

Boletim - 247 - junho/2013

[A matemática humana do habeas...](#)

[Sumário](#) > [Editorial](#) > [Artigos](#) > [Jurisprudência](#)

GESTÃO DO BOLETIM BIÊNIO 2013/2014

Coordenadora chefe:

Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores adjuntos ▶

Cecília de Souza Santos, José Carlos Abissamra Filho, Matheus Silveira Pupo e Rafael Lira.

Colaboradores ▶

A matemática humana do habeas corpus

Autor: Adriana Almeida de Oliveira e Paula Lima Hyppolito Oliveira

Desde o julgamento do HC 109.956, a comunidade jurídica, especialmente os advogados, tem se dedicado à sua análise, que tem sido objeto de matérias de jornais ou periódicos jurídicos. Este artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas timidamente almeja lançar mais uma reflexão sobre essa que talvez seja a mais cara das ações constitucionais, o mais efetivo instrumento à garantia da liberdade e defesa do direito dos acusados em geral: o *Habeas Corpus*.

1. A ampliação do alcance do HC

É indubitável que o HC teve seu alcance estendido ao longo do tempo. Passou esse remédio constitucional a cuidar de “qualquer ato constritivo direta ou indiretamente à liberdade, **ainda que se refira a decisões jurisdicionais não vinculadas à decretação de prisão**”,⁽¹⁾ extrapolando, para alguns,⁽²⁾ os estritos contornos perfilhados em sua concepção e previsão legal. Para outros, contudo, o alargamento desse instrumento impugnativo nada tem de ilegal; diversamente, é decorrência lógica de sua existência, porquanto “são atos ou medidas proferidas em processo (ou procedimentos) criminais **que possuem clara repercussão na liberdade do indivíduo, mesmo que de modo indireto. Afinal, o ajuizamento de ação penal contra alguém provoca constrangimento natural, (...) servindo de base para, a qualquer momento, o juiz decretar medida restritiva de liberdade, em caráter cautelar**”.⁽³⁾

Se dúvidas existem quanto à conveniência de se conferir amplo alcance ao HC, o mesmo não se diga quanto às razões que justificam o seu uso recorrente. Deveras, a celeridade do seu trâmite explica em muito por que se opta por essa ação em detrimento dos recursos previstos nas leis processuais penais (isso sem contar as decisões oponíveis só pelo HC). Outrossim, o estrito vínculo que, no curso de uma persecução penal, a liberdade trava com outros tantos direitos constitucionais igualmente relevantes (e.g., intimidade, inviolabilidade do domicílio etc.) dá força ao manejo do HC para imediata proteção desses. Rendidos a essas evidências, os tribunais superiores passaram a admitir com a amplitude merecida o remédio heroico. Com efeito, às portas do Superior Tribunal de Justiça bateram 200 mil *habeas corpus* até 2011, chegando à Corte Suprema 4.457 ações no mesmo ano. Esses números certamente causam espanto. Contudo, não assustam mais do que a afirmação de que isso representa apenas 10% do que chega ao STF⁽⁴⁾ e – pior – de que só nessa Corte são reformados 23% dos atos a que tal ação visa combater. Ou seja, quase 25% dos remédios constitucionais submetidos à apreciação dos nossos mais altos magistrados, ao menos em tese, têm sua razão de ser. O índice é elevado, no entender dos próprios ministros da Corte.⁽⁵⁾

Todavia, tem-se dado maior relevo aos outros 75% de HCs impetrados, mas não conhecidos ou denegados. *Data venia* àqueles que assim o fazem, a comparação dos números não pode ser feita matematicamente, desatrelada do contexto jurídico em que se inserem. Está-se diante de 25% de casos de ilegalidade que resultaram ou resultariam em perda do direito de ir e vir do paciente, se o STF em relação a eles não tivesse se pronunciado. *Está-se, no mínimo, diante de 25 pessoas entre 100 que poderiam ter sua liberdade privada em virtude de ato incorreto, indevido ou abusivo de uma autoridade*. Não são cifras, são pessoas escondidas por detrás de porcentagens, o que agrega valor imensurável aos “somente” 25% em questão.

2. O cabimento do HC, à luz da Lei

Mas, e a lei vê rostos ou números?

O art. 102, II, a, da Constituição Federal prevê que compete à Corte Suprema julgar *em recurso ordinário constitucional* os HCs denegados *em única* instância pelo STJ. Da interpretação literal do referido dispositivo, extrai-se que caberá ao STF apreciar o mérito do recurso constitucional, “quando a decisão tiver sido originária, ou seja, os **Tribunais Superiores não podem ter reformado ou mantido qualquer decisão anterior, mas sim julgado em instância única**”.(6)

Ocorre que, a despeito de o recurso constitucional ser, tecnicamente, a via cabível para combater a decisão denegatória de HC, a jurisprudência foi caminhando para o entendimento de que o remédio constitucional poderia ser manejado, *como substituto de tal recurso*.

Não, porém, sem divergência. Se o recurso ordinário só é passível de atacar os HCs denegados *em única* instância pelos Tribunais Superiores, o writ que esse recurso substitui estaria adstrito à mesma específica finalidade. Nesse sentido, esclarecedor o voto do eminente Ministro Nelson Jobim, em Questão de Ordem no HC 78.897:

“No caso, o Tribunal estadual julgou o Habeas. Cabia recurso ordinário para o STJ. O paciente optou pela impetração de um Habeas perante o STJ. O STJ conheceu, em parte, do Habeas Corpus como substitutivo de recurso cabível contra decisão do tribunal estadual. E o indeferiu. A decisão do STJ, no Habeas, não foi, a rigor, originária. Foi uma decisão que revisou, via Habeas, a decisão de tribunal estadual, contra a qual cabia recurso ordinário. Dessa decisão não cabe recurso ordinário para o STF, porque não é ela originária, mas, sim, derivada. (...) Logo, não cabe o habeas corpus, porque ele é substitutivo de recurso ordinário que não cabe”.

A interpretação isolada do inciso II, alínea a do art. 102 da CF, poderia levar à equivocada conclusão de que nunca se chegaria ao STF, *se não pela via do recurso extraordinário*, o exame de ilegalidades, incorreções ou equívocos das autoridades de grau inferior ao STJ.

Logo, imprescindível se faz superar esse raciocínio hermético, percorrendo não só a *gênese* do art. 102, I, i, da CF, que traz a competência da Corte Suprema para o julgamento do HC, mas também o direito de contestar os atos das autoridades que ameacem ou violem a liberdade, conforme estampado no art. 5.º, LXVIII, da Carta Magna.

No que atine a esse dispositivo, ressalte-se que se fala em *gênese*, porque a atual redação do referido diploma legal poderia levar à mesma interpretação que teve o eminente Min. Jobim. Explica-se: nos termos do artigo vigente, incumbe ao STF julgar originariamente “o habeas corpus, quando o coator for **Tribunal Superior** ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância”.

Daí por que, conforme o ilustre Min. Jobim, se o Tribunal Superior estivesse a reformar decisão de autoridade submetida a sua jurisdição, estar-se-ia diante de uma **decisão “derivada”**, nas palavras do magistrado. De outro modo, não seria essa Corte Superior propriamente a autoridade coatora, justificando-se tal entendimento favorável à impossibilidade de impetração do writ perante o STF.

Obviamente que se poderia argumentar que, a despeito de decisões anteriores, no momento em que o Tribunal Superior se manifesta, torna-se a autoridade coatora, pois a sua decisão sucede e substitui a anterior. Contudo, parece-nos que tal não seria suficiente para estancar definitivamente a questão.

É preciso, diversamente, reavivar os idos de 1999, uma vez que antes da Emenda Constitucional 22 inexistia dúvida de que a Corte Suprema tinha competência para examinar os atos de todas as autoridades hierarquicamente inferiores.

Antes da referida emenda, a Constituição Federal enunciava em seu art. 102, I, i, que a Corte Suprema teria competência originária para julgar “o habeas corpus, quando o coator ou o paciente for **tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal**, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância”; depois da alteração, a competência se restringiu aos atos em que o coator fosse *não qualquer autoridade abaixo do STF, mas sim os Tribunais Superiores*, mantida as demais competências.

A EC 22, longe de pretender extrair do STF a competência para examinar atos de autoridades de grau menor que dos Tribunais Superiores, visou a impedir um esvaziamento da competência do STJ, evitando que o interessado escolhesse o órgão jurisdicional que lhe parecesse mais cabível. Com a alteração,

traçou-se um caminho obrigatório para o *habeas corpus*, assentando, definitivamente, a competência do STJ como prévia a do STF.

Foi o que explicaram Ministros da Corte participantes do julgamento daquela Questão de Ordem no HC 78.897. Dos votos divergentes, destacam-se: **“Havendo coação ilegal sobre a liberdade de locomoção, em qualquer lugar, em processo de qualquer espécie – e seja quem for a autoridade coatora – caberá habeas corpus perante esta Corte para assegurar o direito de ir e vir. A distinção feita por este Tribunal entre habeas-corpus originário e habeas-corpus substitutivo tem a ver, única e exclusivamente, com o exame da competência para processar e julgar o pedido, dado que o uso alternativo de um e de outro, ainda que permitido, não pode implicar em livre escolha do juízo por parte do impetrante(...) resta ao impetrante, como última instância, valer-se do Supremo Tribunal Federal para o julgamento final do pedido, em que se alega constrangimento de sua liberdade”** (Min. Maurício Corrêa).

“A própria ordem jurídica agasalha essa impetração. (...) estamos diante de articulação no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça – e pouco importa a medida que o levou a tanto – praticou o ato. Ora, em face dessa premissa, protocolizado o habeas corpus, a competência para julgá-lo é realmente do Supremo Tribunal Federal” (Min. Marco Aurélio).

“A tradição Republicana da competência do Supremo Tribunal Federal é que nenhum habeas corpus denegado deixa de poder chegar à Corte. Não quero romper essa tradição. E não creio que a Emenda Constitucional 22, de 1999, o tenha feito; apenas pôs ordem aos degraus de hierarquia judiciária, fazendo com que o tribunal superior competente para conhecer, em recurso especial, das decisões criminais de segundo grau, também se tornasse competente – antes ao Supremo, mas sem subtrair-lhe a última palavra – para o julgamento do habeas corpus contra elas requerido. Nada mais do que isso” (Min. Sepúlveda Pertence).

Interpretar a atual redação do art. 102, I, i, da CF, exige que se tenha em mente o fim da norma, desvencilhando-se dos contornos escolhidos para enunciá-la, ao longo do penoso e, infelizmente, por muitas vezes, atécnico processo legislativo. E a compreensão teleológica do referido diploma legal não leva a outra conclusão que não a de que a EC 22 não extraiu do STF a competência para julgar HCs impetrados em face de atos de autoridades diversas do STJ; *somente colocou a Corte Superior na linha de frente, filtrando o que chega àquela Corte*, inviabilizando que o impetrante escolhesse o Tribunal que lhe fosse mais conveniente.

Seja como for, é ainda o art. 5.º, LXVIII, da CF, *expresso em dizer: “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”*. Daí por que usar o cabimento do ROC como negativa ao manejo do HC não só não explica coisa alguma; é também incapaz de derogar o *status* constitucional pético atribuído ao *writ*.

Mas, e a Lei vê rostos ou números? A nosso entender, nem um nem outro: quem vê é o homem que a aplica. Daí por que urge a ele bem interpretá-la, à luz do que preponderantemente merece ser visto.

3. O julgamento do HC 109.956

Nesse quadro, é que se destaca o HC 109.956. Surpreendeu-se a comunidade jurídica com a guinada de posicionamento do STF, em seu julgamento. Após afirmar que *“atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de habeas corpus”*, o Min. Marco Aurélio se manifestou pela *“inadequação do habeas corpus quando o caso sugere recurso ordinário constitucional”*.

Ou seja, adotou rumo totalmente oposto ao que perfilhou quando do julgamento da referida questão de ordem, rumo que tem sido seguido pelos demais Ministros da 1.ª Turma do STF, e também pelos integrantes das Turmas Criminais do STJ. De outro lado, vê-se a concessão de ofício de HCs impetrados anteriormente ao v. julgado supramencionado, em casos de flagrante ilegalidade.

Daí as indagações: será que o direito constitucional de um cidadão pode ser contraposto à burocracia, às atribuições de nossas Cortes Superiores? Encontram esses igual peso na balança da JUSTIÇA? Felizmente, em decisão posterior ao voto do Min. Marco Aurélio, a 2.ª Turma do STF, por maioria, sinalizou que continuará a analisar qualquer ameaça aos direitos de ir e vir dos cidadãos. Ao julgar o HC 112.851, em 05.03.2013, impetrado contra r. decisão de Ministro do STJ que indeferiu liminarmente o *writ* por falta de risco à liberdade de locomoção, o eminente Min. Gilmar Mendes lembrou que *“a tendência pela ampliação do espectro do HC já começou a firmar-se na Suprema Corte sob a égide da Constituição de 1891 e se consolidou posteriormente, mesmo com o advento do mandado de segurança, em 1934, destinado a proteger o indivíduo contra o abuso de poder.”*, e afirmou com todas as letras que *“Incomoda-me restringir seu espectro (o do HC) de tutela”*.(7)

O Ministro relator “afastou a assertiva de que habeas corpus seria o meio próprio para tutelar tão somente o direito de ir e vir do cidadão em face de violência, coação ilegal ou abuso de poder”, sem olvidar “as legítimas razões que alimentariam a preocupação com o alargamento das hipóteses de cabimento do habeas corpus e, com efeito, as distorções que dele decorreriam. Contudo, observou que seria mais lesivo, ante os fatos históricos, restringir seu espectro de tutela”.(8)

No mesmo julgamento, o decano do STF, Ministro Celso de Mello, foi igualmente enfático em suas observações, no sentido de que “estaria preocupado com ‘a abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acharia impregnado o remédio constitucional do *habeas corpus*, especialmente se se considerar o tratamento que o STF dispensaria ao *writ*”.

Parece que temos esperança de que não será tão simples limitar – e por que não dizer – acabar com a principal arma na luta contra arbitrariedades e ilegalidades. Ainda se veem rostos por detrás de números.

Notas

(1) Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 949.

(2) Nesse sentido, ver STJ: *HCs* 216.882, 239.957 e 201.483.

(3) Nucci. *Op. cit.*, p. 949

(4) Número de *HCs* nos tribunais superiores triplicou na última década. Disponível

em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI164849,61044->

[Numero+de+HCs+nos+Tribunais+Superiores+triplicou+na+ultima+decada](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI164849,61044-Numero+de+HCs+nos+Tribunais+Superiores+triplicou+na+ultima+decada).

(5) Vasconcellos, Marcos de. *Maior quantidade de HCs não justifica restrição*. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2012-mai-21/maior-numero-hcs-nao-justifica-restricao-dizem-ministros-anuario>.

(6) Moraes, Alexandre. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas. 2006, p. 509.

(7) Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232569&caixaBusca=N>. Acesso em: 12 abr. 2013, às 15:36.

(8) *Informativo do STF* n. 697.

Adriana Almeida de Oliveira

Mestranda em Processo Penal pela Faculdade de Direito da USP.

Advogada.

Paula Lima Hyppolito Oliveira

Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da FGV.

Advogada.