

LUCAS CARLOS DA SILVA SOARES

**DA INADMISSIBILIDADE DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO
ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA À INTERPRETAÇÃO
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

**DOCTUM - CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2017**

LUCAS CARLOS DA SILVA SOARES

**DA INADMISSIBILIDADE DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO
ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA À INTERPRETAÇÃO
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade
Doctum – Unidade Caratinga, como requisito parcial a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito
Processual Penal.

Orientador: Professor Esp. Ivan Lopes Sales

**DOCTUM - CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2017**

TERMO DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: Da inadmissibilidade do Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário Constitucional: Uma análise Crítica à interpretação dos Tribunais Superiores elaborado pelo aluno **Lucas Carlos da Silva Soares** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga, de Dezembro 2013



Prof. Orientador



Prof. Avaliador 1



Prof. Avaliador 2

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente ao nosso Senhor e Salvador Jesus Cristo, que me permitiu trilhar esta jornada, estando comigo em todos os dias da minha vida, sendo meu guia e socorro presente na hora da angústia.

À minha mãe, que sempre foi minha base e meu sustento, exercendo o papel de mãe e pai, me apoiando e incentivando em todos os momentos da minha vida e, desde criança, ensinando a ser correto, justo e honesto, sendo meu espelho.

Ao meu falecido pai, pois tenho certeza que estaria muito contente se estivesse comigo neste momento.

À minha esposa, que me acompanhou em parte dessa jornada, tendo que suportar as restrições pessoais que vivemos em razão dos estudos.

AGRADECIMENTO

Em primeiro lugar, a Deus por ter me dado saúde, força e capacidade para chegar até aqui, mesmo diante das minhas limitações.

À minha mãe, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

À minha esposa, que esteve junto em parte dessa jornada, colaborando, compreendendo e contribuindo para o meu crescimento pessoal e profissional.

Ao meu orientador, pelo apoio, suporte, correções e incentivos, neste curto e corrido tempo disponível.

E a todos que direta ou indiretamente contribuíram para minha formação.

Porque dele, e por ele, e para ele, são todas as coisas; glória, pois, a ele eternamente. Amém.

Romanos 11:36

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART - Artigo

CF/88 - Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988

CPP - Código de Processo Penal

HC - Habeas Corpus

RE - Recurso Extraordinário

RESP - Recurso Especial

RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus

ROC - Recurso Ordinário Constitucional

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo fazer uma análise do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em não conhecer de *habeas corpus* impetrado como sucedâneo de recurso ordinário constitucional, posicionamento este que se originou do julgamento proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 7 de agosto de 2012, que, por maioria, em decisão histórica, marcada por uma mudança radical de posicionamento, negou a aplicação de jurisprudência do próprio Supremo, deixando de conhecer do *habeas corpus* impetrado em substituição ao Recurso Ordinário Constitucional, sob singelos argumentos, como, o de que o *habeas corpus* substitutivo foi admitido “em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada”, e que não há previsão constitucional, sendo “construção jurisprudencial”, que não deve continuar, pois “mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania.” Pretende-se uma análise aprofundada sobre o posicionamento da Suprema Corte e sua irradiação para o Superior Tribunal de Justiça, à luz das garantias constitucionais e das disposições contidas no Pacto São José da Costa Rica, buscando uma conclusão sobre a real natureza da limitação ao *habeas corpus* substitutivo, visto que, além das críticas debatendo o conteúdo jurídico de tal entendimento, sustenta-se, também, que trata de mera opção administrativa, visando, acima de tudo, diminuir o número de processos nos tribunais superiores.

Palavras-chave: *Habeas Corpus*; Constituição; Direitos Fundamentais; Estado Democrático de Direito; Jurisprudência; Pacto São José da Costa Rica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO 1. <i>HABEAS CORPUS</i>: UMA GARANTIA FUDAMENTAL	13
1.1. Histórico do <i>Habeas Corpus</i>	15
1.2. Natureza Jurídica e Sujeitos	16
1.3. Espécies.....	17
1.4. Possibilidades e Limites.....	18
1.4.2. <i>Hipóteses de Cabimento</i>	18
1.4.3. <i>Restrições</i>	19
CAPÍTULO 2. <i>HABEAS CORPUS</i> SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL	25
2.1. <i>Habeas Corpus</i> Substitutivo de Recurso Ordinário Antes da Constituição Federal de 1988.....	27
2.2. <i>Habeas Corpus</i> Substitutivo de Recurso Ordinário na Constituição Federal de 1988.....	29
2.3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.....	30
2.4. Posicionamento Doutrinário.....	36
CAPÍTULO 3. FUNDAMENTOS PARA O CONHECIMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL	40
3.1. Fundamentos Teóricos.....	40
3.1.1. <i>Interpretação Jurídica</i>	40
3.1.2. <i>Pacto São José da Costa Rica: Direito à Liberdade Pessoal, Proteção Judicial e Normas de Interpretação</i>	43
3.2. Fundamentos Práticos.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

A presente monografia cujo tema é “Da Inadmissibilidade do *Habeas Corpus* Substitutivo de Recurso Ordinário: Uma Análise Crítica à Interpretação dos Tribunais Superiores”, tem por objetivo, como o próprio tema já diz, analisar o posicionamento do STF e do STJ, no que tange à evolução na jurisprudência desses tribunais superiores, para o sentido de restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* para aquém daquelas estampadas no ordenamento jurídico pátrio, especificamente, o impetrado como sucedâneo do recurso ordinário constitucional.

O foco são as razões desse posicionamento que se originou na Primeira Turma do STF, tendo irradiado para o STJ que, mesmo após certa flexibilização por parte do STF, continuou ferrenho em seu entendimento, sem abrir exceções.

Buscaremos, aqui, uma análise à luz das garantias constitucionais e das disposições contidas no Pacto São José da Costa Rica, bem como da hermenêutica e da interpretação jurídica na forma lecionada por juristas e filósofos do Direito.

Como marco teórico, têm-se as ideias sustentadas por Alexandre de Moraes (2016. Pg. 259, 260), que entende ser plenamente coerente com o ordenamento jurídico pátrio a substituição do recurso ordinário constitucional por novo *habeas corpus* originário. Vejamos:

A Constituição Federal admite que o interessado possa substituir o recurso ordinário constitucional contra a decisão denegatória do *habeas corpus*, dada em única ou última instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais estaduais, pelo *habeas corpus* originário perante o Superior Tribunal de Justiça, ficando, porém, a análise de eventual recurso apresentado prejudicada. Desta forma, deverá ser conhecido o pedido originário de *habeas corpus*, ainda que formulado em substituição ao recurso ordinário cabível da decisão denegatória de *habeas corpus* posto que a vedação existente na antiga ordem constitucional (art.119, c, da Constituição revogada) não foi reproduzida pelo legislador constituinte de 1988. Ressalte-se que, a partir da EC nº 22/99, não mais se discute a questão de competência, pois o Superior Tribunal de Justiça possui competência tanto para o julgamento originário do *habeas corpus* (CF, art. 105, I, c) quanto para o julgamento do recurso ordinário constitucional (CF, art. 105, II, a) em relação às decisões dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Estaduais.

Continua dizendo que:

Por fim, será cabível, em tese, pedido de *habeas corpus* contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, denegatório de outro *habeas corpus*, competindo, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal processá-lo e julgá-lo, não sendo obstáculo para tanto a possibilidade constitucional de interposição

de recurso ordinário para o próprio Supremo Tribunal Federal, contra a denegação do *writ*, pois sua simples interposição não propicia, de imediato, a tutela ao direito de locomoção.

Pretende se estabelecer como hipótese do tema em comento, a possibilidade de se impetrar *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional, ante as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativas ao direito à liberdade pessoal e proteção judicial, bem como a natureza que o *habeas corpus* possui, sendo um direito fundamental ao qual a Constituição Federal não trouxe restrições. Ainda, a liberdade é um dos maiores símbolos de um Estado Democrático de Direito, sendo condição fundamental para o exercício dos demais direitos e garantias fundamentais, razão pela qual, diante da lacuna no texto da constituição, este deve ser interpretado como um todo, para que não haja conclusões contrárias à sua essência e ao seu fim.

Para tanto, o presente trabalho conta com três capítulos. No primeiro capítulo faremos uma análise do *habeas corpus* como uma garantia fundamental, analisando, ainda, um breve contexto histórico, bem como sua natureza jurídica e as hipóteses de cabimento e as principais restrições. No segundo capítulo faremos uma abordagem sobre a jurisprudência do STF e STJ a respeito do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, bem como sua aparição antes e após a promulgação da CF/88, levantando, ainda, os principais posicionamento doutrinários. Por último, no terceiro capítulo, apresentar-se-á os principais fundamentos para que corroboram a linha de raciocínio adotada neste trabalho.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Dada a relevância da temática acerca da vedação ao *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, é fundamental trazer alguns conceitos centrais, sob os quais o trabalho se desenvolve.

Nesse intuito, adiante analisaremos o conceito de *habeas corpus*, constituição, direitos fundamentais, estado democrático de direito, jurisprudência e Pacto São José da Costa Rica.

Habeas corpus, nos dizeres do professor Renato Brasileiro de Lima (2016, pg. 1726), é uma “ação autônoma de impugnação, de natureza constitucional, vocacionada à tutela da liberdade de locomoção, que pode ser ajuizada por qualquer pessoa.” A expressão *habeas corpus*, nos dizeres do autor ora citado, “significa exiba o corpo, apresente a pessoa que está sofrendo ilegalidade na sua liberdade de locomoção.”

Constituição, por sua vez, nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014. Pg. 64), é:

no sentido substancial (...) o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. (...) em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico.

Outrossim, os direitos fundamentais, tratados no título II da Constituição Federal de 1988, segundo nos ensina Rodrigo César Rebello Pinho (2012, pg. 207), “são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual.” Afirma, ainda, que ao falarmos em direito fundamental, estamos nos referindo a um “gênero, abrangendo as seguintes espécies: direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos.”

Dando continuidade, extraímos da Carta Magna que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tal expressão encontra-se no artigo 1º, mas o preâmbulo também o aborda como uma finalidade do poder constituinte.¹ Assim, em busca de esclarecer o que seria o Estado Democrático de Direito,

¹Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida,

podemos citar, novamente, as palavras de Rodrigo César Rebello Pinho (2012, pg. 174), segundo o qual, “podemos conceituar o Estado Democrático de Direito com o Estado regido por leis, em que o governo está nas mãos de representantes legitimamente eleitos pelo povo e há ampla valorização dos direitos humanos.”

Lado outro, na busca do conceito de jurisprudência, ressaltamos a existência de várias definições em diversos dicionários. Todavia, no sentido que interessa ao presente estudo, optamos pelo conceito trazido por Rubens Limongi França (2015, pg. 125), que nos ensina que jurisprudência é o “conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.”

Por fim, destacamos que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto São José da Costa Rica, é um tratado que “foi assinado em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, na Costa Rica, e ratificado pelo Brasil em setembro de 1992.”² Tal tratado visa “consolidar entre os países americanos um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido.”³

O tratado tem como base a “Declaração Universal dos Direitos Humanos, que compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.”⁴

na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (...) 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:(...) Disponível em http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26/04/2017 (grifos nosso).

² Supremo Tribunal Federal. Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em 22/09/2017.

³ *Idem*

⁴ *Idem*

CAPÍTULO 1. *HABEAS CORPUS*: UMA GARANTIA FUDAMENTAL

Quando falamos em *habeas corpus*, nos referimos a um direito fundamental, e remédio constitucional⁵, previsto no artigo 5º, LXVIII, CF/88 e regulado nos artigos 647 a 667 do CPP, que “tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação a liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder” (CAPEZ e COLNAGO, 2015. Pg. 604), ou seja, tutela-se, através do *habeas corpus*, a violação ou a mera ameaça de violação ao direito de ir e vir (liberdade), o qual foi instituído como direito fundamental de primeira geração.⁶

Neste contexto, o artigo 5º, *caput*, da CF/88 dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito (...) à liberdade (...)”, razão pela qual, “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;” (inciso LXVIII). Em redação no mesmo sentido, o artigo 647 do CPP prevê que “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

O chamado remédio constitucional traz algumas características marcantes, como a dispensa de advogado para a impetração, e a concessão de ofício, fazendo exceção ao princípio da inércia da jurisdição. (LENZA, 2014. Pg. 1145).

Frise, também, que o “referido writ é cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV) e não poderá ser suprimido do ordenamento jurídico.” (PADILHA, 2014. Pg. 243 e 244)

⁵ “A Constituição Federal, seguindo a tendência das Constituições contemporâneas, consagra um grande conjunto de direitos ao indivíduo. Com o intuito de assegurar efetividade a esses direitos, institui, paralelamente, as denominadas “garantias”, sendo que, entre essas garantias, destacam-se os “remédios constitucionais”. A expressão “remédios constitucionais” designa determinadas garantias que substanciam meios colocados à disposição do indivíduo para salvaguardar seus direitos diante de ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo Poder Público. Não se trata de meras proibições endereçadas ao Estado, como ocorre com a maioria das demais garantias; os denominados remédios são instrumentos à disposição do indivíduo para que ele possa atuar quando os direitos e as próprias garantias são violadas. Na vigente Constituição, temos remédios administrativos (direito de petição e direito de certidão) e remédios judiciais (*habeas data*, *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular).” (PAULO e ALEXANDRINO 2015. Pg. 257 e 258)

⁶ Tradicionalmente, os direitos fundamentais são divididos em três dimensões. Cada dimensão foi construída e conquistada em determinado momento histórico; por isso, por vezes recebe o termo “geração”. (...) A primeira dimensão de direitos fundamentais foi construída em 1789 com a revolução francesa e buscava impor limites à atuação do Estado e à criação de um Estado liberal; por isso, ficou conhecida como direito à prestação negativa (*non facere*) do Estado. São alguns exemplos os direitos à liberdade, à vida, à inviolabilidade de domicílio, correspondência, telefônica, à propriedade e assim por diante. (PADILHA, 2014. Pg. 216)

Outro ponto interessante é que, muito embora o *habeas corpus* esteja previsto no CPP no Título II, que trata “Dos Recursos em Geral”, o entendimento da maioria dos doutrinadores e julgadores, é o de que sua natureza é outra, o que trataremos em tópico específico, inclusive, é pacífico o entendimento de que não se discute mérito na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados do STF:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESVIO DE RECURSOS DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. VERBA INCORPORADA AO MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I - Eventual irregularidade na aplicação dos recursos em questão, decorrente de supostas fraudes em disputa de licitação, fere diretamente o patrimônio do Município, tudo em decorrência da atuação dos gestores locais. II - A análise do mérito demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, porquanto ausente prova robusta do alegado convênio com o Ministério da Educação e Cultura (MEC) ou de que a verba não foi incorporada ao patrimônio do Município, o que é vedado na estreita via do *habeas corpus*. III - Estando devidamente motivado o quantum de pena fixado pelo juízo monocrático, além de proporcional ao caso em apreço, é certo que não se pode utilizar “o *habeas corpus* para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente” (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). IV – Recurso ao qual se nega provimento. (RHC 120387, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2014 PUBLIC 11-02-2014)

EMENTA Habeas corpus. Penal e processual penal. Questões ligadas intrinsecamente ao mérito da ação penal. Impossibilidade de análise na via estreita do *habeas corpus*. Necessidade de desaforamento. Matéria não submetida à análise do Tribunal de Justiça local e, por consequência, no Superior Tribunal de Justiça. Dupla supressão de instância. Precedentes. 1. A controvérsia sobre a adequação e a moderação no uso dos meios empregados pelo paciente e por seu filho para tolher a agressão levada a efeito pela vítima deverá ser apreciada na via ordinária, pelo Tribunal do Júri, e não na via estreita do *habeas corpus*, que sequer admite exame acurado de fatos e provas, imprescindível para a acolhida da pretensão do impetrante de ver o paciente sumariamente absolvido. 2. A questão relativa à necessidade de desaforamento do julgamento da Comarca de Niquelândia para a comarca vizinha não foi submetida à apreciação da Corte estadual, não tendo sido, por consequência, analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Com efeito, a apreciação desse tema, de forma originária, neste momento, configuraria verdadeira dupla supressão de instância, não admitida por esta Suprema Corte. 4. Habeas corpus conhecido em parte, e, nessa parte, denegado. (HC 95534, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC 20-03-2009 EMENT VOL-02353-03 PP-00459)

O STJ não destoa deste entendimento:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE PROCESSUAL. NÃO CONFIGURADA. AUTORIA. DESCONSTITUIÇÃO DAS CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. REVISÃO MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AUMENTO NO PATAMAR DE 1/2 NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. VÍTIMAS QUE FORAM TRANCAFIADAS NO IMÓVEL SEM COMUNICAÇÃO POR CERCA DE DUAS HORAS. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO. (...) Ademais, a análise das alegações da defesa com relação a esse tema demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, acerca dos indícios de autoria, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. (...) (HC 387.573/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017)

Portanto, verifica-se que, para impetração do *habeas corpus*, deve haver prova pré-constituída, não se admitindo dilação probatória.

Feitas tais considerações e, apresentada a relevância do habeas corpus dentro do ordenamento jurídico pátrio, como sendo instrumento constitucional de tutela à liberdade de locomoção, demonstraremos um pouco mais de sua dinâmica, trazendo um breve apontamento de seu contexto histórico, de sua natureza jurídica, dos sujeitos que o integram, das espécies, bem como das hipóteses de cabimento e restrições.

1.1. Histórico do *Habeas Corpus*

Conforme nos ensina o professor Norberto Avena (2014. Pg. 1190), não há um consenso na doutrina quanto ao momento exato que o habeas corpus surgiu. Alguns afirmam que “este instituto surgiu em consequência de uma ação contemplada no Direito Romano, chamada de *interdictum de libero homine exhibendo*, pela qual se facultava a todo cidadão o direito de reclamar a liberdade ao homem que estivesse ilegalmente preso.” Outros dizem que “a sua origem remonta ao ano de 1679, na Espanha, por ocasião do reinado de Carlos II.” Contudo, o autor afirma que “sem embargo destas opiniões, a maioria dos escritores sustenta que o *writ* teve sua origem

remota na Constituição da Inglaterra de 1215 (*Magna Charla Libertatum*), outorgada pelo Rei João-Sem-Terra.”

Nesse interim, vale citar a afirmação de Pedro Lenza, de que “historicamente, foi a primeira garantia de direitos fundamentais, concedida por “João Sem Terra”, monarca inglês, na Magna Carta, em 1215, e formalizada, posteriormente, pelo Habeas Corpus Act, em 1679.” (2012. Pg. 1040)

Quanto à sua aparição no ordenamento jurídico pátrio, na mesma obra Pedro Lenza afirma que “a primeira manifestação do instituto deu -se em 1821, através de um alvará emitido por Dom Pedro I, pelo qual se assegurava a liberdade de locomoção,” mas, “a terminologia “*habeas corpus*” só apareceria em 1830, no Código Criminal.” (Pg. 1041)

Constitucionalmente, o *habeas corpus* só veio a ser incluído na redação de 1891 (art. 72, § 22), permanecendo nas constituições posteriores, inclusive na atual (1988), precisamente em seu art. 5.^o, LXVIII. (AVENA, 2014. Pg. 1191)

1.2. Natureza Jurídica

Como já exposto alhures, embora o *habeas corpus* esteja previsto no CPP no Título II, que trata “Dos Recursos em Geral”, o entendimento majoritário é o de que ele possui natureza de ação constitucional “pois invoca-se a tutela jurisdicional do Estado para a proteção da liberdade de locomoção e tem previsão na Constituição.” (PINHO, 2012. Pg. 344)

Corroborando tal entendimento, o professor Avena (2014. Pg. 1191) esclarece que o *habeas corpus* “não possui natureza recursal, o que se evidencia, inclusive, pela circunstância de que pode ser impetrado a qualquer tempo (não está sujeito a prazos).

Outrossim, vale citar Júlio Fabbrini Mirabete (2000. Pg. 710), o qual entende ser natureza mista, dizendo que “trata-se realmente de ação penal popular constitucional, embora por vezes possa servir de recurso.” Porém, deixa explícito que “é tido por alguns como recurso ordinário, recurso extraordinário, recurso de caráter especial ou misto, instituição sui generis etc.”, admitindo, contudo, que “a opinião mais aceita é a de que se trata de uma verdadeira ação.”

1.3. Sujeitos e Espécies

Conforme os ensinamentos de Lenza (2012. Pg. 1041), os sujeitos do *habeas corpus* são definidos como impetrante, paciente, impetrado ou autoridade coatora, sendo impetrante “o autor da ação constitucional de *habeas corpus*”, inclusive “o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”, conforme prevê o artigo 654 do CPP.

O paciente, por sua vez, é “o indivíduo em favor do qual se impetra”, inclusive, pode ser o próprio impetrante, como já mencionado.

Por fim, impetrado ou autoridade coatora, é o nome dado à “autoridade que pratica a ilegalidade ou abuso de poder”.

No que tange às espécies da ação constitucional, comumente são duas, assim definidas por Norberto Avena (2012. Pg. 1191):

- *Habeas corpus* repressivo ou liberatório, cabível na hipótese de já ter sido consumado o constrangimento ilegal à liberdade de locomoção. Nesse caso, concedida a ordem, será expedido alvará de soltura com o intuito de restabelecimento da liberdade (art. 660, § 1.º, do CPP).
- *Habeas corpus* preventivo, impetrado quando houver fundado receio de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção. Necessário referir que a ameaça de prisão que justifica a concessão da ordem não pode se caracterizar como um temor remoto ou mera suspeita. É preciso que seja, efetivamente, ameaça séria e concreta, devidamente demonstrada, quanto à iminência de prisão ilegal. Não basta a possibilidade, sendo preciso a probabilidade do constrangimento à liberdade. Deferido, expede-se salvo-conduto, impedindo-se, pelo fato objeto do *habeas corpus*, que ocorra a segregação (art. 660, § 4.º, do CPP). “O *habeas corpus* preventivo tem cabimento quando, de fato, houver ameaça à liberdade de locomoção, isto é, sempre que fundado for o receio de ser o paciente preso ilegalmente. E tal receio haverá de resultar de ameaça concreta de iminente prisão” (STJ, AgRg no HC108.655/SP, DJ 16.03.2009).

Na mesma obra, o autor relata existir, ainda, uma terceira espécie, a qual parte dos doutrinadores chamam de “*habeas corpus* profilático⁷,” sendo este “destinado a suspender atos processuais ou impugnar medidas que possam importar em prisão futura com aparência de legalidade, porém intrinsecamente contaminada por ilegalidade anterior.”

⁷ Na mesma obra o autor cita como exemplos: a) Impetração do *habeas corpus* para o trancamento da ação penal. B) Impetração do *habeas corpus* para que seja alcançada a suspensão do processo em virtude de questão prejudicial que versa sobre estado das pessoas (art. 92 do CPP). C) Impetração do *habeas corpus* para impugnar decisão de improcedência de exceções de incompetência, ilegitimidade de parte, litispendência ou coisa julgada. (Pg. 1192)

De último, urge mencionar a existência do *habeas corpus* substitutivo da via recursal própria, o qual será objeto do presente trabalho, tratando-se de construção jurisprudencial “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.” (AVENA, 2014. Pg. 1205).

1.4. Possibilidades e Limites

A própria redação constitucional e legal estabelece as possibilidades de cabimento e algumas limitações à impetração do *habeas corpus*, mas, quanto os limites, em sua maioria, estão estampados no entendimento jurisprudencial, inclusive sumulado, conforme veremos a seguir.

1.4.2. Hipóteses de Cabimento

Conforme previsão do art. 5º, LXVIII, CF/88 “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;”

Assim, podemos afirmar que “o *habeas corpus* destina -se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva do Poder Público à sua liberdade de ir, vir e permanecer.” (MENDES e BRANCO, 2014. Pg. 383)

O CPP, ao tratar do *habeas corpus* e seu processamento, estabeleceu, no art. 647, que “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

A chamada coação ilegal, conforme previsão do art. 648 do CPP, se caracterizará nas seguintes hipóteses: I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade.

Para o ilustre professor Aury Lopes Jr. (2014. Pg. 988 e 989) além das hipóteses envolvendo prisão, o *writ* “também pode ser utilizado como instrumento para o *collateral attack*, possibilitando que seja uma via alternativa de ataque aos atos judiciais, e inclusive contra a sentença transitada em julgado.”

Neste contexto, ensina que é cabível a impetração do *writ* tanto na fase de inquérito como na fase judicial, de modo que a primeira decisão judicial a ser combatida por este instrumento seria aquela “que recebe a ação penal, seja ela denúncia (em caso de ação penal pública, cujo titular é o Ministério Público) ou queixa-crime (delitos de ação penal privada em que o titular é o ofendido).” Aqui, o *habeas corpus* teria o objetivo de “trancar” o processo (e não a ação), mas em casos excepcionais, em que é facilmente constatável a ausência das condições da ação,⁸ (...) sem que se possa pretender uma ampla discussão probatória, pois a cognição aqui é sumária.” Fundamenta que o amparo legal para “tal medida encontra-se no art. 648, I, do CPP, pois não existe uma “justa causa” – genericamente considerada – para o processo nesses casos.”

Por fim, diz ser cabível a impetração do *writ* contra ato de particular, podendo ser pessoa física ou jurídica⁹, citando, como exemplo:

casos de restrições de liberdade realizadas por seitas religiosas; estabelecimentos hospitalares (não concedendo “alta” do paciente até que a conta seja paga); internações de doentes mentais ou de dependentes químicos em clínicas contra sua vontade; internações de idosos, contra sua vontade, por parte da família, em clínicas geriátricas etc.

Entretanto, ressalta que, nesta hipótese, a ação constitucional será cabível somente “nos casos em que não se pode fazer um juízo apriorístico sobre a ilegalidade do ato, a ponto de a intervenção policial ser suficiente.” (Pg. 990)

1.4.3. Restrições

Como já mencionado, a ação constitucional é de enorme amplitude dentro do ordenamento jurídico brasileiro, existindo uma vasta gama de possibilidades de impetração do *writ*.

⁸ Para recordar, o autor cita como exemplo: prática de fato aparentemente criminoso; punibilidade concreta; legitimidade e justa causa

⁹ Menciona que, neste caso “é evidente que eventual responsabilidade penal pela ilegalidade recairá sobre as pessoas físicas, responsáveis pela empresa”

Contudo há algumas limitações ao uso do *habeas corpus*, tanto no corpo da CF/88, bem como no CPP. Ademais, ao longo dos anos, formando precedentes, a jurisprudência do STF e do STJ evoluiu, de modo a criar várias outras hipóteses de restrições, algumas, inclusive são sumuladas. Para Aury Lopes Jr. (2014. Pg.989) o “*habeas corpus* vem sendo, paulatinamente, combatido pelos tribunais superiores, que, abarrotados de writs, estão gradativamente cerceando seu alcance e utilização.”

Posto isso, cumpre especificar algumas limitações ao remédio constitucional, a começar pela situação sobre o *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares.

O artigo art. 142, § 2º, CF/88, estabelece que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.” Já o artigo 647 do CPP diz que “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

Paulo Rangel (2011. Pg. 242) ensina que a intenção do legislador constituinte era a de preservar “a hierarquia e a disciplina que devem reger a vida militar, pois haveria uma quebra na hierarquia se um subordinado pudesse rever, através do remédio heroico, uma punição disciplinar aplicada por um superior.” Neste caso, “por via oblíqua, haveria quebra na disciplina. Assim, vedada está, na esfera militar, a utilização de *habeas corpus* para se apreciar o mérito da punição.”

Contudo, o citado autor ressalta que “os atos administrativos devem ser praticados em conformidade com a lei e (...) subordinados aos requisitos dos atos jurídicos em geral: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei.”, de modo que, “se o ato administrativo disciplinar militar for praticado por autoridade que não tem o atributo previsto em lei para praticá-lo, haverá vício de formalidade que autoriza a impetração de *habeas corpus* perante o órgão jurisdicional competente.”

Neste caso, caberá ao poder judiciário apenas “analisar os requisitos extrínsecos da prática do ato e não o mérito da punição disciplinar, se certa ou errada.”

Desse modo, Paulo Rangel afirma “que não cabe *habeas corpus* para analisar o mérito da punição disciplinar militar, porém é perfeitamente admissível para analisar os requisitos extrínsecos da prática do ato.”

Neste contexto, o STF já decidiu que:

Não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de habeas corpus, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. (...) (RE 338840, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 19/08/2003, DJ 12-09-2003 PP-00049 EMENT VOL-02123-03 PP-00647)

O STM também já se manifestou no mesmo sentido:

A regra, de que não cabe habeas corpus contra a prisão de natureza disciplinar, não é absoluta. O que não pode ser apreciado, através do remédio heróico, é a infração disciplinar em seu conteúdo específico, ou seja, a justiça ou injustiça da punição. Todavia, não se excluem da apreciação judicial a legalidade do ato, o conhecimento e a verificação da competência da autoridade coatora, conforme magistério jurisprudencial. (...) (Habeas Corpus nº 2005.01.034065-3/PA, STM, Rel. Min. Sérgio Ernesto Alves Conforto. J. 23.08.2005, DJ 14.09.2005).

Noutro giro, há doutrinadores que afirmam não ser cabível a impetração de habeas corpus no Estado de Sítio, diante das disposições prevista nos artigos 138 e 139, ambos da CF/88. A título de exemplo, cite-se Ana Flávia Messa (2014. Pg.640).

Como dito alhures, a jurisprudência dos tribunais superiores também é responsáveis pela criação de diversas restrições ao uso do remédio constitucional, algumas, inclusive, previstas em súmulas do STF. Vejamos:

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 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.¹⁰

¹⁰ Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 30.09.2017

Embora não seja caso de não conhecimento do *habeas corpus*, o STJ entende não haver coação ou constrangimento ilegal sanável via *writ* nos seguintes casos:

SÚMULA 21 - Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

SÚMULA 52 - Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo

SÚMULA 64 - Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.¹¹

Destacamos, ainda, outras limitações que, embora não sumuladas, constituem entendimento dominante nos tribunais superiores. Neste interim, destacamos:

A mera reiteração do pedido de *habeas corpus*:

STF - Não se admite a mera reiteração de pedido de *habeas corpus* sem apresentação de novos fundamentos. (...) (HC 104015 AgR, Relator(a): Min. ROSA WÉBER, Primeira Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 27-03-2012 PUBLIC 28-03-2012)

STJ -Revela-se manifestamente incabível o *habeas corpus* que veicula pedido idêntico ao formulado em pleito anterior, que tramita nesta Corte. (...) (AgRg no HC 233.930/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 02/04/2012)

A impetração que não seja em língua portuguesa:

A PETIÇÃO COM QUE IMPETRADO O HABEAS CORPUS DEVE SER REDIGIDA EM PORTUGUES, SOB PENA DE NÃO-CONHECIMENTO DO WRIT CONSTITUCIONAL (CPC, ART. 156, C/C CPP, ART. 3.), EIS QUE O CONTEUDO DESSA PEÇA PROCESSUAL DEVE SER ACESSIVEL A TODOS, SENDO IRRELEVANTE, PARA ESSE EFEITO, QUE O JUIZ DA CAUSA CONHECA, EVENTUALMENTE, O IDIOMA ESTRANGEIRO UTILIZADO PELO IMPETRANTE. A IMPRESCINDIBILIDADE DO USO DO IDIOMA NACIONAL NOS ATOS PROCESSUAIS, ALÉM DE CORRESPONDER A UMA EXIGÊNCIA QUE DECORRE DE RAZOES VINCULADAS A PROPRIA SOBERANIA NACIONAL, CONSTITUI PROJEÇÃO CONCRETIZADORA DA NORMA INSCRITA NO ART. 13, CAPUT, DA CARTA FEDERAL, QUE PROCLAMA SER A LINGUA PORTUGUESA "O IDIOMA OFICIAL DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL". (HC 72391 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/1995, DJ 17-03-1995 PP-05791 EMENT VOL-01779-02 PP-00331)

Habeas corpus que vise rediscussão de fatos e provas:

STF - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pela Corte local seria necessária a incursão nos fatos e provas da causa, providência incabível em *habeas corpus*, por se tratar de instrumento destinado à proteção de direito

¹¹ Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 30.09.2017

demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. (...) (RHC 121889, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 23-05-2014 PUBLIC 26-05-2014)

STJ - Afastada a tese de unicidade de ação e de desígnios na prática dos dois delitos, não há como reconhecer o alegado constrangimento ilegal. Reverter tal entendimento, como pretende a defesa, implicaria, necessariamente, o revolvimento fático-probatório, incabível nesta estreita via do habeas corpus. Habeas corpus não conhecido. (HC 399.660/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017)

Por fim, destacamos o entendimento de que não é cabível o *habeas corpus* impetrado em substituição a recurso próprio, dando ênfase ao impetrado como sucedâneo de recurso ordinário constitucional, por ser o foco do presente trabalho.

Vejamos à jurisprudência do STF e STJ, respectivamente:

EMENTA: HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. HABEAS CORPUS EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a alínea a do inciso II do art. 102 da Constituição Federal de 1988, entendeu que não é admissível a impetração de habeas corpus, substitutivo do recurso ordinário constitucional, contra acórdão denegatório de idêntica ação constitucional. Precedente: HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio. Inexistência de ilegalidade flagrante ou de abuso de poder na prisão preventiva. Habeas Corpus extinto por inadequação da via processual. Cassada a medida liminar deferida. (HC 115002, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 20-03-2014 PUBLIC 21-03-2014)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA. PENA EM PERSPECTIVA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. (...) Habeas Corpus não conhecido. (HC 405.640/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017)

Urge mencionar que existem vários outros limites ao habeas corpus, todos oriundos da jurisprudência dos tribunais superiores, contudo, citamos apenas alguns, dada a finalidade do presente trabalho.

Feitas estas considerações, passaremos para o capítulo II, onde analisaremos o habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional, tanto sua previsão

legal, antes e após a promulgação da CF/88, bem como sua situação no atual cenário da jurisprudência dos tribunais pátrios.

CAPÍTULO 2. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

O *habeas corpus* surgiu com o objetivo de sanar ou atacar todo ato, inclusive decisão judicial, que, de algum modo, pudesse cercear ou ameaçar a liberdade de locomoção do indivíduo. Contudo, passados os anos, devido a evolução da jurisprudência pátria, o uso deste remédio constitucional foi abrandado, permitindo sua impetração em situações que dizem respeito à restrição da liberdade, porém, de forma indireta.

A título de exemplo, vejamos o seguinte julgado do STF:

HABEAS CORPUS. 2. DIREITO DO PACIENTE, PRESO HÁ QUASE 10 ANOS, DE RECEBER A VISITA DE SEUS DOIS FILHOS E TRÊS ENTEADOS. 3. COGNOSCIBILIDADE. POSSIBILIDADE. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ENTENDIDA DE FORMA AMPLA, AFETANDO TODA E QUALQUER MEDIDA DE AUTORIDADE QUE POSSA EM TESE ACARRETAR CONSTRANGIMENTO DA LIBERDADE DE IR E VIR. ORDEM CONCEDIDA. 1. COGNOSCIBILIDADE DO WRIT. A jurisprudência prevalente neste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não terá seguimento *habeas corpus* que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente. Alargamento do campo de abrangência do remédio heroico. Não raro, esta Corte depara-se com a impetração de *habeas corpus* contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento; indiciamento de determinada pessoa em inquérito policial; recebimento da denúncia; sentença de pronúncia no âmbito do processo do júri; sentença condenatória etc. Liberdade de locomoção entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa, em tese, acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir. Direito de visitas como desdobramento do direito de liberdade. Só há se falar em direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida. Decisão do juízo das execuções que, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente. Eventuais erros por parte do Estado ao promover a execução da pena podem e devem ser sanados via *habeas corpus*, sob pena de, ao fim do cumprimento da pena, não restar alcançado o objetivo de reinserção eficaz do apenado em seu seio familiar e social. *Habeas corpus* conhecido. 2. RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO. A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus princípios norteadores o da humanidade, sendo vedadas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada (nos termos do art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (CF, art. 5º, XLVII). Prevê, ainda, ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, XLIX). É fato que a pena assume o caráter de prevenção e retribuição ao mal causado. Por outro lado, não se pode olvidar seu necessário caráter ressocializador, devendo o Estado preocupar-se, portanto, em recuperar o apenado. Assim, é que dispõe o art. 10 da Lei de Execução Penal ser dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Aliás, o direito do preso receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos está assegurado expressamente pela própria Lei (art. 41, X), sobretudo com o escopo de buscar a almejada ressocialização e reeducação do apenado que, cedo ou tarde, retornará ao convívio familiar e social. Nem se diga que o paciente não faz jus à visita dos filhos por se tratar de local impróprio, podendo trazer prejuízos à

formação psíquica dos menores. De fato, é público e notório o total desajuste do sistema carcerário brasileiro à programação prevista pela Lei de Execução Penal. Todavia, levando-se em conta a almejada ressocialização e partindo-se da premissa de que o convívio familiar é salutar para a perseguição desse fim, cabe ao Poder Público propiciar meios para que o apenado possa receber visitas, inclusive dos filhos e enteados, em ambiente minimamente aceitável, preparado para tanto e que não coloque em risco a integridade física e psíquica dos visitantes. 3. ORDEM CONCEDIDA. (HC 107701, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012 RT v. 101, n. 921, 2012, p. 448-461) (grifamos)

Noutro giro, tanto a CF/88 quanto o direito processual trouxeram, além do *habeas corpus*, outros meios de ataques a atos e decisões do judiciário e de particulares, é o que chamamos de recurso¹².

São diversas as espécies recursais, porém, dado o objeto do presente estudo, falaremos apenas do recurso ordinário constitucional, também chamado de ROC, o qual tem previsão na CF/88, sendo regulado pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990.

A CF/88 dispõe que:

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;

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;

Sobre o tema, Norberto Avena (2014. Pg. 1205) traz a seguinte ilustração:

O paciente impetra *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça contra ato do juiz de direito, operando-se a denegação da ordem pela Câmara julgadora. Inconformado com o acórdão, poderá o impetrante dele recorrer por meio do recurso ordinário constitucional para o STJ, previsto no art. 105, II, "a", da Constituição Federal.

Contudo, ainda na ótica do "alargamento do campo de abrangência do remédio heroico", jurisprudencialmente, "construiu-se a figura do *habeas corpus* substitutivo, consistente na faculdade outorgada ao interessado, sendo-lhe negado *habeas*

¹² Nos dizeres de Fredie Didier (2016. Pg. 87), "recurso é o meio ou instrumento destinado a provocar o reexame da decisão judicial, no mesmo processo em que proferida, com a finalidade de obter-lhe a invalidação, a reforma, o esclarecimento ou a integração."

corpus anterior, de optar, em vez do recurso previsto em lei, pela impetração de outro *habeas corpus*, dirigido este a uma instância superior.” (AVENA, 2014. Pg. 1205)

Assim surge o *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, em especial o recurso ordinário constitucional, o que, como mencionado, foi um criação jurisprudencial, logo, por óbvio, era aceito pelos tribunais superiores, sendo, contudo, restringido nesta década, gerando grande controvérsia entre os juristas, e até mesmo entre os próprios julgadores.

2.1. *Habeas Corpus* Substitutivo de Recurso Ordinário Antes da Constituição Federal de 1988

Tendo por base o quadro esquematizado da evolução histórica do *habeas corpus* no constitucionalismo brasileiro, apresentado por Pedro Lenza (2012. Pg. 1041 e 1042), analisado, ainda, a redação das constituições pátrias, constata-se que, assim como na constituição atual, não havia menção à tal modalidade do remédio constitucional, salvo a vedação contida na constituição de 1967, introduzida pelo ato institucional de nº 06, mantida pela emenda constitucional de nº 01, editada em 1969. Vejamos:

CONSTITUIÇÃO DE 1891 - Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (...) §22 Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo soffrer ou se achar em iminente perigo de soffrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

Após a emenda constitucional nº. 01, de 03.09.1926, chamada na obra supra citada de “restrição da “Teoria Brasileira do HC”: nova redação ao art. 72, § 22, restringindo o remédio à liberdade de locomoção”, deu ao referido dispositivo a seguinte redação:

§ 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em iminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

Em seguida vieram:

CONSTITUIÇÃO DE 1934 – Art. 76 - A Corte Suprema compete: (...) 2) julgar: (...) II - em recurso ordinário: (...) c) as decisões de última ou única instância das Justiças locais e as de Juízes e Tribunais federais, denegatórias de *habeas corpus*; (...) Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 23) Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o *habeas corpus*.

CONSTITUIÇÃO DE 1937 – Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) II - julgar: (...) 2º) em recurso ordinário: (...) b) as decisões de última ou única instância denegatórias de *habeas corpus*; (...) Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 16) Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

CONSTITUIÇÃO DE 1946 – Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) II - julgar em recurso ordinário: a) os mandados de segurança e os *habeas corpus* decididos em última instância pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão; (...) Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 23 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.

CONSTITUIÇÃO DE 1967 – Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 20 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas Corpus*.

Aqui, cumpre ressaltar o ato institucional de nº 05, editado em 13 de dezembro de 1968, o qual, em seu art. 10, previa que: 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.

Urge mencionar, ainda, a disposição constitucional de 1967 sobre o recurso ordinário constitucional, em sua redação original:

Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) II - julgar em recurso ordinário: a) os mandados de segurança e os *habeas corpus* decididos em única, ou última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão

Em 1º de fevereiro de 1969, foi editado o ato institucional de nº 06, alterando o dispositivo supracitado, o qual passou a vigorar com o texto que citaremos adiante, o qual foi mantido pela emenda constitucional de nº 01, de 17 de outubro de 1969:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) II - julgar em recurso ordinário: (...) c) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos tribunais federais ou tribunais de justiça dos Estados, se denegatória a decisão, **não podendo o recurso ser substituído por pedido originário**; (grifamos)

Como mencionado no início deste tópico, a constituição de 1967, após a redação dada pelo ato institucional de nº 06, mantida pela emenda constitucional de 1969, que para alguns trata-se de nova constituição¹³, trazia em seu texto, de modo expresso, a vedação à impetração de novo *habeas corpus*, após ter o pedido originário denegado.

2.2. *Habeas Corpus* Substitutivo de Recurso Ordinário na Constituição Federal de 1988

O texto constitucional de 1988, por sua vez, também não contém previsão sobre a possibilidade de impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

¹³ A EC 111969, embora formalmente seja uma emenda à Constituição de 1967, é considerada por muitos constitucionalistas verdadeiramente uma nova Constituição outorgada, tendo em vista que o seu extenso texto foi elaborado e unilateralmente imposto pelos ministros militares, que então estavam no poder. Entretanto, pretendeu-se, na época, propalar a ideia de que se estava promulgando uma emenda à Constituição de 1967, e não outorgando uma nova Constituição antidemocrática. A Constituição de 1969 denominou a si mesma "Constituição da República Federativa do Brasil" (a de 1967 era, simplesmente, "Constituição do Brasil"). Em linhas gerais, embora a Constituição de 1969 tivesse pretendido manter formalmente nossa estrutura jurídica como a de um Estado Democrático de Direito, os poderes especiais atribuídos ao Presidente da República e as hipóteses de suspensão de direitos individuais tomavam letra morta essa expressão. A EC 111969 aperfeiçoou, porém, algumas instituições, como o processo de elaboração da lei Orçamentária, a fiscalização financeira e orçamentária dos municípios, modificou o sistema tributário, previu a criação do contencioso administrativo tributário, vedou a reeleição para o Poder Executivo etc. A Constituição de 1969 sofreu diversas emendas, até que, com a EC 26, de 27.11.1985, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, de cujos trabalhos resultou a Constituição de 1988, hoje vigente. (PAULO e ALEXANDRINO, 2016. Pg. 30 e 31)

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;

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;

Perceba, contudo, que, embora a novel redação constitucional não trouxe de modo expreso a possibilidade de impetração do remédio constitucional como sucedâneo do recurso ordinário constitucional, em contrapartida, afastou a vedação contida no texto de 1967, o que não passou despercebido aos olhos da doutrina, conforme veremos em tópico específico.

2.3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

Após longa pesquisa da jurisprudência do STF e do STJ, em seus respectivos *sites*, analisando a ementa dos julgados, bem como o inteiro teor, e daí nos direcionando a outros julgados citados nos votos proferidos, podemos perceber que, com a promulgação da CF/88, a possibilidade de impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional sempre foi entendimento consagrado no STF. A título de exemplo, podemos citar o HC 82585/PA¹⁴ e HC 69163/SP¹⁵.

¹⁴ EMENTA: HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. (...) WRIT DENEGADO E RESTABELECIDO A PRISÃO PROCESSUAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL, POR TEREM CESSADOS OS MOTIVOS QUE A JUSTIFICARAM. EXAME, EM HC, DE MATÉRIA NÃO APRECIADA NO TRIBUNAL A QUO. 1. Homicídio qualificado. Prisão preventiva confirmada na sentença de pronúncia como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. 2. Paciente que no longo período em que permaneceu solto, por força da liminar concedida pelo STJ, compareceu a atos processuais, foi aprovado em concurso público para o cargo de médico e prestou serviços à comunidade. Denegado o writ e cassada a liminar, evadiu-se para furtar-se à constrição que reputou ilegal e que fora restabelecida na sentença de pronúncia fundada no artigo 408, § 1º, do CPP, cujo comando estabelece que "o juiz deve recomendar o réu na prisão em que se achar ou expedir ordens necessárias à sua captura". 3. Aplicável, na hipótese, o § 2º do artigo 408 do mesmo Código, já que o paciente é primário, registra bons antecedentes e não mais persiste o requisito da necessidade consubstanciada nas referidas hipóteses do artigo 312 do CPP, que num momento remoto legitimaram a medida excepcional. Impõe-se a prevalência de seu direito subjetivo de permanecer em liberdade até o julgamento do Tribunal Popular. 4. A fuga, para não sujeitar-se à prisão que se afigura ilegal, não é fundamento para a segregação cautelar. Igualmente não a justifica a simples circunstância de tratar-se de crime qualificado como hediondo. 5. É possível aditar, nesta Corte, as razões expostas ao Tribunal a quo, desde que se não modifique o pedido. O habeas-corpus, ao contrário dos recursos especial e extraordinário, não tem como requisito o prequestionamento. Ordem deferida. (HC 82585, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 13/05/2003, DJ 01-08-2003 PP-00141 EMENT VOL-02117-43 PP-09221)

¹⁵ CONSTITUCIONAL. "HABEAS CORPUS". RECURSO ORDINÁRIO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA: POSSIBILIDADE. C.F., art. 102, II, "a", art. 105, II, "a" (HC 69163, Relator(a): Min. CARLOS

A jurisprudência do STJ seguia no mesmo sentido, como podemos ver do HC 56/SC¹⁶ e RHC 26.070/RJ¹⁷.

Contudo, apesar desta prática ter sido acolhida durante as últimas décadas, sem qualquer óbice pelos tribunais superiores, em 2012, no julgamento do HC 109.956/PR, em decisão histórica proferida pela Primeira Turma do STF, passou-se a não mais conhecer do *habeas corpus* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional, ou seja, nada se pronuncia sobre o mérito da matéria posta para ser analisada. Dada a relevância do julgado, vamos à sua ementa:

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, indeferir-las. (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)

Vale destacar trecho do voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio, relator do *habeas corpus*, tendo dado início ao que a Excelentíssima Senhora Ministra Rosa Weber chamou de guinada de jurisprudência:

Consigno a óptica sobre a inadequação do habeas corpus quando o caso sugere recurso ordinário constitucional.

VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 28/04/1992, DJ 29-05-1992 PP-07836 EMENT VOL-01663-03 PP-00490 RTJ VOL-00141-03 PP-00913)

¹⁶ PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO DE HABEAS CORPUS. CONHECIMENTO. OFENSAS IRROGADAS EM JUÍZO POR ADVOGADO. EXCLUDENTE DE PUNIBILIDADE. INVIOABILIDADE CONSTITUCIONAL. LIMITES. 1- CONHECE-SE DE PEDIDO ORIGINÁRIO DE HABEAS CORPUS, AINDA QUE FORMULADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL DE DECISÃO NEGATIVA DE HABEAS CORPUS, POSTO QUE O OBICE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ANTERIOR (ART. 119, C, DA CONSTITUIÇÃO REVOGADA), NEM MESMO EM RELAÇÃO AO STF FOI REPRODUZIDO NA VIGENTE. 2- A INVIOABILIDADE INSCRITA NO ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO, EM FAVOR DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE ADVOGADO, ESTA CONDICIONADA AOS LIMITES DA LEI. 3- OFENSAS IRROGADAS EM JUÍZO, NA DISCUSSÃO DA CAUSA, POR ADVOGADO, NÃO CONSTITUEM INJURIA PUNÍVEL, NOS TERMOS DO ART. 142 I DO CÓDIGO PENAL, INEXISTINDO, POIS, JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. (HC 56/SC, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/1989, DJ 18/09/1989, p. 14666)

¹⁷RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTEMPESTIVIDADE. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. (...). 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). (...) 3. Recurso ordinário recebido como habeas corpus substitutivo. Ordem denegada. (RHC 26.070/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2011, DJe 12/09/2011)

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão – o habeas corpus. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

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.

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O habeas corpus substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea “a”, e 105, inciso II, alínea “a”, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado (...) uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira – na espécie, o inexistente, normativamente, habeas corpus substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam. É cômodo 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. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do habeas corpus e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. (grifamos)

Para a Excelentíssima Senhora Ministra Rosa Weber, que acompanhou o voto condutor, “não cabe falar, com todo respeito, em juízo de não conhecimento, que é um juízo próprio aos recursos. Aqui, no caso, o Ministro Marco Aurélio vota pela inadequação da ação, do meio processual utilizado.”

Urge mencionar, ainda, o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Dias Toffoli, presidente da 1ª Turma do STF à época, divergindo da maioria:

Peço vênha 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. Mas me curvarei à douta maioria, a partir dos próximos julgamentos; porém, consigno o meu voto vencido.

Como mencionado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Dias Toffoli, a jurisprudência da Segunda Turma admitia o *habeas corpus* substitutivo, e assim continuou, não embarcando na jurisprudência criada pela Primeira Turma, como podemos ver do RHC 111931¹⁸.

Todavia, essa jurisprudência da Primeira Turma irradiou-se para Superior Tribunal de Justiça, conforme extraímos do HC 169.556/RJ, *in verbis*:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SURSIS. VEDAÇÃO LEGAL. NÃO SATISFAÇÃO DE REQUISITO OBJETIVO. PENABASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANOTAÇÃO EM FOLHA DE ANTECEDENTES. SÚMULA Nº 444. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PATENTE NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO. O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros. Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. (...). Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base imposta ao paciente Cosme Daniel dos Santos ao mínimo legal e fixar, para ambos, o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas. (HC 169.556/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 23/11/2012)

Assim, o STJ, acompanhado a jurisprudência da Primeira Turma do STF, passou a não admitir a impetração do *habeas corpus* na forma substitutiva.

Momentos depois, a Primeira Turma do STF veio a “relativizar” esse entendimento, buscando um “meio termo”, admitindo-se o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional nos casos em que houvesse ofensa direta à liberdade, conforme extraímos do HC 115168/BA¹⁹.

¹⁸ Recurso ordinário em *habeas corpus*. (...) 3. Possibilidade de conhecimento de recurso ordinário em *habeas corpus* intempestivo como *habeas corpus* substitutivo. Precedentes. 4. (...) . 5. Recurso ordinário conhecido como *habeas corpus*, ao qual se denega a ordem. (RHC 111931, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013)

¹⁹ 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

Novamente vale citar trecho do voto condutor que, no caso em comento, também é de autoria do Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio. Vejamos:

Após a Turma ter assentado a inadmissibilidade linear do habeas corpus quando substitutivo do recurso ordinário, muitas ponderações têm sido feitas, calcadas na garantia do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, a revelar que será concedido habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ao direito de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder.

(...)

Ocorre que, na espécie, a liberdade de locomoção não está apenas diretamente ameaçada, em razão de mandado de prisão pendente, mas alcançada e, portanto, cerceada.

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. (grifamos)

Assim, até os dias atuais, a jurisprudência da Primeira Turma do STF está consolidada no sentido de que somente será cabível o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário constitucional se estiver “em jogo a liberdade de ir e vir alcançada na via direta” (HC 136657, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 15/08/2017, Processo Eletrônico DJe-191 Divulg 28-08-2017 Public 29-08-2017). A Segunda Turma, por sua vez, ao fundamento de “homenagem aos princípios da fungibilidade e da economia processual, bem como à firme orientação desta Turma,” permanece admitindo “a impetração de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário”. (RHC 120551, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/04/2014, Acórdão Eletrônico DJe-079 Divulg 25-04-2014 Public 28-04-2014)

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. HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ATINGIDA NA VIA DIRETA – ADEQUAÇÃO. Sendo objeto do habeas corpus a preservação da liberdade de ir e vir atingida diretamente, porquanto expedido mandado de prisão ou porque, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior à garantia versada no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta de 1988. Evolução em óptica linear assentada anteriormente. (HC 115168, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 21/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 14-06-2013 PUBLIC 17-06-2013)

Não obstante a “relativização” criada pela Primeira Turma do STF, bem como a jurisprudência da Segunda, a atual jurisprudência do STJ manteve-se ferrenha e inarredável, barrando a impetração do *writ* substitutivo de forma linear, sob o fundamento de ofensa à via recursal própria e desvirtuamento da finalidade do *habeas corpus*. Como exemplo, podemos citar o HC 413928/MS²⁰ e HC 413506/SP²¹.

Por derradeiro, observamos que, inobstante a divergência quanto à admissibilidade ou conhecimento do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário constitucional, tanto a jurisprudência do STF (Primeira Turma) quanto a do STJ, são pacíficas no sentido de que, havendo “teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder”, mesmo que o *writ* não seja conhecido ou admitido, a ordem será concedida de ofício.

Para o STF:

Impetração manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional prescrito no art. 102, inciso II, alínea a, da Carta da República, a qual esbarra em 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. Nada impede, entretanto, que a Suprema Corte, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea a, da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. (...) 5. Concessão da ordem de ofício referendada. (HC 125289 Ref, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 03/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 06-04-2015 PUBLIC 07-04-2015) (grifamos)

Para o STJ:

Como se trata de análise de questão de direito, e não de fato, cumpra ao Tribunal, embora não conhecendo do *writ* substitutivo de recurso, exercer cognição sobre o mérito do *habeas corpus*, a fim de verificar acerca da existência ou não de ilegalidade flagrante, decidindo como entender de direito mormente no que respeita à possibilidade de concessão, de ofício, da ordem. 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, determinar que o Tribunal a quo aprecie o mérito do HC n. 1.0000.16.057104-8/000. (HC 376.124/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

²⁰ (...) - O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. (...) - *Habeas corpus* não conhecido. (HC 413.928/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

²¹ (...) O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. (...) Ordem não conhecida. (HC 413.506/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

Agora, demonstrado como o assunto é atual, expressivo e muito debatido no âmbito jurisprudencial, passaremos à exposição do tema no terreno da doutrina pátria.

2.4. Posicionamento Doutrinário

Assim como há divergência no campo da jurisprudência, no doutrinário não é diferente, o tema divide opinião dos mais renomados juristas brasileiros, conforme passaremos a expor, a começar pelos que são contra, terminando naqueles que defendem a impetração substitutiva, mas antes, vale citar as palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014. Pg. 389):

Não obstante essa linha interpretativa, menos jungida a formalismos processuais quando em jogo o direito à liberdade, concretamente ameaçado por situações claramente arbitrárias, vem se consolidando na 1ª Turma do STF orientação no sentido do não cabimento de habeas corpus como sucedâneo de recurso, independentemente da excepcionalidade dos casos em análise. Trata-se de uma clara ruptura com a jurisprudência do Tribunal, que sempre aceitou a interposição de HC originário em lugar do recurso ordinário. Ademais, essa nova orientação acaba por restringir o acesso ao STF contra a maioria das decisões do STJ em sede de HC. Como elas já terão sido tomadas em recurso de habeas corpus originariamente impetrados nas instâncias ordinárias, somente restará ao paciente a interposição de Recurso Extraordinário, o que acaba por resultar em séria restrição ao direito de HC na Corte Suprema. (grifamos)

Sobre a concessão da ordem de ofício, ressaltaram que:

Com todas as vênias que o entendimento merece, cabe reafirmar aqui as ponderações quanto à possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício pela Corte nos casos de flagrante arbitrariedade, independentemente da disponibilidade, em favor do impetrante, de qualquer outra via judicial. Em situações assim, há que se relevar qualquer interpretação restritiva fundada em aspecto processuais para conferir, em sua plenitude constitucional, o máximo de concretude ao direito de ir e vir. A Constituição, ao estabelecer a competência do STF na tutela desse direito por meio do habeas corpus (CF, art. 102, I, d e f), não faz distinção quanto às hipóteses de sua concessão.

O professor Renato Brasileiro de Lima (2016. Pg. 1734 e 1735) defende a posição jurisprudencial em restringir a impetração do *habeas corpus* substitutivo, afirmando que:

Para além de não contar com previsão legal e não estar abrangido pela garantia constante do art. 5º, LXVIII, da CF, a utilização desse habeas corpus

substitutivo de recurso ordinário enfraqueceria a própria Constituição, especialmente por tornar desnecessário recurso ordinário constitucional (CF, art.102, II, “a”, e 105, II, “a”).

(...)

Em síntese, deve ser prestigiada a função constitucional excepcional do *habeas corpus*. Porém, não se pode desprezar as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de julgamento e forçosamente deslocar para os tribunais superiores o exame de matérias próprias das instâncias ordinárias, que normalmente não são afetas a eles. Logo, deve ser reconhecida a inadequação do *habeas corpus* sempre que a sua utilização revelar a banalização da garantia constitucional ou a substituição do recuso cabível, com inegável supressão de instância.

Para Eugenio Pacelli Oliveira (2014. Pg. 1022) “o que se constata atualmente nos tribunais é o manejo exacerbado do Habeas Corpus, utilizado como verdadeira panaceia, para males diversos”.

Em contrapartida, Alexandre de Moraes (2016. Pg. 258 a 260), afirma que:

A Constituição Federal admite que o interessado possa substituir o recurso ordinário constitucional contra a decisão denegatória do *habeas corpus*, dada em única ou última instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais estaduais, pelo *habeas corpus* originário perante o Superior Tribunal de Justiça, ficando, porém, a análise de eventual recurso apresentado prejudicada. Desta forma, deverá ser conhecido o pedido originário de *habeas corpus*, ainda que formulado em substituição ao recurso ordinário cabível da decisão denegatória de *habeas corpus* posto que a vedação existente na antiga ordem constitucional (art.119, c, da Constituição revogada) não foi reproduzida pelo legislador constituinte de 1988. Ressalte-se que, a partir da EC nº 22/99, não mais se discute a questão de competência, pois o Superior Tribunal de Justiça possui competência tanto para o julgamento originário do *habeas corpus* (CF, art. 105, I, c) quanto para o julgamento do recurso ordinário constitucional (CF, art. 105, II, a) em relação às decisões dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Estaduais.

Continua dizendo que:

Por fim, será cabível, em tese, pedido de *habeas corpus* contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, denegatório de outro *habeas corpus*, competindo, originariamente, ao Supremo Tribunal Federal processá-lo e julgá-lo, não sendo obstáculo para tanto a possibilidade constitucional de interposição de recurso ordinário para o próprio Supremo Tribunal Federal, contra a denegação do *writ*, pois sua simples interposição não propicia, de imediato, a tutela ao direito de locomoção.

Ressaltou, ainda, a possibilidade de concomitância:

A impetração de *habeas corpus* e a interposição do respectivo recurso ordinário, referentes ao mesmo ato, são conciliáveis, ainda que articulem os mesmos fatos e busquem a mesma situação jurídica, pois essa ação constituo-

nal não encontra obstáculo na legislação ordinária, *em homenagem à liberdade de locomoção*, proclamada constitucionalmente. Dessa forma, tanto *habeas corpus* quanto o recurso devem ser apreciados, embora, eventualmente, um julgamento possa repercutir no outro.

Aury Lopes Junior (2014. Pg. 999), também reprovava a postura dos tribunais superiores, lecionando que:

A ausência de efeito suspensivo, bem como a tramitação mais lenta (eis que um recurso), faz com que o Recurso Ordinário imponha um grande ônus para o acusado preso. Por isso, durante muito tempo, esteve jogado ao ostracismo, sendo substituído pela interposição de novo HC. Mas, nos últimos anos, tem se fortalecido o entendimento – especialmente no STJ – de não conhecer de HC substitutivo de Recurso Ordinário. Trata-se de um movimento de filtragem jurisdicional diante da avalanche de HCs diariamente interpostos no STJ. Por tal motivo, destacamos que atualmente tem predominado essa postura de não admitir HC substitutivo de Recurso Ordinário. Não sem razão, na prática forense, é comum ver-se – após a denegação do HC por um TJ ou TRF – a interposição de Recurso Ordinário (para atender o rigor formal do STJ) e também novo HC (argumentando a urgência diante da existência de prisão, na esperança de que o writ seja conhecido e provido). Já no STF, a situação começa a mudar, com as restrições em torno da impetração de HC substitutivo sendo relativizadas. Mas a situação ainda é polêmica e, além de gerar insegurança, cria um terreno fértil para o decisionismo.

Cumpra ressaltar que, em outro trecho da obra, o autor sustenta que “o alcance do writ não só se limita aos casos de prisão, pois também pode ser utilizado como instrumento para o collateral attack, possibilitando que seja uma via alternativa de ataque aos atos judiciais, e inclusive contra a sentença transitada em julgado.”

Phelipe França Vieira (2012. Pg. 11 e 12) afirma que:

a decisão de limitar o acesso do *habeas corpus* perante as cortes superiores demonstram, na minha visão, o assombro dos Ministros em observar diariamente as gritantes ofensas às suas próprias decisões e por não estarem devidamente aparelhados para receberem os inúmeros pleitos ou mesmo criar mecanismos para fiel aplicação de suas orientações, prostram-se pelo caminho fácil e criam entraves ao regular conhecimento dos diversos temas legais e Constitucionais, preferindo-se fazer-se cego a crise das garantias dos direitos, uma vez que redirecionam, subliminarmente, questões importantes para os malfadados recursos especiais e ordinários que levam anos para serem julgados e, em grande parte, restam resolvidos pela perda do objeto ou obstados em razão dos difíceis entraves dos ‘*requisitos e admissibilidades recursais*’.

Acrescentou que:

o amadurecimento das estipulações constitucionais criou valores principiológicos os quais detêm ampla efetividade, no qual destaco a **proibição do re-**

trocesso. (...) é dentro desta ótica que **a proibição constitucional do retrocesso surge para também abranger no seu âmbito de incidência os aspectos constitucionais processuais que servem para garantia do direito material fundamental**, já que ambos fundem-se na efetiva preservação do direito fundamental da liberdade.

Por fim, destacou que, “ainda que superado estes fundamentos, existe uma saída Internacional para suprir referido retrocesso democrático”, que, neste caso:

É justamente o **Pacto São José da Costa Rica** (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), norma supralegal, que nos seus exatos termos **impede a restrição** inaugurada pela Corte Superior, já que expressamente veda qualquer tentativa de limitação ou restrição ao instituto do *habeas corpus* que, nos termos do art. 5º, inciso LXVIII, é o descrito no art. 6º, item 6, do Decreto 678/92 previsto em nosso sistema

Em matéria publicada pelo IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Daniel Guimarães Zveibil²² afirmou ser equivocada “a decisão da 1.^a Turma do STF que ressuscita o ato institucional n.º 06/69 do Regime Militar de 1964, tentando pôr fim a antiga e venerável tradição de nosso direito constitucional que consente impetração de *habeas corpus* substitutivo de recursos.”

Por derradeiro, citamos a lição de Edilson Mougnot Bonfim (2015. Pg. 1032):

Ademais, no que tange recurso ordinário constitucional de *habeas corpus* ao STJ, cumpre mencionar entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de ser possível substituí-lo pelo pedido originário de *habeas corpus* direto à Corte Superior, conforme dispõe o art. 105, I, c, da CF. Não obstante, o mesmo entendimento é passível de ser adotado em relação à decisão denegatória de recurso ordinário constitucional pelo STJ, ocasião em que esse tribunal passa a ser coator, possibilitando o pedido originário ao STF, de acordo com o art. 102, I, i, da CF. Tais posturas viabilizam a celeridade e a economia processual, tendo em vista a praticidade e agilidade dos remédios constitucionais em relação aos recursos.

A divergência de posicionamentos, bem como a variedade de fundamentos, ainda que em defesa da mesma tese, nos demonstra a profundidade, extensão e relevância do tema em comento.

²² Mestre em Direito Processual Civil pela USP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Defensor Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Edicao03_01_daniel.PDF>. Acesso em: 23/10/2017.

CAPÍTULO 3. FUNDAMENTOS PARA O CONHECIMENTO DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

Como já demonstrado durante todo o trabalho, a vedação à impetração do *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional decorre de mera interpretação às normas pertinentes, não havendo limitação expressa para o caso. De igual modo procedem aqueles que defendem a possibilidade da impetração substitutiva, vez que também não há previsão para tal modalidade.

Com tudo, nas próximas linhas, buscaremos demonstrar fundamentos aplicáveis à espécie, no sentido de que não vem sendo feita a melhor interpretação por parte dos tribunais superiores.

3.1. Fundamentos Teóricos

Neste ponto, tendo como base o autor Ronald Dworkin, tentaremos trazer métodos de interpretação que devem embasar as decisões proferidas pelo poder judiciário, de modo a afastar qualquer tipo de ilegalidade ou convicção de ordem pessoal em prejuízo a observância dos princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio, bem como o seu fim, ainda que implícito.

3.1.1. *Interpretação Jurídica*

De início, vale mencionar que Dworkin é expresso em reconhecer as divergências existente no cotidiano jurídico. Para ele, no campo do direito “grande parte das divergências é teórica, não empírica.” (DWORKIN, 1999. Pg. 56).

Diante disso, Dworkin disserta sobre o que ele chama de concepções do direito, destacando, dentre elas²³, o direito como integridade, onde “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade

²³ São três modelos de interpretação do direito descritos por Dworkin, quais sejam, o convencionalismo, o pragmatismo judicial e a integração. Para o autor, o convencionalismo “exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui o poder legislativo.” Já o pragmatismo “exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro.” (...) “O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração.” (1999. Pg. 272 e 273)

e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (1999. Pg. 272).

Neste contexto, sobre a obra de Dworkin, Prado (2012) esclarece que:

O que se pretende, na visão do direito como integridade, é garantir uma coerência de princípio, isto é, identificar quais princípios justificam as leis e os precedentes do passado. Essa coerência de princípios passa a ser uma fonte de direitos.

A coerência de princípios permite que os cidadãos tenham direitos não declarados explicitamente na legislação e nos precedentes, mas apenas implicitamente reconhecidos através de princípios que justificam essas decisões políticas do passado.

(...)

Portanto, no direito como integridade, as pessoas têm todos os direitos que possam derivar, explícita ou implicitamente, dos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica com um todo.

Assim, Dworkin diz que “o direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que o seu enfoque contemporâneo assim o determine”. Desse modo, “o direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei” (...)” (1999. Pg. 274).

Na verdade, o direito como integridade se baseia na premissa “de que este é uma atitude interpretativa” (JUNIOR e MORKING, 2015. Pg. 18), que Dworkin intitula de romance em cadeia, onde “o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial” seria como “o crítico literário que destrinca as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo.” Porém, os juízes “são igualmente autores e críticos” (1999. Pg. 275)

Para Dicesar Beches Vieira Júnior e Francelize Alves Morking (2015. Pg. 18), neste romance em cadeia, “a completude das práticas judiciais fundamentada no princípio da integridade,” se daria como justificção de uma “decisão judicial como prática jurídica justa e equitativa para todos os cidadãos sob o manto do império do direito”.

Contudo, Dworkin adverte ser necessário a elaboração do melhor romance (interpretação) possível, uma verdadeira continuação, “como se fosse a obra de um único autor, e não como (...) produto de muitas mãos diferentes.” (1999. Pg. 276)

Em sua obra, o autor frisa, também, que:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas

Assim, trazendo a aplicação deste texto para nosso ordenamento jurídico, o qual foi elaborado sobre a égide de um Estado Democrático de Direito, requer-se “do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira” (CARVALHO NETTO *apud* JUNIOR e MORCKING, 2015. Pg. 18).

Portanto, para Dworkin, o que melhor elucida a ideia de direito é a integridade, onde há, por parte de seus interpretes “uma prática de justificação da decisão judicial, não legalista, positivista, mas sim, justa, equânime e com respeito ao devido processo legal adjetivo”, impondo-se “ao intérprete do direito a igual coerência e observância dos princípios constitucionais que personificam a comunidade política”, de modo que, à luz da integridade, uma decisão judicial possa expressar “uma prática argumentativa” e pressupor “um intérprete íntegro e consciente de sua função constitucional” devendo apreciar detidamente “as circunstâncias do caso concreto, a moral política da comunidade, a ética defendida pelas instituições que constitui o grupo social”, devendo estar em coerência com este, bem como “aos princípios que regem a Constituição” (JUNIOR e MORCKING, 2015. Pg. 25).

Noutro giro, vale citar a lição de Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho (2009. Pg. 135 e 136), sobre a interpretação constitucional à luz do princípio da unidade da constituição, segundo o qual:

as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em conseqüência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque — relembre-se o círculo hermenêutico— o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.

Na mesma obra, discorrem sobre o princípio da máxima efetividade, o qual “orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo”, especialmente “em sede de direitos fundamentais”, onde se deve objetivar a densificação de “seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas” (Pg. 140).

Temos também os ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos (2011. Pg. 437), dizendo que, “dentre as inúmeras possibilidades interpretativas delineadas na moldura normativa dos preceitos constitucionais, o intérprete deve escolher aquela que esteja em perfeita sintonia com o texto e o contexto da carta maior”, o que denomina como interpretação conforme a constituição.

Desse modo, caso o intérprete do direito se veja de frente à normas que dão azo à duas ou mais vias de interpretação, deverá optar pela que mais se aproxime dos ditames da constituição.

Temos também a interpretação conforme a vontade do legislador à época da criação da norma, onde Alexandre de Moraes (2016. Pg. 259) entende ser cabível o *habeas corpus* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional, “posto que a vedação existente na antiga ordem constitucional (art. 119, c, da Constituição revogada) não foi reproduzida pelo legislador constituinte de 1988.”

3.1.2. Pacto São José da Costa Rica: Direito à Liberdade Pessoal, Proteção Judicial e Normas de Interpretação

A Convenção Americana De Direitos Humanos, também chamada de Pacto De San José Da Costa Rica, nos dá subsídio à interpretação mais favorável de que a realizada pelos tribunais superiores nos dias atuais.

Através da promulgação do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, estabeleceu-se que “a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, (...) deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.” (art. 1º)

O pacto visa estabelecer “entre os países americanos (...) um regime de liberdade pessoal e de Justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido.” (GOMES, 2009. Pg. 2)

Nesse contexto, sobre o “Direito à Liberdade Pessoal”, em seu art. 7.6, a convenção dispõe que:

Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou

tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. (grifamos)

Em complemento, temos o art. 25.1, dispondo sobre a proteção judicial, dizendo que:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a projeta contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Assim percebemos que o Pacto São José da Costa Rica, em “seus exatos termos **impede a restrição**” ao *habeas corpus* substitutivo, conforme vem sendo aplicado pelas cortes superiores, “já que expressamente veda qualquer tentativa de limitação ou restrição ao instituto do *habeas corpus*”. (VIEIRA, 2012. Pg. 13)

Ademais, no art. 29, ao dispor sobre o modo como deve ser interpretado, o tratado é expresso no sentido de que:

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; (grifamos)

Assim, uma vez que o Brasil foi inserido aos métodos de “preservação dos direitos humanos mediante integração ao direito Internacional”, se torna inútil “qualquer tentativa de diminuição da incidência do instituto”. (VIEIRA, 2012, Pg. 17)

O autor menciona ainda, que o “amadurecimento das estipulações constitucionais criou valores principiológicos os quais detêm ampla efetividade, no qual destaco a proibição do retrocesso.” Portanto, partindo desta premissa, a vedação constitucional ao retrocesso “surge para também abranger no seu âmbito de incidência os aspectos constitucionais processuais que servem para garantia do direito material fundamental, já que ambos fundem-se na efetiva preservação do direito fundamental da liberdade.” (Pg. 12)

Nesse diapasão, José Roberto Machado (2014), dissertando sobre direitos humanos e o princípio da vedação ao retrocesso, diz que:

As questões afetas aos direitos humanos devem ser analisadas na perspectiva do reconhecimento e consolidação de direitos, de modo que uma vez reconhecido determinado direito como fundamental na ordem interna, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação. A partir daí, não há mais como o Estado regredir ou retroceder diante dos direitos fundamentais reconhecidos, o processo é de agregar novos direitos ditos fundamentais ou humanos

Portanto, nesta lógica, a postura e a visão do Estado em relação aos direitos fundamentais, deve ser sempre no sentido ampliativo, e jamais restritivo.

3.2. Fundamentos Práticos

No campo prático, o fundamento consiste em um apenas, porém, como se trata de direito à liberdade, torna-se argumento de enorme relevância.

Refere-se à celeridade na tramitação do *habeas corpus*, uma vez comparado como o recurso ordinário constitucional. Enquanto este último é interposto perante o juízo *a quo*, se sujeitando ao juízo de admissibilidade, com posterior remessa ao juízo *ad quem* após ofertada as contrarrazões, o primeiro conta com trâmite acelerado, impetração direta para a autoridade superior à coatora, e a possibilidade de concessão de medida liminar.

Para Alexandre de Moraes (2016. Pg. 260), esse seria um dos motivos pelo qual a impetração substitutiva deve ser admitida, pois, a “possibilidade constitucional de interposição de recurso ordinário (...) contra a denegação do writ, (...) não propicia, de imediato, a tutela ao direito de locomoção.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a fundamentação exposta por aqueles que defendem a impossibilidade de impetração do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, bem como por aqueles que são pró à impetração substitutiva, analisando ainda, alguns métodos de hermenêutica, chegamos à conclusão que segue.

Desde sua primeira aparição no ordenamento jurídico pátrio, a ação autônoma de impugnação visou tutelar a liberdade de locomoção, sendo impetrada de forma ampla, à exceção da vedação feita pelo o ato institucional de nº 06, editado em 1º de fevereiro de 1969.

Contudo, de forma prudente, tal disposição foi afastada quando da promulgação da CF/88, o que era necessário, já que visava-se, com a nova constituição, instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício, dentre outros, do direito à liberdade, conforme extraímos do preâmbulo.

Desse modo, a brusca mudança de jurisprudência da Primeira Turma do STF no ano de 2012, no sentido de não mais admitir o *habeas corpus* substitutivo da via recursal própria, tese esta acolhida pelo STJ, mostra-se na contramão dos fins pretendidos pela CF/88, inobstante a ausência de previsão para o *habeas corpus* substitutivo.

Havendo a possibilidade de duas ou mais interpretações de um texto normativo, seja pela omissão ou por uma redação ambígua ou incerta, cabe ao intérprete, que, neste caso é o julgador, decidir o que é direito e aplicá-lo de modo interpretativo, pois este é seu conceito (DWORKIN, 1999. Pg. 488).

Somente se agir desse modo é que o julgador estará aplicando o que Dworkin chama de direito íntegro, o qual “fornece tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa de nossa prática jurídica como um todo” (1999. Pg. 490), bem como deplora a ideia positivista “de que “lei é lei”” (Pg. 274).

Portanto, os nobres julgadores, ao ser absterem da interpretação na forma chamada por Dworkin de “romance em cadeia”, estão, de modo inadmissível, limitando e aviltando “o acesso ao *habeas corpus*, uma das maiores garantias constitucionais e talvez o maior patrimônio do cidadão.” Agindo assim, as cortes superiores refutam a garantia constitucional do acesso à Justiça, e vão de encontro à tutela “ao direito fundamental à liberdade de locomoção” (VALENTE JR., 2014. Pg. 15).

Ademais, em que pese a inexistência de previsão legal para a modalidade de *habeas corpus* então rechaçada pelas cortes superiores, nenhuma norma de natureza procedimental deve se sobrepor à uma garantida constitucional fundamental tão robusta como a liberdade.

Havendo urgência e ilegalidade patente em razão de efetiva ou suposta coação ilegal, o cidadão não pode ter seus direitos que foram instituídos sob o mando de um Estado Democrático de Direito, limitados ao que, pedindo *vênia* aos entendimentos divergentes, entendemos ser uma medida tomada com base “em razões de ordem prática, pragmática, de gerência judiciária, para reduzir o absurdo número de processos que tramitam nos Tribunais Superiores,” e não em princípios, ideais e fundamentos jurídicos (VALENTE JR., 2014. Pg. 15).

Assim, mesmo diante de um quadro de agravamento da situação administrativa das cortes superiores, faltou à elas uma visão interpretativa no intuito de dar maior efetividade e coerência na aplicação do texto constitucional, bem como do Pacto São José da Costa Rica, o que vem ocasionando enormes prejuízos aos seus jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal: esquematizado. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 22/09/2017.

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do. 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 14/10/2017.

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do. 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14/10/2017.

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do. 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14/10/2017.

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do. 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 14/10/2017.

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do. 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 14/10/2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22/09/2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando e COLNAGO, Rodrigo Henrique. Código de processo penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2015).

DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13.ed. reformn. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANÇA, R. Limongi. Hermenêutica Jurídica. 13. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Pacto de San José é cada vez mais aplicado no STF. Disponível em:<<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2027808/pacto-de-san-jose-e-cada-vez-mais-aplicado-no-stf>>. Acesso em 04/11/2017.

JÚNIOR, Dicesar Beches Vieira e MORKING, Francelize Alves. Ronald Dworkin e o direito como integridade: uma teoria da decisão judicial aplicada ao direito do trabalho. Revista Paradigma, Ribeirão Preto/SP, a. XX, V. 24, N. 1, p. 186/212. Jan./jun. 2015 ISSN 2318-8650. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/476-2081-3-pb.pdf>>. Acesso em: 03/11/2017.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 4 ed. rev. e ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco Mendes. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

MESSA, Ana Flávia. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª edição, revista e atualizada até setembro de 1999. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

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

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. *Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o Direito como Integridade*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-metodos-interpretativos-de-ronald-dworkin-e-o-direito-como-integridade,41027.html>>. Acesso em: 03/11/2017.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª ed. Revista, ampliada e atualizada. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SÚMULA DO STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 30.09.2017

Superior Tribunal Militar: disponível em: <https://www.stm.jus.br/>. Acesso em; 30/09/2017.

Supremo Tribunal Federal. Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>. Acesso em 22/09/2017.

VALENTE JR., Felipe Fernandes. Habeas corpus e o recurso ordinário constitucional: comentários à nova jurisprudência pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Revista Brasileira de Direito Processual – RBD-Pro, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 135153, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/02/artigo-habeas-corpos-rbdpro.pdf>>. Acesso em: 04/11/2017.

VIEIRA, Phelipe França. Habeas Corpus e as Recentes Restrições do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. 2012. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/15740/HABEAS_CORPUS_E_AS_RECENTES_RESTRI__ES.pdf>. Acesso em 07/05/2017.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Considerações sobre a “nova” vedação do habeas corpus substitutivo de recurso. In: Tribunal Virtual. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Edicao03_01_daniel.PDF>. Acesso em: 23/10/2017.