocorre no caso de progressão de regime de réu condenado, por exigir a análise de laudos e colheita de vários pareceres. Nesta última hipótese, somente cabe a impetração do writ, quando a decisão de indeferimento do juiz é considerada teratológica, pois todos os pareceres favoráveis já constam dos autos (2009, p. 1048).

E, ainda mais, o HC “pode ser usado como substitutivo do recurso cabível, ou mesmo ser impetrado cumulativamente a ele” (OLIVEIRA, 2005, p. 697, grifo nosso).

Quanto à competência, que é o limite da jurisdição a que está sujeito o órgão jurisdicional, para o processamento do HC, importa dizer que ela foi tratada pelo legislador constituinte nos artigos 102, inciso I, “d” e “i”, 105, inciso I, “c”, 108, inciso

I, “d”, 109, inciso VII, e 114, inciso IV da atual carta republicana, dos quais se extrai que o duplo grau de jurisdição é aplicável ao HC, que poderá transitar nas três instâncias do judiciário. (FERREIRA, 1988).

Uma breve leitura dos respectivos dispositivos constitucionais (BRASIL, 2013a) também permite estabelecer que a competência originária dos tribunais superiores e do STF será delimitada pela pessoa do paciente e do coator (Art. 102, I, “d” e “i” CF de 1988).

Lado outro, e em acordo com o que preceitua o Art. 650, §1º, CPP, § 1º, “A competência de um dado juízo cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição” (BRASIL, 2013d), o que equivale dizer que o juízo ou tribunal não poderão apreciar ação de *habeas corpus* em casos em que eles próprios sejam tratados como coatores, bem como não poderão também conhecer de HC para ratificar ato sobre o qual ele próprio já tenha decidido pela denegação da ordem em HC proposto anteriormente.

Ademais, há que se compreender que o juízo e tribunal exercem e exaurem a sua jurisdição no momento da análise de um HC, vale ressaltar, uma vez julgado um HC por qualquer das cortes superiores, se o legitimado ativo vier a impetrar novo remédio, com vias de afrontar decisão negativa de concessão de ordem do HC precedente, esse instrumento há que ser levado ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal (NUCCI, 2012).

E isso ocorre porque a decisão que denega ou concede o HC não produzem coisa julgada material, sendo perfeitamente possível a reiteração do HC, pelos mesmos motivos, perante a instância superior, quando houver. Na mesma instância, também poderá ser manejado outro HC, contra a denegação de ordem anterior, mas, se baseada nos mesmos fatos, seu conhecimento dependerá que novas provas da ilegalidade sejam colacionadas aos autos. (NUCCI, 2012).

Por derradeiro, no que tange à sentença concessiva de *habeas corpus*, tem-se que ela é mandamental: “A sentença concessiva de *habeas corpus*, preponderantemente, não declara, nem constitui, nem condena, nem executa - manda.” (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 459).

4 DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

Dos capítulos precedentes, extrai-se que *habeas corpus* é uma ação autônoma de impugnação, de relevo constitucional, voltada a prevenir ou combater ilegalidades, ou abusos de autoridade, perpetrados pelo poder público ou particular face à liberdade do indivíduo.

Dada a eminência do direito ao qual dá-se guarida, qual seja, o da liberdade de ir e vir, o referido remédio constitucional sempre foi amplamente aceito pelos tribunais e pelas cortes superiores pátrias, sendo conveniente alertar que sua incidência raramente não foi interpretada sob um prisma ampliativo, de modo que o escopo do “*writ*” é rechaçar, sem maiores embaraços e formalismos, as ilegalidades e ultrajes cometidos em prejuízo à liberdade individual.

No que concerne ao *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, pois, há que se trazer à tona que sua criação tem origem jurisprudencial. Ademais, a discussão pretoriana acerca do seu cabimento de HC em substituição a eventual recurso cabível já constava do julgamento, pelo STJ, em 1989, dos autos do HC 2/ MG (BRASIL, 2013e), ou seja, não é entendimento recente e tampouco isolado.

No campo doutrinário, Avena define o que seria o instituto e o ratifica enquanto instrumento pensado pela própria jurisprudência:

Jurisprudencialmente, construiu-se a figura do *Habeas Corpus* substitutivo, consistente na faculdade outorgada ao interessado, sendo-lhe negado *habeas corpus* anterior, de optar, em vez do recurso previsto em lei, pela impetração de outro *habeas corpus*, dirigido este a uma instância superior. Considera-se, pois, que a circunstância de um órgão jurisdicional denegar o Writ contra ato considerado pelo impetrante como um constrangimento ilegal contamina-se com essa ilegalidade, fazendo com que o prolator da decisão desfavorável assumira a posição de coator (2012, p. 1275).

No que tange ao recurso ordinário constitucional, por não ser dotado de efeito suspensivo, a interposição de um novo *habeas corpus* perante o STF não representaria qualquer empecilho, afinal, seria a via mais célere: “Não obtido o êxito no STJ, o caminho mais utilizado é a impetração de um novo HC, agora no STF” (LOPES JR., 2009, p. 621).

Acerca da inexistência de efeito suspensivo ao recurso ordinário constitucional, o que de certa forma vem a privilegiar o HC substitutivo de RHC, a jurisprudência já manifestou que:

É cabível, em tese, pedido de *habeas corpus* contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, denegatório de outro HC, competindo, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal processá-lo e julgá-lo (Art. 102, I, “i”, da CF). Não é obstáculo a esse entendimento a possibilidade de interposição de Recurso Ordinário, para o STF, pois sua simples interposição não propicia, de imediato, a tutela ao direito de locomoção.” (HC 73605, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 26/03/1996, DJ de 21/06/1996).

O entendimento pretoriano, portanto, dava-se no sentido de que a decisão do órgão judicial que denegara a ordem de *habeas corpus*, ao não reprimir o abuso estatal e as possíveis ilegalidades havidas em detrimento da liberdade do Réu, acabava por perpetuar uma situação de intransigência ao direito de ir e vir do indivíduo, pelo que essa própria decisão das cortes superiores, ao reiterar a ilegalidade, daria azo a novo *habeas corpus*, na modalidade de HC substitutivo do recurso ordinário, perante o Supremo Tribunal Federal. O Acórdão da decisão que denegara a ordem precedente, pois, serviria como prova da ilegalidade e instruiria o segundo HC, originário no STF, conforme autorização constitucional havida no Art. 102, I, “i” da CF de 1988.

4.1 A ANÁLISE DO JULGAMENTO DO HC 109956/PR

Feitas as considerações acerca do que seria o instituto do HC substitutivo de ROC, como que se deu sua criação e os aspectos de sua aceitação pelos tribunais pátrios, passa-se à análise, em espécie, do julgamento do HC 109956-PR, que é o objeto sobre o qual recai a problemática tratada neste trabalho.

Recentemente, em agosto de 2012, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em sua maioria, acompanhou o voto do relator ministro Marco Aurélio na decisão do HC 109956/PR, que passou a não conhecer o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional.

O relator e os demais ministros, à exceção do ministro Dias Toffoli, que encabeçou o voto de divergência, entenderam que o HC substitutivo de ROC não era a via adequada para a confrontação da decisão anterior do Superior Tribunal de Justiça, no HC 199544/PR, que denegara a ordem perquirida pela defesa.

No caso em comento, o réu, um homem denunciado pela prática de crime de homicídio qualificado, ocorrido na cidade de Castro, no Paraná, pretendia obter a produção de novas provas. Havia feito o pedido de *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR) e, vez que a ordem foi denegada, impetrou-se novo *writ* perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ocasião em que também houve a rejeição do pedido. Contra essa negativa da ordem no âmbito do STJ, ao invés de apresentar o recurso ordinário constitucional (Art. 102, II, “a”, CF 88) junto ao STF, a defesa impetrou o *habeas corpus substitutivo*, que então recebeu o número 109956/PR na Suprema Corte.

O informativo do STF, nº 674 (BRASIL, 2013i), sintetiza esse entendimento da 1ª turma:

É inadmissível impetração de habeas corpus quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do habeas corpus como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do writ – (HC 109956/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 07/08/2012. Grifo nosso).

A questão atinente à imposição de limites à veiculação de HC substitutivo de RO começou a ser debatida na 1ª Turma do STF durante a apresentação de uma questão preliminar no voto do relator Ministro Marco Aurélio no HC 108715/RJ (BRASIL, 2013f).

Naquela ocasião, o HC substitutivo foi impetrado pela defesa de uma mulher denunciada na Justiça do Rio de Janeiro pela prática de descaminho, lavagem de dinheiro e organização criminosa na chamada “Operação Negócio da China”, investigada pela Polícia Federal em 2008.

Mas foi com o julgamento do HC 109956/PR, efetivamente, que a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido de considerar que o HC substitutivo de RO não deveria ser conhecido pela Suprema Corte, por ser a via inadequada para o combate da ordem de denegação de HC emanada anteriormente por uma das cortes superiores.

Uma vez publicada essa guinada de jurisprudência levada a termo pela 1ª turma do STF, seguiu-se um impasse doutrinário e jurisprudencial, uma controvérsia

sobre as conseqüências e sobre eventuais erros e acertos dessa decisão do supremo, o que demanda um estudo detido sobre o referido tema.

Afinal, a suprema corte pátria agiu corretamente ao estabelecer requisitos de admissibilidade ao instrumento constitucional para a defesa da liberdade individual, de modo a se considerar inadequado o *Habeas Corpus* substitutivo do recurso ordinário constitucional? Essa alteração de entendimento apresentaria consonância com os colorários do Princípio da Dignidade Humana, compreendida em sua perspectiva processual-penal?

Para o alcance desse objetivo, é necessário efetuar-se uma análise minuciosa do voto do eminente ministro relator, Min. Marco Aurélio, destacando os argumentos que conduziram à decisão, à maioria na 1ª turma, no sentido de se considerar inadmissível o HC substitutivo.

Nessa feita, segundo o Ministro Marco Aurélio:

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, 2013g).

Com o entendimento esposado na parte supracitada, a 1ª turma, ao concordar com o voto do relator, procurou imprimir uma racionalidade recursal à ação autônoma de impugnação (*habeas corpus*). Entenderam os ministros que não se deveria banalizar o uso do “*writ*” junto às cortes superiores, pois o recurso adequado seria o recurso ordinário.

Para eles, ratifica-se, existe um recurso ordinário hábil a confrontar a decisão impugnada, o que torna inadequada a via do “*mandamus*”. Ademais, asseverou-se que a constituição Federal de 1988 não houve por trazer o instituto do HC substitutivo de RO em seu Art. 5º, inciso LXVIII.

Nesse mesmo voto, o douto ministro relator lembrou ainda que o HC substitutivo de RO era amplamente aceito em épocas em que as cortes superiores não estavam com acúmulo de processos pendentes de julgamento e que, como o direito é um corpo orgânico, a decisão de não receber o HC substituto de RO resolveria um problema de ordem prática, pois os gabinetes dos ministros do STJ e do STF estão superlotados e grande parte da demanda é formada por HC’s, que, ao entendimento dele, são muitas

vezes utilizados como verdadeiros artifícios processuais em detrimento dos recursos ordinários. Nesse aspecto:

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada – praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição –, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial (BRASIL, 2013g).

De se concluir, quanto aos argumentos tendentes a não aceitar os HC's substitutivos de RO's, que eles estão pautados em uma preocupação que, por um lado é legalista, no sentido de que os ministros verificaram não haver expressa previsão constitucional do referido instituto, pelo que sua aceitação, no entender deles, geraria um enfraquecimento do sistema recursal refletido na CF de 1988 e, por outra esteira, revela-se utilitarista, expressando-se numa verdadeira jurisprudência defensiva, na medida em que entendem que a hermenêutica do direito deve ser trabalhada de modo a resolver um problema que permeia a estrutura judiciária, qual seja, o de acúmulo de processos nos gabinetes, que retardariam e inviabilizariam o efetivo exercício jurisdicional.

4.2 DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À MANUTENÇÃO DO HC SUBSTITUTIVO DE RO

Por mais que os argumentos em desfavor da admissibilidade do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário detenham lastro cognitivo e jurídico-filosófico, torna-se de fundamental importância traçar os motivos, teóricos e práticos, pelos quais tal guinada jurisprudencial apresenta-se equivocada e confrontante com o princípio da dignidade humana e com a efetivação do direito fundamental de liberdade de ir e vir.

A análise do julgamento do HC 109956/PR permitiu, de fato, a identificação de impropriedades que vão desde uma incorreta aplicação da teoria do direito processual penal, em relação à natureza jurídica do *habeas corpus* e o seu procedimento, passando-se pelo seu tratamento constitucional, até um sensível desconhecimento das questões práticas decorrentes dos efeitos dessa decisão,

notadamente em relação à política prisional e à própria logística dos processos nos tribunais.

Desta feita, estrategicamente, a abordagem dos argumentos favoráveis à manutenção do instituto do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário será subdivida, apresentando-se primeiramente as razões teóricas para depois enumerar os fundamentos práticos que confrontarão a decisão proferida pela 1ª turma do STF em agosto de 2012.

4.2.1 Dos argumentos para a manutenção do HC substitutivo de RO, sob o plano teórico:

No plano teórico, ressalvada a máxima vênia, a decisão da 1ª turma, no curso do HC 109956/PR, é juridicamente reparável no instante em que os ministros deram um tratamento recursal ao HC, que é uma ação autônoma de impugnação cujos requisitos, obviamente, não se confundem com os da admissibilidade recursal. Nesse percurso, Grinover; Gomes Filho e Fernandes (2011) doutrinam que, como ação autônoma que é, o HC tem cabimento desde que presente ameaça ou efetiva ilegalidade face à liberdade de ir e vir. A mera posituação de um recurso cabível não pode ser tida como óbice para a impetração do remédio heróico.

É insustentável, realmente, que uma ação constitucional seja rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal em razão da existência de previsão do recurso ordinário constitucional, em verdadeira analogia ao critério de subsidiariedade dispensado ao Mandado de Segurança, que significa que ele somente será cabível quando o direito líquido e certo em questão não for tutelado por outro remédio judicial. Ora, é preciso salientar que o Mandado de Segurança possui natureza civil, ainda quando seja impetrado contra ato do juízo criminal, e que sua normativa e entendimento jurisprudencial não devem ser confundidos com o tratamento que deve ser dado ao *habeas corpus*.

O Habeas Corpus, enquanto ação constitucional para a defesa da liberdade de ir e vir, por isso de índole eminentemente processual penal, há de receber um tratamento diferenciado, pois o que se está em jogo nele é um dos bens imateriais mais caros ao indivíduo! Os ministros, entretanto, no afã de diminuir o volume de *habeas corpus* impetrados perante as cortes superiores, acabam por transpor, irrefletidamente e

de maneira equivocada, a lógica do processo civil para as categorias jurídicas que são próprias do direito processual penal (LOPES JR., 2009)¹.

Ainda sob o caráter ideológico, a importância que o Estado Democrático de Direito dá à liberdade de ir e vir do sujeito de direitos é de tal relevo que o § 2º do Art. 654 do CPP autoriza a concessão do HC de ofício por juiz ou tribunal, nos seguintes termos: “—§ 2o Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.” (BRASIL, 2013d). Vale dizer, o poder judiciário tem o dever de, uma vez patente a ilegalidade, expedir ordem para rechaçá-la, seja por meio de salvo-conduto ou de alvará de soltura, ainda que inexista *habeas corpus* impetrado.

Nesse viés, é controversa a interpretação restritiva trazida pela 1ª turma do STF, haja vista que ela dificultará a impetração de um remédio constitucional cuja valia é de importância tal que pode ser concedido até mesmo “*ex officio*”. Inclusive, o ministro Dias Toffoli ressaltou esse aspecto, quando expressou-se em seu voto de divergência no julgamento do HC 109956/PR:

Peço vênia à douta maioria formada para me alinhar à jurisprudência da Corte, tanto da Primeira Turma, até o dia de hoje, quanto da Segunda Turma, entendendo viável e cabível a via do *habeas corpus*. Desde o Código Processual Penal do Império, é previsto que, sempre que um juiz, ou tribunal, se depare com uma ilegalidade, ele deve conceder a ordem, mesmo que de ofício, se for o caso de constrição à liberdade de ir e vir do cidadão. Não vejo como colocar peias à viabilização do acesso do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário (BRASIL, 2013g, grifo nosso).

Outro argumento jurídico-teórico que coloca em xeque essa mudança de entendimento havida no âmbito da 1ª turma da suprema corte, naquela decisão conformada pelo relator ministro Marco Aurélio e pelos ministros Luiz Fux, Carmén Lúcia, Rosa Weber e pelo próprio Dias Toffoli, remonta ao odioso ato institucional nº 6, que na égide do autoritarismo militar, alterou a constituição federal de 1967, em seu Art. 114, II, “a”, para vedar, expressamente, a impetração de *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário.

Naquela ocasião, dispunha o Art. 114, II, “a”, da CF 1967:

Art. 114 – Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...) II- julgar, em recurso ordinário:

¹ Assevera o autor, nessa perspectiva, “que pensam tudo desde o lugar do processo civil, com um olhar viciado, que conduz a um engessamento do processo penal nas estruturas de processo civil”. (LOPES JR., 2009, p. 83).

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* (BRASIL, 2013b, grifo nosso).

Primeiramente, há que se pontuar que essa disposição limitativa do HC substitutivo de recurso ordinário constitucional foi suprimida da atual carta constitucional, até porque o modelo autoritário, decorrente da ditadura militar antes vivenciada no Brasil, cedeu lugar ao estabelecimento de um Estado que não só é de direito: é democrático.

Depois, é preciso ter discernimento jurídico para compreender que, quando o legislador constitucional quis vedar que o HC fosse impetrado como sucedâneo de recurso ordinário, ele o fez expressamente.

Assim, Castelo Branco (2012), em artigo denominado “lastimável retrocesso”, observa que o legislador constituinte originário suprimiu a vedação anteriormente expressada na constituição de 1967.

Portanto, é preciso notar que houve uma intenção, por parte do poder constituinte, de não se repetir na CF de 1988 essa vedação, o que significa não haver mais essa restrição ao cabimento do HC substitutivo de RO na vigência da atual constituição de 1988.

Ainda, seria um retrocesso permitir-se que a jurisprudência da Suprema Corte impusesse empecilhos a um instrumento constitucional tão nobre (CASTELO BRANCO, 2012).

Outra questão a ser contemplada é que se a limitação à admissibilidade do HC sempre foi expressa na CF, a restrição do remédio deveria ser formulada pela via do poder legislativo, através emenda a alterar, expressamente, o texto constitucional.

Daí porque o entendimento jurisprudencial, no sentido de não admitir o HC substitutivo, carece também de legitimidade democrática, vez que os juízes não são, a caráter, representantes do povo, como o são os membros do congresso nacional. E, mesmo estando-se sob a égide do pós-positivismo, a atuação comissiva do judiciário, nesse padrão, estará proscribida, posto que de encontro com o Princípio da Dignidade Humana.

4.2.2 Dos argumentos para a manutenção do HC substitutivo de RO, sob o viés prático

Sob um matiz prático, deve-se salientar que a impetração do HC substitutivo de RO é a maneira mais célere e simples de se enfrentar a permanência de uma ilegalidade: é que, uma vez denegada a ação de *habeas corpus* no tribunal inferior, a interposição de recurso ordinário demanda que o respectivo acórdão impugnado tenha sido lavrado e publicado. Ademais, antes de ser remetido à corte superior, o Ministério Público deverá ter a oportunidade de ofertar contrarrazões aos fundamentos do recurso ajuizado, o que demanda razoável lapso temporal, sobretudo se se imaginar um indivíduo preso, ao relento desse pernicioso entrave gerado pelo procedimento penal.

Pela celeridade e simplicidade de rito é que o HC substitutivo de RO não pode ser extirpado no âmbito Supremo Tribunal Federal. Inclusive, realça Ferreira, são esses aspectos que diferenciam o HC dos demais procedimentos processuais para a defesa da liberdade:

é a prontidão e celeridade com que ele restitui a liberdade àquele que é vítima de prisão ou constrangimento ilegal. A violação da liberdade pessoal, ou, como outros a denominam, da liberdade física (jus manendi, eundi ultrocitroque), causa danos e sofrimento que não admitem reparação condigna. Daí a necessidade de fazer cessar prontamente a ofensa a direito tão sagrado. (1989, p. 7, grifo nosso).

Insta-se sobrepujar, uma vez mais, o fato de que a ação de HC é gratuita e sua admissibilidade não está adstrita ao prazo para interposição recursal, pelo que lhe é inaplicável o instituto da preclusão. Frisa-se, ainda, que a capacidade postulatória para o HC é ampla e permite que qualquer jurisdicionado possa impetrá-lo, de modo a permitir, diante de uma ameaça ou efetiva ilegalidade à liberdade de ir e vir, amplo e efetivo acesso à justiça (Art 5º, XXXV CF/88).

Ainda no que toca à questão prática, os ministros componentes da 1ª turma do STF, à exceção do ministro Dias Toffoli, que votou de forma divergente, não irão, ao que parece, obter o efeito pretendido pelos votos no julgamento do HC 109956/PR, qual seja, a redução do número de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrados junto à suprema corte. É que agora, *e.g.*, uma vez denegada a ordem em *habeas corpus* impetrado perante o STJ, e até que seja possível o ajuizamento do recurso ordinário constitucional, os advogados continuarão a entrar com os HC's substitutivos e, ainda mais, irão valer-se de medidas cautelares que visarão à defesa da

liberdade de seus clientes. A sobrecarga das cortes superiores, e do próprio Supremo Tribunal Federal, se se vigorar o entendimento esposado pela 1ª Turma do STF no julgamento do HC 109956/PR, só tende a aumentar, o que, aí sim, descambará em uma situação de extrema morosidade e ineficácia das decisões proclamadas pelo poder judiciário.

Vale dizer, o STF não só não deixará de ter os HC's substitutivos lá impetrados como também sofrerá com uma enxurrada de medidas cautelares, que serão aviadas previamente aos recursos ordinários constitucionais. Ademais, o *habeas corpus* “pode ser usado como substitutivo do recurso cabível, ou mesmo ser impetrado cumulativamente a ele” (OLIVEIRA, 2005, p. 697).

Outro argumento primordial ao desenvolvimento deste trabalho pode ser compreendido a partir da reflexão trazida por Elizabeth Queijo quando ela, em artigo intitulado “Habeas Corpus: a inconstitucionalidade da reforma pretendida”, teceu críticas ao Projeto de Lei nº 156/2009 (Reforma do Código de Processo Penal), notadamente quanto à alteração da redação que se pretendia dar ao art. 636, no sentido de se restringir o HC para as hipóteses em que houvesse prisão ilegal.

Naquela ocasião, o legislador previa ser cabível um agravo com efeito suspensivo contra as decisões que porventura contivessem ilegalidades que não consubstanciassem em uma prisão.

Na defesa da ampla admissão do instrumento de defesa da liberdade, ponderou-se:

Fato é que a legislação penal no ordenamento brasileiro só fez crescer e recrudescer, em muitos aspectos, nas últimas décadas. Em acréscimo, cada vez mais, aparelha-se o Ministério Público e os órgãos de polícia judiciária com novos mecanismos de ação. Consequentemente, o número de inquéritos e de ações penais, muitas delas precedidas ou acompanhadas de medidas restritivas de direitos fundamentais, cresceu vertiginosamente. Natural, pois, que nesse contexto, o número de impetrações de *habeas corpus* para apontar ilegalidades ocorridas na persecução penal também aumentasse. Entretanto, a estrutura do Poder Judiciário não acompanhou esse incremento de demanda. E aqui não se trata apenas de meios matérías (informatização, etc.), mas de meios humanos (número de funcionários, número de magistrados, etc.) (QUEIJO, 2011, p. 122, grifo nosso).

Disso exprime-se que a 1ª turma do STF, ao proibir a admissão do HC substitutivo de RO, com a intenção de reprimir o acúmulo de processo nas cortes, agiu de modo escorrito e em afronta ao direito de liberdade e ao *status dignitatis*. A

resolução para o problema da sobrecarga de processo nos tribunais pátrios deve-se dar, dentre outras formas, por meio do incremento de técnicas e de pessoal que contribuam com a sistemática do procedimento processual penal, e não com o tolhimento de uma garantia de liberdade individual.¹

Do contrário, os cidadãos serão vítimas do próprio Estado, que não só não investe de forma consistente na composição e estrutura do judiciário como ainda utiliza-se do poder para tentar resolver suas pendengas, tudo isso às custas dos jurisdicionados. A decisão no âmbito do HC 109956/PR, pois, desprestigia a envergadura do poder judiciário, refletindo um amesquinçamento institucional materializado em verdadeira jurisprudência defensiva.

A guinada jurisprudencial sobre a qual se debruça, obtida por meio do julgamento no STF do HC 109956/PR, é tão desarrazoada que a própria suprema corte começou a flexibilizar tal decisão de inadmitir-se o HC substitutivo.

O mesmo ministro Marco Aurélio, na ocasião do julgamento do HC 110328/RS, em 21 de maio de 2013, decidiu retratar-se, em parte, da decisão proferida no julgamento do HC 109956/PR, pelo que recebeu o HC substitutivo para confirmar liminar que mandava soltar um militar acusado de roubo. Na oportunidade, a ordem havia sido anteriormente denegada em HC impetrado perante o Superior Tribunal Militar (STM).

Marco Aurélio exclamou que o HC substitutivo de RO só haverá de ser admitido quando a liberdade estiver sendo diretamente ameaçada, seja por constar expedição de mandado de prisão contra o réu ou nos casos em que a restrição à liberdade já houver se consubstanciado, o que demonstra uma mitigação moderada em relação ao julgado em agosto de 2012:

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 (BRASIL, 2013h).

O ministro ponderou, em plenária, que esse seu novo posicionamento atende a uma gama de apelos que partiram comunidade acadêmica após a decisão no

¹ Alberto Zacharias Toron (2012), em “A Racionalidade do Sistema Recursal o e *Habeas Corpus Habeas*” enfatiza que: “O Habeas Corpus, entre nós, tem sido historicamente o grande instrumento que resguarda o cidadão de abusos praticados por agentes do sistema penal, de policiais a juízes, passando por membros do Ministério Público e até agentes do sistema penitenciário”.

HC 109956/PR e, que nesse tom, homenageia a essência da garantia do remédio heróico:

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 (BRASIL, 2013h).

Convém ainda trazer à tona que, na sessão do dia 21 de junho de 2013, os demais ministros da 1ª turma do STF, quais sejam, Luiz Fux, Rosa Weber e Dias Toffoli também se manifestaram no sentido de se alinhar à perspectiva do ministro relator Marco Aurélio, de se flexibilizar a inadmissibilidade linear do HC substitutivo de RO. Ao final, o ministro Fux pediu vista dos autos para verificar qual tem sido o entendimento da 2ª turma para os casos análogos a esse.

Com isso, ainda que a retratação não tenha sido por completa, é preciso destacar o tempo o qual ela demorou para advir: entre o julgamento do HC 109956/PR e essa decisão do HC 100328/RS passaram-se apenas 9 meses.

O voto, no sentido de se flexibilizar a inadmissão linear do habeas corpus substitutivo, revela que, na prática, há uma instabilidade na jurisprudência da 1ª turma do STF no que concerne à temática do HC substitutivo de RO e isso demonstra que nem os próprios ministros estão convictos quanto a melhor decisão a ser tomada. E, nesse cenário de incertezas, o ideal é que o acesso à justiça por meio do HC como substituto do RO não seja uma exceção.

5 A CONSONÂNCIA DOS ARGUMENTOS QUE DEFENDEM O HC SUBSTITUTIVO DE RO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Do capítulo anterior, restaram descritos os principais argumentos que fundamentaram a decisão oriunda da 1ª turma do STF no julgamento do HC 109956/PR, bem como foram traçados os pontos teóricos e práticos que contestam essa inadmissibilidade do habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional perante àquela turma.

Nessa senda, partindo-se do princípio da dignidade da pessoa humana como marco teórico, é necessário que se demonstre em que medida os argumentos defensivos do HC substitutivo de RO são com ele compatíveis na defesa da efetivação de direitos fundamentais.

Notáveis juristas pátrios entendem que a dignidade humana é compreendida a partir de um jungir de dois elementos essenciais, quais sejam, a liberdade e a igualdade:

(...) liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas--inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades (MENDES; COELHO, BRANCO, 2009, p. 402).

Essa idéia de dignidade humana, como fora declinada, decorre da compreensão de que os valores do indivíduo são preexistentes à concepção do Estado. Assim, antes de o cidadão ter deveres para com o Estado, esse ente deve pautar-se no zelo pela dignidade dos cidadãos, para que eles possam determinar-se conforme as suas vontades.

Na efetivação desse valor da dignidade humana, o poder judiciário possui uma vinculação, qual seja, a efetivação dos direitos fundamentais para a consecução do princípio normativo da dignidade humana, insculpido no Art1º, III CF/88:

Cabe ao judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (Art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência de sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos

fundamentais proclamados pelo constituinte. [...] Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais (MENDES; COELHO, BRANCO, 2009, p. 284).

No seio da persecução criminal, como não poderia ser diferente, o Estado erige-se como ente responsável não só por prover a salvaguarda dos direitos fundamentais, mas por solucionar uma colisão de liberdades: ele tem o dever de promover a segurança social da coletividade e, simultaneamente, garantir os direitos fundamentais do sujeito processado penalmente.

Dessas garantias fundamentais do réu, enquanto pretensões vislumbradas a partir do valor da dignidade humana, sobremaneira no âmbito do processo penal, decorrem a exigência de um devido processo legal, como informa a magna carta de 1988 em seu Art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 2013c).

A dignidade humana enquanto fundamento republicano, e sob a égide do garantismo penal, não pode ser contemplada se dissociada dos seus colorários, dentre eles: a garantia da presunção de inocência (Art. 5º, LVII); a duração razoável do processo e a ampla-defesa em juízo (Art. 5º, LXXVIII); o respeito à integridade física e moral do réu preso (Art 5º, XLIX) e o entendimento de que a prisão cautelar, prévia ao trânsito em julgado de decisão condenatória, é medida excepcional no curso do processo penal (Art. 5º LXI).

Por isso, ao não conhecer o HC substitutivo de RO, por considerar-se que a via recursal ficaria enfraquecida, a 1ª turma do STF agiu de encontro com o princípio da dignidade humana. A suprema corte, ademais, não conferiu máxima eficácia ao direito fundamental de liberdade, na medida em que retirou um meio de defesa, um remédio constitucional que tem sua história delineada a partir das conquistas das liberdades individuais e da valorização do Homem como um fim em si mesmo, cenário em que adveio o pensamento em que o Estado estaria adstrito ao direito e à ordem democrática.

Ao não permitirem a impetração de HC contra ordem denegatória anterior proferida por tribunal superior, os ministros retiraram um meio simples, acessível e célere de defesa dos cidadãos. Nenhum outro mecanismo eficaz foi estabelecido para que o jurisdicionado pudesse perquirir ao judiciário contra as ilegalidades havidas no curso do processo.

Não resta dúvida que a 1ª turma do STF muito bem argumentou e, muito sabiamente, persuadiu alguns juristas no sentido de que era necessário restringir o HC substitutivo de RO para racionalizar o sistema recursal e permitir o exercício do poder jurisdicional.

Mas essa decisão, que limita o manejo do HC substitutivo de RO não é proporcional. Não há óbice ao entendimento de que a procura por uma solução para o acúmulo de processos nas cortes superiores seja uma medida adequada ao exercício jurisdicional. Ocorre que a imposição de restrição ao mecanismo de defesa do HC substitutivo não é necessária. E não é necessária porque não é o meio menos gravoso, face aos indivíduos processados, de se obter a finalidade pretendida e porque, também, pode-se revelar como uma tática com efeitos colaterais perniciosos, vale dizer, capaz de gerar uma sobrecarga de processos ainda maior junto às cortes superiores pátrias.

De se dizer que o problema da superlotação de HC substitutivo nos gabinetes poderia ser resolvido através investimentos na estrutura do poder judiciário, com o acréscimo de tecnologias e de pessoal ou, e o que é mais barato e racional, com uma reestruturação do aparato de repressão criminal, que deveria se pautar-se num procedimento processual penal criterioso e garantista, em respeito à normativa processual e às diretrizes constitucionais.

Nesse sentido:

Outras soluções têm que ser construídas para a superação da sobrecarga enfrentada por nossos Tribunais, não só fornecendo-lhes a estrutura adequada, mas inclusive por outros meios que não importem aumento de gastos públicos, v.g. adotando um efetivo exame de admissibilidade da denúncia/ queixa subsidiária, precedido de resposta à acusação, minimizando, assim, o número de persecuções penais sem justa causa; operando-se as modificações regimentais nos Tribunais, etc (QUEIJO, 2011, p. 123, grifo nosso).

No que concerne à dignidade humana do réu preso, o STF havia sido ainda mais incoseqüente. Primeiro porque a decisão de restrição à admissibilidade do writ substitutivo passa a servir como precedente para as cortes superiores do país que, aliás, já vinham, sobretudo o STJ, adotando uma postura limitativa face ao HC substitutivo. E, segundo, porque não pareceu levar em consideração os problemas atinentes ao sistema prisional brasileiro.

O presente trabalho não pretende, de forma alguma, discorrer sobre a tormentosa questão dos presídios do Brasil, mas é preciso saber até que ponto é justo e

aceitável manter-se uma pessoa, ilegalmente encarcerada, num sistema prisional marcado por mazelas, maus-tratos e superlotação.

Soa justificável o argumento exposto pelo ministro Marco Aurélio, de que o paciente não restaria prejudicado com a restrição da admissibilidade do *habeas corpus*, já que haveria a possibilidade de se conceder a ordem de ofício. Alguns, entretanto, não notam que esse posicionamento externa um intenso formalismo para um remédio constitucional que se pretende, ao contrário, tão acessível e célere. E tudo isso em detrimento a um direito tão fundamental ao sujeito, qual seja, o de liberdade, princípio sob o qual a dignidade humana encontra fundamento.

Se as prisões cautelares no Brasil fossem bem aplicadas, em conformidade com as leis ordinárias e a magna carta de 1988, seguindo-se os parâmetros jurídicos estabelecidos, talvez até não haveria o porquê de se discutir os efeitos dessa decisão trazida a partir do julgamento do HC 109956/PR pela 1ª do STF. Acontece que, não raras vezes, as cortes superiores são levadas a apreciar casos em que a prisão preventiva é decretada sem haver os requisitos mínimos do art.312 do Código de Processo Penal (garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal, assecuração da aplicação da lei penal) ou até sem não existir justa causa para a reprimenda, por falta de prova da materialidade do crime e dos indícios suficientes de autoria.

Assim, antes de se discutir a possível banalização do instituto do *habeas corpus*, é importante reconhecer-se que o que há, primeiramente, é uma verdadeira e indiscutível banalização das prisões cautelares, o que dá respaldo à impetração do remédio constitucional para a defesa da liberdade de ir e vir.

A própria decisão que recebe a denúncia também, na grande maioria das vezes, não possui uma fundamentação adequada, o que não só vai de encontro ao art. 93, X, CF, que determina o princípio da motivação das decisões judiciais, como permite a instauração de ações penais temerárias, o que irá, repisa-se, fatalmente, descambar na impetração de um HC pela defesa.¹

¹ Em artigo científico intitulado “O recebimento da denúncia no processo penal moderno”, requisito de conclusão do curso de pós-graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Fernando Antonio Osório Tabet defende que o exame dos elementos da denúncia (positivos e negativos) permite concluir que o desafio do magistrado no momento de analisá-la está em assegurar a observância dos artigos 41, 395 do CPP. Para ele, a necessidade de fundamentação da decisão que recebe a denúncia está respaldada em duas premissas: (i) a decisão que recebe ou rejeita a denúncia não pode ser tida como de mero expediente, pois exige, como já visto, a correta análise da peça acusatória, gerando inúmeros efeitos jurídicos; e (ii) a Constituição de 88 decreta que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade, de acordo com o art. 93, IX (TABET, 2012).

Logo, verifica-se que uma melhor análise judicial, seja no recebimento da denúncia, seja na determinação de uma prisão cautelar, ensejaria em uma natural diminuição do número de HC's perante os tribunais.²

Mas o judiciário, ao invés de procurar resolver os problemas em suas raízes, acaba por miná-los às custas da permanência da ilegalidade em detrimento do indivíduo, o que é inadmissível frente à sistemática dos direitos humanos.

Ao se inviabilizar que o preso se oponha a uma prisão ilegal, por meio de HC substitutivo de RO, a 1ª turma está a escamotear a ampla-defesa do réu e o acesso à justiça, pelo que lhe fere sua dignidade humana e transgride os preceitos da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão cautelar.

Por sorte, ao menos quanto aos casos de réu preso, ou quando a ordem de prisão já tenha sido expedida, parece que a própria 1ª turma voltará atrás em seu entendimento e passará a adotar uma flexibilização quanto à inadmissibilidade linear do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, conforme ficou assentado na sessão plenária do dia 21 de maio de 2013, quando do julgamento do HC 100328/RS.

Nele, o mesmo ministro Marco Aurélio, ao conceder ordem cautelar para soltura de militar preso preventivamente, cujo *habeas corpus* anterior havia sido denegado pelo Superior Tribunal Militar, asseverou que:

Sensibiliza a comunidade jurídica e acadêmica a circunstância de 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,

² Esses lapsos à adequada aplicação do procedimento penal conduz a situações em que o HC faz-se inevitável: “Sim, as particularidades brasileiras são condizentes com a amplitude conquistada ao longo dos anos! Basta que se acompanhe o funcionamento do sistema penal do nosso país” (ESPIÑEIRA, 2013).

quer porque já foi cumprido, encontrando-se o paciente sob custódia (BRASIL, 2013h)

Há ainda um outro aspecto, nos casos em que o réu esteja em liberdade, que revela que essa mera flexibilização da inadmissibilidade linear do HC substitutivo é insuficiente.

Tal hipótese tem a ver com a duração razoável do processo, até porque, uma vez existente um ato revestido de ilegalidade, a ameaça à liberdade de ir e vir deve ser rechaçada de plano pelo poder judiciário. Por mais que não se tenha, no caso de réu solto, uma ofensa direta ao *status libertatis*, haverá um prejuízo frente ao *status dignitatis*. Ademais, não se pode deixar de dizer que, no âmbito do processo criminal, o indivíduo encontra-se vulnerável em relação ao Estado, sendo que a mera existência de uma investigação criminal pode macular a vida de uma pessoa, ferindo-lhe a sua dignidade. E, sendo esse procedimento investigativo marcadamente ilegal, com muito mais razão não se pode olvidar que deverá ser combatido de modo mais eficaz e abrupto.

Nesse jaez, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em boletim publicado fevereiro de 2013:

Por outro lado, estariam as nossas instituições maduras o suficiente para se “libertarem” dos auspícios garantistas do Supremo Tribunal Federal, que praticamente não receberia mais *habeas corpus* e passaria a atuar apenas pela via restrita e estreita do recurso extraordinário? Pelo menos, é este um risco concreto que se avizinha – embora tenha sido o STF, até mais do que o STJ, o responsável por protagonizar papel de fundamental importância na consolidação jurisprudencial dos direitos e garantias individuais nas últimas décadas (SÃO PAULO, 2013, p. 01, grifo nosso).

A decisão levada a efeito no julgamento do HC 109956/PR traduz-se em indiscutível jurisprudência defensiva, numa estratégia de se querer ver os gabinetes ministeriais menos assoberbados. Essa formalidade instrumental que se quis dar, com a inadmissibilidade do HC substitutivo de RO, é tão patente que de 08 de agosto de 2012 a 18 de junho de 2013, em consulta à jurisprudência do STF, com o parâmetro de pesquisa “habeas corpus substitutivo e concessão de ofício”, foi possível verificar que cerca de 117 ordens foram concedidas de ofício pela 1ª turma, após inadmitirem os HC’s substitutivos.

Ora, os ministros defenderam que os réus não restariam prejudicados com a inadmissibilidade do *habeas corpus* substitutivo de RHC justamente pela razão de que a

ordem poderia ser decretada de ofício. O pensamento que se deve ter em mente, porém, é o de como os ministros determinariam a ordem de ofício em um curto prazo, fazendo-se cessar as ilegalidades, senão por meio da impetração do HC substitutivo de RO?

Queiram os ministros, ou não, o HC substitutivo de RO é, indubitavelmente, a via utilizada de imediato para levar a situação de ilegalidade ao conhecimento Suprema Corte.

A dignidade da pessoa humana, uma vez que tem como subprincípio a ampla-defesa, pois, não comportaria que o indivíduo fosse posto à mercê de uma Suprema Corte ingerente, que assim será tida, pela doutrina e pela academia jurídica, enquanto insistir em não receber os *habeas corpus* substitutivos de recurso ordinário constitucional.

É inconcebível, afinal, que justo a Suprema Corte, que foi a principal instância a zelar pela proteção das garantias fundamentais dos indivíduos no âmbito do processo criminal ao longo dos últimos anos, passe, a partir do voto da 1ª turma no HC 109956/PR, a perpetrar um retrocesso no sistema de garantias processual-penais e constitucionais dos sujeitos de direito penalmente processados, fulminando um princípio tão essencial e um fundamento da República federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do princípio da dignidade humana enquanto um instrumento normativo a balizar o comportamento estatal rumo à satisfação e proteção dos direitos individuais, vislumbrado na senda do processo penal como um “standart” republicano a conclamar a pacificação social por meio de um processo penal adequado às garantias processuais, foi possível traçar críticas à guinada de jurisprudência implementada pela 1ª turma do Supremo Tribunal Federal (STF), notadamente no que se refere aos entraves teóricos e práticos decorrentes da não admissão do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional.

As pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais em torno da decisão proferida pela 1ª turma do STF no julgamento do HC 109956/PR propiciaram a proposição de argumentos técnicos e práticos que, em sintonia com os mandamentos do princípio da dignidade humana, apontaram que a manutenção do instituto é imperativo necessário ao combate de ilegalidades havidas pelo poder estatal em detrimento da liberdade de ir e vir, essas materializadas não só em investigações policiais abusivas, mas em processos penais temerários.

Foi possível verificar que a diretriz voltada à redução da possibilidade de impetração do remédio constitucional do *habeas corpus* na modalidade de substituto de recurso ordinário constitucional geraria uma insegurança ao jurisdicionado. A atual perspectiva garantista requer seja o processo penal conduzido de maneira a propiciar o máximo de bem-estar social e o mínimo de mal-estar do réu e, ao se retirar um meio de defesa à liberdade, marcadamente caracterizado por ser acessível, simples e mais célere, o que se terá é uma verdadeira afronta à personalidade e dignidade humana, subtraída através de um artifício arдил encabeçado pela 1ª turma do STF que, ao cercear o direito de defesa, atenta contra o Estado Democrático de direito.

Ademais, outras medidas, menos drásticas em relação ao direito de ampla-defesa do réu, poderiam ser tomadas pelo Estado no sentido de se resolver o problema do acúmulo de processos nos gabinetes ministeriais, dentre elas, o investimento em tecnologia e pessoal no âmbito do judiciário e a adoção de critérios mais rígidos no procedimento penal, que sirvam para prevenir, evitar atos abusivos à liberdade individual.

Como pano de fundo, o presente trabalho projeta que a temática da inadmissão do HC substitutivo de RO poderá ser discutida mais detidamente sob outros

aspectos, por exemplo, no que tange aos problemas oriundos do encarceramento prisional e em relação ao histórico estatístico de concessão de *habeas corpus* substitutivos pelo STF.

Ainda, a forma como este estudo foi levado a efeito, com a exposição de motivos contrários à decisão da 1ª turma do STF, irá, certamente, levar os leitores mais críticos à proposição de argumentos que contestem tais teses. A partir dessa repercussão, outros questionamentos far-se-ão oportunos, tal qual, o que poderia ser feito se o recurso ordinário, entendido como a via adequada, demorasse a ser apreciado pela suprema corte, indo-se em desate ao princípio da duração razoável do processo?

De se ver que novas perguntas poderão advir a partir do tema proposto. Mas, no que tange à importância que se quis dar neste trabalho, pode-se sintetizar que, se se prosperar o entendimento pretoriano no sentido de inadmitir o HC substitutivo de RO, e ao determinar que o indivíduo deva se valer do instrumento processual mais moroso para a defesa de sua liberdade, a Suprema Corte acabará por dar respaldo à permanência de uma ilegalidade processual, de modo a inibir que o jurisdicionado demonstre sua insurgência contra a preterição ilegal de sua liberdade, o que ainda vai de encontro à ordem constitucional e aos preceitos refletidos pelo princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 5ª Edição, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em:
<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 18 Jan. 2013.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Brasília, DF. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 12 fev. 2013a.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF, 1967. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 22 fev. 2013b.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2013c.

_____. **Decreto- Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)**. Brasília, DF, 1941 Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013d.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas Corpus: Remédio constitucional ou Panacéia Universal?**. Disponível em:
<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107417>. Acesso em: 24 fev. 2013e.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 108715/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio. Paciente: Rebeca Daylac. Impetrante: Nilson Pires Vidal de Paiva e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=108715&classe=HC-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 fev. 2013f

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 109956/PR**. Acórdão inteiro teor. Ata nº 130/2012. Diário de Justiça Eletrônico, nº 178, divulgado em 10/09/2012.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=109956&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 jan. 2013g

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 110328/RS**. Decisão de julgamento. Ata nº 11, de 21/05/2013. Diário de Justiça Eletrônico, nº 102, divulgado em 29/05/2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=110328&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 mai. 2013h.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF**. Brasília: 6 a 10 de agosto de 2012 - Nº 674. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo674.htm>>. Acesso em: 15. jan. 2013i.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno: [atualizado até novembro de 2012]** – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2012. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Novembro_2012_eletronica.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2013j.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Súmulas 1 a 736**. Acesso em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_do_STF__1_a__736.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013k.

CASTELO BRANCO, Tales. **Lastimável Retrocesso**. São Paulo: Migalhas, 2012.

Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI165296,11049-Lastimavel+retrocesso>>. Acesso em: 05 jan. 2013.

ESPIÑEIRA, Bruno. **Racionalização do HC leva a ditaduras invisíveis**. São Paulo: Consultor jurídico, 2013. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-mar-06/bruno-espineira-racionalizacao-hc-leva-ditaduras-invisiveis>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

FERREIRA, Pinto. **Teoria e Prática do Habeas Corpus**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal: teoria geral, recursos em espécie, ações autônomas de impugnação, reclamação aos tribunais**-- 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70. Lisboa, 1997. Disponível em: <http://professoredmarfilosofia.files.wordpress.com/2012/02/kante-fundamentacaodametafisicadoscostumes-trad-pauloquintela-edicoes70-120p.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. II. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V. IV. Campinas: Bookseller, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **História e prática do habeas corpus**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Processo Penal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania** n.7, p. 59-79, jun/10. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/arquivos/00000172-06-jose.pdf>>. Acesso em: 23 jan.2013.

QUEIJO, Elizabeth. "**Habeas Corpus**": A inconstitucionalidade da reforma pretendida. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Orgs.) 70 Anos do Código de Processo Penal Brasileiro: Balanço e Perspectivas de Reforma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Pp. 111-126.

SÃO PAULO. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Para onde caminha o habeas corpus?**. Boletim IBCCRIM. ano 21. n. 243. p. 01. São Paulo: IBCCRIM, 2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4810>. Acesso em: Mar. 2013

SPLICIDO, Christiane. A validade do princípio da dignidade da pessoa humana e o pós-positivismo. **Revista Direito e Práxis da UEJR (Universidade Estadual do Rio de Janeiro)**. V. III, p. 74-95, Nº. IV, 2012. Disponível em: <<http://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/3052.>. Acesso em: 10 fev. 2013.

Tabet, Fernando Antonio Osório. **O recebimento da denúncia no Direito Processual Penal moderno**. Artigo Científico (PósGraduação Lato Sensu)- Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/fernandotabet.pdf>. Acesso em: 15 jun.2013.

TORON, Alberto Zacharias. **A racionalidade do sistema recursal e o Habeas Corpus**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-22/alberto-torona-racionalidade-sistema-recursal-habeas-corpus>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal Comentado**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012