

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Juliana Brust Orso

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

Porto Alegre

2013

JULIANA BRUST ORSO

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Vanessa Chiari Gonçalves

Porto Alegre

2013

JULIANA BRUST ORSO

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre, ____ de _____ de 2013.

Conceito: _____

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves
Orientadora

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar a possibilidade de utilização do habeas corpus como substituto de recurso previsto no sistema processual penal ou em substituição à revisão criminal. Inicialmente é realizada uma breve contextualização histórica da inserção e do desenvolvimento do remédio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. A seguir, são apresentadas as possibilidades e os limites do habeas corpus. Na sequência, são apresentados posicionamentos divergentes acerca da utilização do habeas corpus como sucedâneo recursal. Em todo o estudo, a análise é realizada por meio da exposição dos posicionamentos doutrinários e do tratamento da questão pelos tribunais brasileiros. Conclui-se que, independentemente da possibilidade de interposição de recurso ou de ajuizamento de revisão criminal, nos casos em que se verifica ilegalidade no constrangimento à liberdade de locomoção bem como a urgência na resolução do caso, é possível a utilização do habeas corpus.

Palavras-Chave: Processo Penal. Habeas Corpus. Sucadâneo recursal. Liberdade de locomoção. Constrangimento ilegal.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the possibility of the use of the writ of habeas corpus as a collateral attack, filed while you have a direct appeal. It initially performed a brief historical overview of the development and integration of the constitutional remedy in Brazilian law. Next, the possibilities and limits of habeas corpus are presented. Following divergent positions on the use of habeas corpus as a substitute for appeal are presented. Throughout the study, the analysis is performed by exposing the doctrinal positions and addressing the issue by Brazilian courts. We conclude that, regardless of the possibility of an appeal or filing a criminal revision in cases where there is lawlessness in the constraint to freedom of movement and the urgency in solving the case, the use of habeas corpus is possible.

Keywords: Criminal Procedure. Freedom of movement/Mobility rights. Illegal constraint. Habeas Corpus. Substitute appeal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art(s). - **Artigo(s)**

CF – **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

CPP – **Código de Processo Penal**

HC – *Habeas Corpus*

STJ – **Superior Tribunal de Justiça**

STF – **Supremo Tribunal Federal**

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 HISTÓRIA DO HABEAS CORPUS NO BRASIL.....	10
2.1 Brasil-Império.....	10
2.2 Constituição de 1891 e a Doutrina Brasileira do habeas corpus.....	12
2.3 Reforma Constitucional de 1926.....	15
3 HABEAS CORPUS – POSSIBILIDADES E LIMITES.....	18
3.1 Natureza jurídica.....	18
3.2 Sujeitos processuais, competência e procedimento.....	19
3.3 Hipóteses de impetração.....	21
3.3.1 Além da liberdade de locomoção?.....	21
3.3.2 Constrangimento ilegal.....	24
3.3.2.1 Ausência de justa causa (art. 648, inciso I, do CPP).....	24
3.3.2.2 Permanência na prisão por mais tempo do que determina a lei (art. 648, inciso II, do CPP).....	26
3.3.2.3 Incompetência daquele que ordenou a coação (art. 648, inciso III, do CPP).....	27
3.3.2.4 Cessação do motivo que autorizou a coação (art. 648, inciso IV, do CPP).....	28
3.3.2.5 Inadmissão de fiança nos casos em que a lei a autoriza (art. 648, inciso V, do CPP).....	28
3.3.2.6 Nulidade manifesta do processo (art. 648, inciso VI, do CPP).....	28
3.3.2.7 Extinção da punibilidade (art. 648, inciso VII, do CPP).....	29
3.4 Profundidade da cognição e análise de provas.....	30
4 O HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO RECURSAL.....	33
4.1 Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário.....	38
4.2 Habeas corpus substitutivo de Recurso Especial e de Recurso Extraordinário.....	42
4.3 Habeas corpus substitutivo de Revisão Criminal.....	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

O *habeas corpus* (HC) é instrumento constitucional que visa à proteção da liberdade de locomoção. A abrangência desta garantia foi, desde sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial. Um dos aspectos desta discussão é a possibilidade de impetração do remédio constitucional quando cabível recurso próprio ou outra ação autônoma de impugnação, como a revisão criminal.

Em notícia veiculada no sítio do Superior Tribunal de Justiça (STJ) consta a informação de que em 2012 tinham sido impetrados quase 260.000 (duzentos e sessenta mil) *habeas corpus* nesta Corte Superior. Destes, quase a metade foi impetrada em intervalo de três anos (de 2009 a 2012). Estes dados levam a uma necessária reflexão sobre o remédio constitucional.

Neste contexto, este trabalho tem como objetivo realizar um estudo acerca do uso do *habeas corpus* como substituto de recurso previsto no sistema processual penal ou em substituição à revisão criminal. Para tanto, formulam-se as seguintes hipóteses: a) a impossibilidade de impetração de *habeas corpus* quando há recurso específico previsto no sistema processual penal, sob pena de banalização do remédio constitucional; b) a possibilidade de impetração de *habeas corpus* mesmo quando há previsão de recurso específico, pois trata-se de garantia constitucional; c) a possibilidade de impetração de *habeas corpus* como substitutivo de recurso ou de revisão criminal apenas em caso de ilegalidade que cause constrangimento (ou ameaça de constrangimento) à liberdade de locomoção.

A exposição da matéria será dividida em três partes (Capítulos 2, 3 e 4). Na primeira, procede-se à contextualização histórica do instituto no Brasil. Analisa-se sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro no período imperial, bem como seu desenvolvimento a partir da sua previsão na primeira constituição republicana. Destaca-se a formulação da denominada doutrina brasileira do *habeas corpus*, em que surge a problematização do alcance do *habeas corpus* e da necessidade de sua utilização para a proteção de direitos não garantidos constitucionalmente de outra forma.

No Capítulo 3, desenvolve-se estudo acerca das possibilidades e dos limites do *habeas corpus*. Expõe-se a previsão do instituto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) e no Código de Processo Penal, as hipóteses de impetração e as limitações. São expostos os posicionamentos doutrinários e destacadas decisões que expressam discussões relevantes sobre o tema.

Por fim, no Capítulo 4, utiliza-se como ponto de partida caso julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em que foram expostos diversos argumentos sobre o tema deste estudo. A seguir, o problema é delineado a partir de julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no HC nº 109.956/PR, considerado mudança de paradigma sobre o tema, com a apresentação dos posicionamentos decorrentes desta decisão. Na sequência, são destacadas três situações em que a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo recursal se apresenta com maior frequência na jurisprudência: o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, de recurso especial e extraordinário e de revisão criminal. Selecionou-se decisões dos Tribunais Superiores que demonstram a importância da discussão, bem como as linhas decisórias atuais, buscando uma conclusão acerca das hipóteses formuladas.

2 HISTÓRIA DO *HABEAS CORPUS* NO BRASIL

Pontes de Miranda apresenta como a 'Magna Carta' brasileira (fazendo referência à *Magna Carta Libertatum*, promulgada por João Sem Terra, na Inglaterra, em 1215) o Decreto de 23 de maio de 1821, que, embora não tenha previsto o *habeas corpus*, foi o primeiro passo para a tutela da liberdade individual, estabelecendo, por exemplo: como deveria ser a ordem de prisão, o prazo de 48 horas para concluir o processo dos que estivessem presos e as condições dos estabelecimentos prisionais.

2.1 Brasil-Império

Durante o período colonial, a liberdade individual era tutelada pelo interdito *de homine libero exhibendo* (TOURINHO FILHO, 2012 p. 645).

Acerca da origem do *habeas corpus* no Brasil, embora não previsto na Constituição de 1824, o instituto era compatível com o texto constitucional¹, que assegurou proteção à liberdade individual. Nas palavras de José de Alencar:

“[...] alguns pensam que o *habeas corpus* data do Código do Processo (1832); minha opinião é contrária. Entendo que, embora caiba aos autores do Código do Processo a glória de terem compreendido e tratado de desenvolver o pensamento constitucional, todavia o *habeas-corpus* é instituição constitucional, o *habeas-corpus* está incluído, está implícito na Constituição, quando ela decretou a independência dos poderes e quando deu ao Poder Judiciário o direito exclusivo de conhecer tudo quanto entende com a inviolabilidade pessoal” (ALENCAR *apud* PONTES DE MIRANDA, 1951, p. 129)

O *habeas corpus*, previsto no Código Criminal de 1830, foi regulado pelo Código de Processo Criminal de 1832², sendo cabível nas hipóteses de prisão ou constrangimento ilegal à liberdade. Segundo Pontes de Miranda (1951, p. 127), “*habeas-corpus* é pretensão, ação e remédio. A pretensão data de 1830 (Código Criminal, artigos. 183-188). A ação e o remédio, de 1832.” Havia também a previsão da concessão de ofício da ordem de *habeas corpus* no artigo (art.) 344 do Código de Processo Criminal.

1 Constituição de 1824, art. 179, inciso VIII: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.”

2 Código de Processo Criminal de 1832, art. 340: “Todo o cidadão que entender, que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor.”

Neste primeiro momento, havia somente a previsão do *habeas corpus* liberatório, cabível quando já configurado constrangimento à liberdade de locomoção (*jus manendi, ambulandi, eundi, viviendi ultro citroque*).

O art. 353 do Código de Processo Criminal estabelecia em que situações a prisão era considerada ilegal:

Art. 353. A prisão julgar-se-ia ilegal:
 1º Quando não houver uma justa causa para ella.
 2º Quando o réo esteja na cadeia sem ser processado por mais tempo do que marca a Lei.
 3º Quando o seu processo estiver evidentemente nullo.
 4º Quando a autoridade, que o mandou prender, não tenha direito de o fazer.
 5º Quando já tem cessado o motivo, que justificava a prisão.

Em 1863, Aviso do Ministério da Justiça equiparou à prisão “para os efeitos de concessão do *habeas-corpus*, todos e quaisquer constrangimentos ilegais à liberdade física, proviessem de autoridades administrativas ou judiciárias” (PONTES, 1951, p. 134).

A lei nº 2.033 de 1871 excluiu a possibilidade de concessão de *habeas corpus* nos casos de pronúncia ou condenação³. Em defesa desta restrição, manifestou-se Saião Lobato no sentido de que seria um contrassenso a conversão do *habeas corpus* em recurso ordinário para reforma de sentença (*apud* PONTES DE MIRANDA, 1951, p. 137-138). Por outro lado, inseriu na legislação brasileira o *habeas corpus* preventivo⁴, espécie não conhecida nos antecedentes históricos ingleses (TOURINHO FILHO, 2012, p. 647).

Tourinho Filho (2012, p. 647) ressalta que o desenvolvimento do instituto no Brasil foi tal que o Decreto nº 848 de 11/10/1890 estabeleceu a possibilidade de interposição de recurso para Suprema Corte no caso de denegação de ordem de *habeas corpus*, o que foi mantido na Constituição de 1891.

Sobre a evolução do *writ*, afirma Pontes de Miranda (1951, p. 127) que

Só recurso pronto, fácil suspensivo, como o *habeas corpus*, pode acudir à liberdade dos indivíduos.
 [...]
 Foi sentindo essa verdade, tão simples quanto profunda, que os brasileiros fizeram cada vez mais extensiva e liberal a forma processual que lhes emprestaram os

3 Lei nº 2.033/1871, art. 18, § 2º Não se poderá reconhecer constrangimento ilegal na prisão determinada por despacho de pronúncia ou sentença da autoridade competente, qualquer que seja a arguição contra taes actos, que só pelos meios ordinarios podem ser nullificados.

4 Lei nº 2.033/1871, art. 18, §1º ”Tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas-corpus* ainda quando o impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal, mas se veja delle ameaçado “

ingleses. O aprofundar-se contínuo dessa convicção prática coincide mesmo com a evolução do *habeas corpus* de 1832 a 1930, com dois eclipses parciais de 1930-1934 e 1937-1946 [...]

2.2 Constituição de 1891 e a Doutrina Brasileira do *habeas corpus*

O *habeas corpus* foi assegurado constitucionalmente a partir de sua inserção na Constituição de 1891, no art. 72, §22, que previa: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”. Segundo Pontes de Miranda (1951, p. 166), os legisladores constituintes perceberam que o *habeas corpus* era imprescindível à dinâmica republicana.

O instituto vinha sofrendo modificações eventuais desde sua inserção no ordenamento jurídico. No entanto, a previsão constitucional representou “verdadeira mutação fortuita”, nas palavras de Pontes de Miranda (1951, p. 166), que afirma também que “os processos da evolução jurídica (como de todas as evoluções naturais) são a assimilação e as [*sic*] dissimilação: assimilando, conserva institutos e aumenta-lhes a aplicabilidade, como sucedeu ao *writ of certiorari* (Estados Unidos da América), ao *habeas-corpus* (Brasil), etc.; dissimulando, conserva órgãos e enfraquece ou destrói funções [...]” (1951, p. 167).

A partir do texto constitucional formaram-se, inicialmente, duas correntes. A primeira, tradicional, defendia uma interpretação restritiva, segundo a qual o remédio do *habeas corpus* mantinha-se como a clássica instituição inglesa vigente durante o período imperial – protegendo somente os direitos de ir, vir e ficar – pois tratava-se de instituto historicamente delimitado e restrito. A outra, renovadora, em interpretação extensiva do texto constitucional, estendia as hipóteses de cabimento do *writ*.

Representante da segunda corrente, Rui Barbosa defendeu que o legislador constituinte havia intencionalmente concedido maior abrangência ao instituto na Constituição de 1891, amparando não só a liberdade física do indivíduo, mas qualquer liberdade, qualquer direito individual transgredido por uma arbitrariedade ou ilegalidade (MOSSIN, 2008, p. 33). Em discurso proferido no Senado Federal, em 22/01/1915, o então senador, demonstrou este posicionamento:

Que fez, porém, o legislador constituinte neste regime? Rompeu, abertamente, pela fórmula que adotou na carta republicana, com a estreiteza da concepção do *habeas corpus* sob o regime antigo. A definição do *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se fala em prisão, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e

violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*.(MOSSIN, 2008, p.35-36)

Em consonância com esse entendimento, Luiz Moraes Correia (1929, p.6) afirma que o objetivo era proteger não somente a liberdade de locomoção, mas também a liberdade de ação atinente ao exercício de qualquer direito. Os únicos critérios para a utilização do *habeas corpus* seriam a liquidez do direito e a ilegalidade da coação. Assim, cabível o *habeas corpus* sempre que o exercício de um direito certo e incontestável fosse obstado ou estivesse ameaçado de o ser por ato ilegal ou de abuso de poder.

É possível afirmar que na primeira década do século XX consolidou-se o posicionamento de que “o *habeas corpus* aplica-se à proteção da liberdade individual em sentido amplo e não ao caso restrito de não poder ser preso e conservado em prisão por ato ilegal” (PIZA DE ALMEIDA *apud* HORBACH, 2007, p. 78). É representativa do alcance dado ao remédio constitucional a concessão de *habeas corpus* em 06/05/1914 (HC 3.536), ao então senador Rui Barbosa, assegurando-lhe o direito de publicar seus discursos proferidos no Senado onde, como e quando lhe conviesse, assegurando, assim, sua liberdade de expressão.

A redação do dispositivo (que não mencionava direito de ir e vir, liberdade de locomoção, prisão ou liberdade física) permitiu, portanto, a ampliação das hipóteses de cabimento do remédio constitucional, levando, de acordo com Tourinho Filho (2012, p. 652-653), à construção da chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*, que consistiu, portanto, no alargamento da abrangência do *writ*, visando à proteção de direitos diversos do direito à liberdade de locomoção.

A doutrina brasileira do *habeas corpus* foi desenvolvida a partir de uma série de impetrações por Rui Barbosa, no Supremo Tribunal Federal, a partir de 1892, tratando-se de construção jurisprudencial. O STF tinha competência, em regra, para julgamento de *habeas corpus* em segunda instância e, excepcionalmente, competência originária quando a impetração envolvia casos de violência contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, quando provinha o constrangimento de juízes seccionais ou quando se tratava de caso urgente em que não houvesse a possibilidade de invocar outra autoridade judiciária (HORBACH, 2007, p. 57).

Dentro deste contexto, o Ministro Pedro Lessa, embora a favor da ampliação das hipóteses do instituto, defendeu posição intermediária, segundo a qual o *habeas corpus* está, direta ou indiretamente, atrelado à liberdade de locomoção. O Ministro distinguiu “o *habeas corpus* destinado a fazer cessar ou prevenir prisões daquele em que se procurava resguardar a

liberdade individual, quando esta estivesse por fim próximo o exercício de um determinado direito” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 649). Assim, entendia ser possível garantir por meio de *habeas corpus* direitos que tivessem como pressuposto para seu exercício a liberdade de locomoção:

Algumas vezes, entretanto, a ilegalidade de que se queixa o paciente, não importa a completa privação da liberdade individual. Limita-se a coação ilegal a ser vedada unicamente a liberdade individual, quando esta tem por fim próximo o exercício de um determinado direito. Não está o paciente preso, nem detido, nem exilado, nem ameaçado de imediatamente o ser. Apenas o impedem de ir, por exemplo, a uma praça pública, onde se deve realizar uma reunião com intuítos políticos; a uma casa comercial, ou a uma fábrica, na qual é empregado; a uma repartição pública, onde tem de desempenhar uma função, ou promover um interesse; à casa em que reside, ao seu domicílio.

[...]

Neste ponto releva espancar uma confusão em que têm incidido, até na imprensa diária, alguns espíritos que não atentam bem na função do *habeas corpus*. É esse, dizem, um remédio judicial adequado à exclusiva proteção da liberdade individual, entendida embora esta expressão — liberdade individual — no sentido amplo, que abrange, além da liberdade de locomoção, a de imprensa, de associação, de representação, a inviolabilidade do domicílio.

Manifesto erro! É exclusiva missão do *habeas corpus* garantir a liberdade individual na acepção restrita, a liberdade física, a liberdade de locomoção. O único direito em favor do qual se pode invocar o *habeas corpus* é a liberdade de locomoção, e de acordo com este conceito tenho sempre julgado. Evidente engano fora supor que pelo *habeas corpus* se pode sempre defender a liberdade de imprensa. Quando a imprensa é violentada porque ao redator de um jornal, por exemplo, não se permite ir ao escritório da folha, e lá escrever e corrigir os seus artigos, ou porque ao entregador, ou ao vendedor, se tolhe o direito de percorrer a cidade entregando, ou vendendo o jornal, não há dúvida que o caso é de *habeas corpus*. Mas este caso é de *habeas corpus* exatamente pelo fato de ter sido violada a liberdade de locomoção. Quando a imprensa é violentada porque, por exemplo, se dá a apreensão do material tipográfico, ou dos números do jornal, ou dos exemplares de um livro, por certo ninguém se lembraria de requerer uma ordem de *habeas corpus* como meio de fazer cessar a violação do direito. (LESSA, 2003, p. 285-288)

Ilustra também o posicionamento voto do referido Ministro proferido no julgamento do *habeas corpus* nº 3.567, em 01/07/1914, do qual transcreve-se o seguinte trecho:

Dá-se o *habeas corpus* para o paciente ir à praça pública ou ao edifício do jornal, e poder manifestar os seus pensamentos pela tribuna ou pela imprensa; para se dirigir ao seu templo e aí praticar os atos de culto exterior, que só se realizam pela locomoção, pela liberdade de movimentos. Em todos os casos, pois, em que a liberdade física é necessária para o exercício da liberdade de pensamento, da liberdade de consciência ou da liberdade religiosa, o *habeas corpus* é o meio apto para proteger a liberdade-condição, a liberdade-meio, a liberdade-fim. Mas, quando a liberdade de pensamento, a de consciência e a de culto, ou religiosa, são tolhidas por outro meio, que não a coação à liberdade de locomoção, absurdo fora conceder o *habeas corpus* para garantir qualquer desses direitos fundamentais. (MOSSIN, 2008, p. 36-37)

Esta abertura acarretou a impetração de uma série de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal visando a assegurar a posse nos cargos políticos. Tal objetivo era atrelado à liberdade de locomoção (acesso físico ao local de trabalho). Esta situação decorria das fraudes eleitorais no início do período republicano, quando era muito comum que dois grupos adversários se declarassem, ao mesmo tempo, vencedores das eleições.

Neste contexto, ganhou destaque como requisito a análise da liquidez do direito. No julgamento do *habeas corpus* nº 3.476 pelo Supremo Tribunal Federal, concluiu-se que nenhum dos grupos tinha direito líquido e certo ao exercício dos cargos para os quais se diziam eleitos, tendo em vista não estarem devidamente esclarecidas as circunstâncias concretas da eleição. (HORBACH, 2007, p. 282-283).

O Ministro Pedro Lessa entendia que a ampliação do instituto para além da defesa de direitos líquidos e certos demandaria um processo especial, com a análise de provas e alegações, pois “conservado o processo de *habeas corpus* qual hoje o temos – isto é, um processo em que os únicos atos facultados mas não obrigatórios e por isso frequentemente dispensados, são os esclarecimentos ou informações da autoridade coatora e o comparecimento do paciente -, nada mais inconveniente e injustificável do que dilatar o *habeas corpus*”(LESSA *apud* HORBACH, 2007, p. 351). Defende, portanto, que “[...] envolver no processo do *habeas corpus* questão acerca de um direito qualquer, que se pretende exercer, mas que é contestado com razões que devam ser apreciadas com as garantias processuais, ou um direito qualquer que só pode ser examinado e garantido por outro tribunal, ou por outra autoridade, ou por outra corporação, é ofender princípios inconcussos e correntes do direito pátrio” (LESSA, 2003, p.339).

O posicionamento que prevaleceu jurisprudencialmente foi o intermediário, na linha do entendimento de Pedro Lessa, no sentido de que o *habeas corpus* visava à proteção do direito de ir, vir e permanecer e de outros direitos a esses correlatos, cujo exercício dependesse da liberdade de locomoção (TUCCI, 1977). Era imprescindível, no entanto, que este “direito-fim” fosse incontestável, líquido e certo, não cabendo dilação probatória devido à celeridade da ação de *habeas corpus*.

2.3 Reforma Constitucional de 1926

Na reforma constitucional de 1926 o dispositivo referente ao *habeas corpus* passou a ter novamente seu campo de abrangência restrito aos casos de liberdade de locomoção, visando a proteger especificamente a liberdade física do indivíduo (TUCCI, 1977).

Pontes de Miranda (1951, p. 235) atenta para o fato de que já era esta a melhor interpretação do texto original do dispositivo, abrangendo, no entanto, a defesa de direitos-fim, para o exercício dos quais fosse a liberdade de locomoção direito-meio. A restrição, tendo em vista o objetivo de evitar a análise de casos políticos, decorreu da redação dada ao artigo 60, §5º:

Nenhum recurso [entenda-se 'remédio', segundo Pontes de Miranda (1951, p.235)] judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos actos praticados em virtude delle pelo Poder Legislativo ou Executivo.

Na opinião de Correia (1929, p. 21), considerando a função do intérprete de não tornar o direito um entrave à evolução, adaptando-se ao momento histórico, dever-se-ia considerar que o *habeas corpus* continuava a ser “meio idôneo para amparar, além da liberdade de locomoção, os demais aspectos da liberdade individual àquela subordinados”. No entanto, a maior abrangência anteriormente concedida ao remédio constitucional foi interrompida com a reforma constitucional de 1926⁵.

Cabe referir que foi inserido na Constituição de 1934 o mandado de segurança, “para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”⁶. A origem do instituto está relacionada ao entendimento jurisprudencial e doutrinário que havia expandido a utilização do *habeas corpus* para a proteção de qualquer direito.

Segundo Pontes de Miranda, referindo-se à Constituição de 1934, “há um fio que liga 1934 a 1911-1925”, pois seu artigo 113, §23 continha a seguinte previsão: “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*”. Como é possível observar, foi suprimida a especificação da liberdade “de locomoção”, que foi acrescida novamente na Constituição outorgada de 1937, em seu artigo

5 Art. 72, §22, da Constituição de 1891 (com redação dada pela Emenda Constitucional de 3/09/1926): Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.

6 Constituição de 1934, art. 113, §33 Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes.

122, §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”.

Nas Constituições seguintes⁷, a redação dos dispositivos que preveem o *habeas corpus* foram muito semelhantes.

Para Pontes de Miranda, o art. 141, §23, da Constituição de 1946 deveria ser interpretado seguindo os mesmos critérios de interpretação do dispositivo correspondente constitucional de 1891. Formulou, assim, os seguintes critérios:

- a) o *habeas corpus* deve ser concedido sempre que alguém se achar sofrendo ou ameaçado de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder, em sua liberdade física (de ir, ficar e vir);
- b) uma vez que se prove a liquidez do direito que se tem e alega (liberdade política, religiosa, imunidades, funções, etc.)
- c) e que se verifique ser a lesão do direito proveniente do constrangimento ao direito de ir, ficar e vir, não podendo ser a tempo remediada por outros meios jurídicos;
- d) e não constituir, exclusivamente, crime, ou questão pecuniária, a que só deva competir processo ordinário criminal, ou a respectiva ação civil, ou comercial, ou de direito público comum. (PONTES DE MIRANDA, 1951, p. 232-233)

Cabe referir que o Ato-Institucional nº 5 suspendeu “a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular” (art. 10, Ato Institucional nº 5, de 13/12/1968).

Observa-se que a discussão acerca da abrangência do *habeas corpus* ocorre desde o surgimento do instituto. Deste breve relato histórico, conclui-se que os principais pontos geradores de divergência são: a) necessidade de ser o direito líquido e certo para que possa ser garantido por meio de *habeas corpus*; b) a gama de direitos passíveis de garantia por meio de *habeas corpus* - somente direito à liberdade de locomoção, “direitos-meio” para a realização do “direito-fim” liberdade de locomoção ou direitos de qualquer natureza, independentemente de terem como fim a liberdade de locomoção.

Inserido no tema está a possibilidade de utilização do remédio constitucional como substitutivo de recursos previstos na legislação, como o recurso em sentido estrito, recurso especial ou até mesmo o recurso ordinário de decisão denegatória da ordem de *habeas corpus*.

⁷ Constituição de 1946, art. 141, § 23 – Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.

Constituição de 1967, art. 150, § 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*.

3 *HABEAS CORPUS* – POSSIBILIDADES E LIMITES

Apresentada a origem e a evolução do *habeas corpus* no Brasil, há que se estudar a previsão do remédio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo-se, assim, suas possibilidades e seus limites. Para tanto, é preciso analisar os dispositivos constitucionais e processuais que fazem referência ao instituto e também a interpretação jurisprudencial acerca do tema.

3.1 Natureza jurídica

O *habeas corpus* está inserido no Livro III, Título II, do Código de Processo Penal (CPP), que trata dos recursos. No entanto, é considerado verdadeira ação constitucional, pois não é necessária a existência de relação processual anterior para que seja cabível a impetração, podendo ser utilizado para trancamento do inquérito policial ou mesmo para rescindir a coisa julgada (BARROS, 1997, p. 119). Nesse sentido, ressalta Tourinho Filho (2012, p. 654-655), embora possa ser utilizado muitas vezes para impugnação de uma decisão, o *habeas corpus* pode ser impetrado, por exemplo, quando o processo for manifestamente nulo (hipótese prevista no artigo 648, inciso VI, do CPP) mesmo havendo sentença condenatória transitada em julgado.

A definição da natureza jurídica do *habeas corpus* é relevante na esfera prática, tendo em vista que a adoção de uma ou outra classificação “resultaria na assunção de princípios distintos e norteadores do recurso ou da ação” (CONSTANTINO, 2001, p. 30). Se classificado como recurso, por exemplo, devido ao princípio da unirrecorribilidade das decisões, seria inadmissível a impetração de *habeas corpus* concomitante à interposição de outro recurso. Sendo ação, o *habeas corpus* deve preencher as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade da parte.

A possibilidade jurídica do pedido diz respeito às possibilidades de impetração, ou seja, à existência de constrangimento ilegal ou de ameaça de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, direta ou indiretamente (NUCCI, 2010, p. 950). Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 273-274) sustentam que o exame da possibilidade jurídica do pedido deve se dar *in statu assertioni*, não devendo ser confundida com o mérito da postulação. Ou seja, o preenchimento desta condição da ação se dá com alegação, na inicial, da existência de ilegalidade no constrangimento ou ameaça à liberdade de locomoção. Os

autores ressaltam também que a única hipótese em que a Constituição afasta o cabimento do *writ* é no caso de punições disciplinares militares (art. 142, §2º, da CF).

O interesse de agir é o resultado prático que a concessão da ordem trará ao paciente. “Assim, se, pelo teor da impetração, ou das informações prestadas pelo apontado coator, ficar evidenciado que a coação não existe, já cessou, ou não pode sequer vir a ocorrer, faltará o interesse de agir pela via do *habeas corpus*” (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2009, p. 275). Cessado o constrangimento ou ameaça, portanto, falta interesse de agir. Relaciona-se ao interesse de agir a adequação do *habeas corpus* à situação de ilegalidade: o remédio será adequado somente quando se tratar de direito à liberdade de locomoção, não importando a existência de “previsão legal de recurso específico para atacar o ato apontado como restritivo ou ameaçador da liberdade do paciente”, desde que a ilegalidade possa ser verificada de plano (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2009, p. 277).

Quanto à legitimidade ativa, o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou em favor de outrem ou pelo Ministério Público, conforme prevê o artigo 654 do CPP.

Ressalte-se também que

como ação de conhecimento, a ação de *habeas corpus* pode objetivar um provimento meramente declaratório, como ocorre, v.g., nas hipóteses em que se postula a cessação do constrangimento pelo reconhecimento de uma causa de extinção da punibilidade; constitutivo, quando se pretenda, por exemplo, a anulação de uma sentença transitada em julgado; condenatório, no caso em que, ao lado da declaração de existência do direito à liberdade, se impõe à autoridade que agiu de má-fé ou abuso de poder a condenação nas custas (art. 653 CPP).

Anote-se, finalmente, o caráter mandamental peculiar à ação de *habeas corpus* – também característico do mandado de segurança –, pois, sendo remédio excepcional, que objetiva a tutela urgente de direito fundamental da pessoa, não teria sentido relegar-se a execução para um segundo momento. (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2009, p. 271)

3.2 Sujeitos processuais, competência e procedimento

São sujeitos da ação de *habeas corpus* o impetrante, o paciente e o impetrado. Impetrado é a quem é atribuída a responsabilidade pelo constrangimento ilegal; impetrante é quem ajuíza a ação de *habeas corpus*, não necessitando de capacidade postulatória, podendo ser a ordem requerida em seu próprio benefício ou de terceiro; e paciente é o sujeito em favor de quem a ordem é impetrada.

Acerca da possibilidade de impetração em favor de pessoa jurídica válido mencionar a controvérsia exposta no julgamento do HC 92.921/BA (STF, Primeira Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 26/09/2008). De um lado, o voto-vencido do Ministro Ricardo Lewandowski expressando que:

viável a interposição de habeas corpus para sanar eventual ilegalidade ou abuso de poder originados de ação penal em que figure no polo passivo pessoa jurídica, sobretudo tendo em conta a falta de adequação do sistema penal à nova realidade representada pela criminalização das ações praticadas por tais entes [fazendo referência à imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica pela lei nº 9.605/98].

Por outro lado, argumentando pela impossibilidade da impetração em favor de pessoa jurídica, destacou o Ministro Marco Aurélio:

Estamos aqui a perquirir para saber se o instrumental, o *habeas corpus*, é apropriado ou não, se se faz em jogo, ou não, a liberdade de ir e vir da pessoa jurídica. No caso, não pode haver, quanto a essa liberdade de ir e vir, reprimenda. É impossível a reprimenda. É impossível prender-se, cercar-se a liberdade de ir e vir da pessoa jurídica.

A ordem de *habeas corpus* pode também ser expedida de ofício, conforme o previsto no art. 654, §2º, do CPP: “Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal”.

A fixação da competência para julgamento de *habeas corpus* ocorrerá considerando a função exercida pela autoridade coatora (tendo em vista que a ilegalidade normalmente decorre de atos do poder público), “primeiro da perspectiva de eventual prerrogativa de foro desta, para crimes comuns (*ratione materiae*), depois em razão da hierarquia jurisdicional dos juízos envolvidos” (PACELLI, 2013, p. 979).

O procedimento do *habeas corpus* caracteriza-se pela simplicidade e pela sumariedade e suas regras estão definidas no Código de Processo Penal a partir do artigo 654. Recebida a petição inicial, o julgador decide sobre a liminar, se for o caso. O CPP prevê que o julgador pode solicitar a apresentação do paciente se estiver preso, providência que está em desuso na prática. É facultado ao julgador a requisição de informações à autoridade coatora. O CPP só faz referência à solicitação de informações em impetrações nos tribunais, mas entende-se que juízo singular também pode solicitá-las ao coator. Embora a concessão de vista ao Ministério Público seja obrigatória somente quando em tramitação nos tribunais federais e estaduais, é

recomendável a intervenção do órgão ministerial nas ações de *habeas corpus* que tramitam no primeiro grau, pois “cabe ao MP não só zelar pela legalidade das restrições à liberdade de locomoção, mas também adotar as providências necessárias à repressão de abusos contra essa mesma liberdade” (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2009, p. 297).

A possibilidade de concessão de liminar em *habeas corpus*, embora não prevista em lei, é pacífica na jurisprudência. Aplica-se, analogicamente, a lei nº 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança.

3.3 Hipóteses de impetração

Da análise da evolução histórica do instituto no Brasil, é possível observar que a discussão acerca de sua amplitude acompanha o *habeas corpus* desde a Constituição Republicana de 1891. Naquele momento, a controvérsia sobre as possibilidades do *habeas corpus* ocorreu principalmente devido à abrangência proporcionada pela redação constitucional.

Na Constituição de 1988, o art. 5º, inciso LXVIII, prevê que “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”.

Dispõe o artigo 647 do Código de Processo Penal 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”.

3.3.1 Além da liberdade de locomoção?

Conforme explanado no item 2.3 supra, a partir da Constituição de 1926 o *habeas corpus* passou a ser instrumento destinado somente à tutela da liberdade de locomoção. Esta restrição se deve à inclusão, no texto constitucional de 1934 e nas constituições seguintes, do mandado de segurança, que na Constituição de 1988 está previsto no artigo 5º, inciso LXIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

No entanto, permanece a discussão sobre o alcance desta proteção à liberdade de locomoção. Enquanto alguns defendem que estaria restrita às hipóteses de prisão ou de ameaça de prisão, outros entendem que a proteção deve ser mais ampla. Esta definição tem

implicações práticas, no que diz respeito à possibilidade de trancamento da ação penal ou até mesmo do inquérito policial por meio de *habeas corpus*, por exemplo. Partindo-se do pressuposto que a persecução penal (seja na fase investigatória ou na fase judicial) consiste em constrangimento à liberdade de locomoção, inexistindo justa causa para a instauração do inquérito ou da ação penal, está configurada a ilegalidade do constrangimento. Cabe, portanto, *habeas corpus*.

Pontes de Miranda (1960) define que “restringir a liberdade física é cercear, abarrear, por quaisquer meios empesivos, o movimento de alguém, obrigar o indivíduo a não *ir* e a não *vir* de algum lugar; constrangê-lo a mover-se ou a caminhar; impedir-lhe que fique, vá ou venha”.

Aury Lopes Junior ressalta que o *habeas corpus* deve ser conhecido mesmo quando não haja um risco direto à liberdade, mas ressalta que se deve demonstrar, na medida do possível “que a coação ilegal afeta a liberdade deambulatória, sem interpretar isoladamente os incisos do art. 648” (2012, p. 1330). Igualmente, Gilmar Mendes, defende que a liberdade de locomoção deve ser entendida de forma ampla, de modo que o *habeas corpus* pode ser utilizado em relação a “toda e qualquer medida de autoridade que possa em tese acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir” (2009, p. 568).

Entende-se que o remédio constitucional pode ser utilizado como garantia da liberdade do indivíduo não só nos casos de prisão consumada ou ameaçada, mas em qualquer forma de privação ou de comprometimento da liberdade física, ou seja, “quando, por ilegalidade, ou abuso de poder, ocorra, pelas mais variadas formas que se possa conceber, privação ou comprometimento – qualquer restrição, enfim, - da liberdade pessoal do ente humano” (TUCCI, 1977, p.89).

Paulo Rangel (2010, p. 973-974) e Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 65) atentam que outros direitos fundamentais (que não à liberdade de locomoção) são protegidos de atos ilegais por meio do mandado de segurança. No entanto, sendo atual ou potencial a restrição à liberdade, não pode haver limitação ao uso do *habeas corpus*.

Ressalta-se também o entendimento de Pacelli acerca do tema:

O *habeas corpus* dirige-se contra ato atentatório da liberdade de locomoção. Para que se configure um ato atentatório de um direito de locomoção não é necessário que haja já uma ordem de prisão determinada por autoridade judiciária ou que seu titular (do direito) já se encontre preso. Será objeto do *writ* tanto a ameaça real, concretizada, como a ameaça potencial.

Por ameaça potencial estamos nos referindo ao simples início de qualquer atividade persecutória que tenha por objeto a apuração de fato imputado ou imputável à pessoa individualizada. Nesse sentido, a simples instauração de inquérito policial ou

de procedimento investigatório será suficiente para configurar situação de ameaça potencial à liberdade de locomoção, quando dirigida a fato certo e a pessoa previamente determinada, desde que, para a conduta, seja prevista a pena privativa de liberdade. (2013, p. 969)

Conforme se extrai da redação do artigo 647 do CPP, a ação de *habeas corpus* visa à proteção a liberdade de ir e vir, podendo ser liberatório (com o objetivo de cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção) ou preventivo (quando houver ameaça à liberdade de locomoção).

Cabe ressaltar que o entendimento assente no STF é de que só terá seguimento o *habeas corpus* que vise diretamente à garantia da liberdade de locomoção do paciente, o que não significa, que não se possa pensar em uma ampliação gradual desta garantia no sistema constitucional (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 567-571).

Neste sentido, válido destacar a fundamentação do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 107.701/RS:

É por isso que reputo que a liberdade de locomoção há de ser entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa em tese acarretar constrangimento para liberdade de ir e vir.

No ponto, ressalto que, embora a jurisprudência atual do Tribunal estabeleça sérias ressalvas ao cabimento do *habeas corpus* para essas situações que fogem à sistemática de constrangimento ilegal ou abuso de poder que violem de modo mais direto a liberdade de locomoção (CF, art. 5º, XV), tal premissa, contudo, não inviabiliza por completo um processo de ampliação gradual que essa garantia judicial do processo possa vir a desempenhar em nosso sistema constitucional, não somente em momentos de crise institucional mas, sobretudo, para conferir maior força normativa ao texto constitucional.

Diante de todas essas ponderações, é que entendo ser equivocada a tese que reputa incabível o conhecimento da ação constitucional de *habeas corpus* para discutir, como no caso dos autos, o direito do preso de receber a visita de seus filhos e enteados.

Em uma interpretação mais restritiva, no julgamento do HC nº 95.496/PI pela Segunda Turma do STF, acolhendo preliminar suscitada, o Ministro Celso de Mello defendeu que

o exame do pleito deduzido nesta causa – restauração do paciente, cautelarmente afastado do ofício jurisdicional [...], no exercício do cargo de Desembargador – torna processualmente inviável a presente impetração por tratar-se de matéria insuscetível de análise nesta sede processual, eis que a ação de “*habeas corpus*” destina-se, unicamente, a amparar a imediata liberdade de locomoção física das pessoas, revelando-se estranha, à sua específica finalidade jurídico-constitucional, qualquer pretensão que vise a desconstituir atos que não se mostrem ofensivos, ainda que potencialmente, ao direito de ir, vir e permanecer das pessoas em geral.

Constantino (2001) apresenta como espécies do remédio constitucional, além do liberatório e do preventivo, o *habeas corpus* profilático, que define como aquele cabível

quando a ilegalidade não caracteriza constrangimento (ou ameaça de constrangimento) à liberdade de locomoção, “mas permite o risco de este vir a ocorrer”.

Um exemplo seria alguém indiciado em inquérito policial por fato atípico. Considerando que este tipo de inquérito investiga a infração penal e sua autoria (art. 4º do CPP), a ausência de ilícito penal resultaria no risco de um constrangimento ilegal, pois o indivíduo poderia ser processado criminalmente e, por fim, ameaçado de prisão ou efetivamente preso por fato não criminoso. (CONSTANTINO, 2001, p. 41)

3.3.2 Constrangimento ilegal

Para Tourinho Filho (2012, p. 677), coação e de violência estão abrangidas pelo conceito de constrangimento. Define como violência a “*vis absoluta* que se traduz num constrangimento físico, efetivo ou iminente” e como coação o “constrangimento de alguém por meios físicos ou morais, a um *facere*, ou a um *non facere*”. Neste sentido, entende-se que quando o artigo 648 do Código de Processo Penal menciona “a coação considerar-se-á ilegal”, o vocábulo coação deve ser interpretado no sentido de constrangimento, abrangendo, além, da coação, a violência, considerando que os direitos e garantia fundamentais devem ser compreendidos de forma ampla.

As hipóteses de constrangimento ilegal previstas no art. 648 do CPP são as elencadas a seguir.

3.3.2.1 Ausência de justa causa (art. 648, inciso I, do CPP)

É necessária a justa causa tanto para a prisão, como para a instauração do inquérito policial e da ação penal. Não havendo justa causa, cabível a impetração de *habeas corpus* (CONSTANTINO, 2001).

Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2001) atenta para a indeterminação da expressão “justa causa”:

Afirma-se, com frequência, que até hoje ainda não se precisou bem o conceito processual penal de 'justa causa'. A ambiguidade de seu significado, encontrada tanto em sentido comum como em diversos ramos do Direito transpôs-se para o processo penal e, até hoje, acarreta inúmeras discussões. Isto explica, pelo menos em parte, por que a concepção de justa causa para a prisão, para a ação penal e para a condenação é tão controversa, tanto entre os doutrinadores como na jurisprudência.

Justa causa para ação penal diz respeito à presença de uma causa fática, que consiste na existência de indícios razoáveis – construídos a partir de elementos probatórios coletados - de materialidade e autoria, bem como de uma causa jurídica, relacionada ao caráter fragmentário da ação penal, devendo haver proporcionalidade entre a intervenção penal e processual e o custo do processo penal (LOPES JUNIOR, 2012, p. 380).

O autor considera constrangimento a existência de inquérito policial ou de processo penal em face de alguém. Neste sentido, ilustra Francesco Carnelutti:

Infelizmente, a justiça humana é feita assim, que nem tanto faz sofrer os homens porque são culpados quanto para saber se são culpados ou inocentes. Esta é, infelizmente, uma necessidade à qual o processo não se pode furtar, nem mesmo se o seu mecanismo fosse humanamente perfeito. (1995, p. 45)

De acordo com Nucci (2010, p. 936), a inexistência de justa causa para ação penal ou o indiciamento injustificado, por exemplo, são medidas que possuem repercussão na liberdade do indivíduo, mesmo de modo indireto. Seguindo este entendimento, a ausência de justa causa para sustentar investigação policial ou processo criminal configura constrangimento ilegal a justificar impetração de *habeas corpus* para trancamento do processo ou do procedimento.

Daniel Gerber (2007) faz referência à justa causa como sendo a existência de elementos objetivos e suficientes no plano fático para a legitimação da persecução penal. Afirma ser possível a análise de tais requisitos na via estreita do *habeas corpus*, tendo em conta que o próprio processo penal se impõe como pena. Deste modo, a acusação deve estar fundamentada em um lastro probatório que sustente a probabilidade dos fatos narrados, sendo possível, por meio de *habeas corpus* o “exame axiomático do suporte probatório” que fundamenta decisão (do recebimento da denúncia), bem como da suficiência dos fundamentos da exordial acusatória.

A ausência de justa causa para a ação penal e para a instauração de inquérito policial consubstancia-se, segundo entendimento jurisprudencial, na inexistência de elementos indiciários capazes de demonstrar a autoria e a materialidade do delito, a atipicidade da conduta e a presença de alguma causa excludente da punibilidade ou, ainda, nos casos de inépcia da denúncia. Estes elementos devem ser demonstrados de plano para viabilizar o trancamento da ação penal ou do inquérito policial por meio de *habeas corpus*. Demonstra este posicionamento a ementa a seguir transcrita:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/90. PEDIDO DE

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que o trancamento de ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentaram a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias essas, no caso, não evidenciadas de plano. Precedentes.

2. O crime contra a ordem tributária previsto no art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90 prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. A alegação de inexistência de dolo esbarra na impossibilidade de revolvimento do conjunto fático probatório na via estreita do writ, motivo pelo qual é vedada, por intermédio do remédio constitucional eleito, a análise pretendida. Precedentes.

4. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 29.662/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/07/2013)

Conclui-se que o principal fundamento para a utilização do *habeas corpus* nos casos em que há inquérito ou processo penal em curso, mas o indiciado/denunciado não está preso ou na iminência de ser preso, é o de que a instauração de inquérito ou processo penal já configura constrangimento. Em geral, não há menção à necessidade de ser a pena prevista para o delito ser ou não privativa de liberdade. Tourinho Filho (2012, p. 656), entretanto, entende que não cabe *habeas corpus* quando a pena abstratamente imposta ao delito não puser em risco a liberdade de locomoção.

Aury Lopes Junior (2012, p. 1330-1332) faz referência à possibilidade de ausência de justa causa na decretação de medida cautelar diversa da prisão preventiva. Segundo o autor, não fundamentados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* a coação (consistente na medida cautelar) é ilegal, inserindo-se no inciso I do art. 648. Cabível, neste caso, a impetração de *habeas corpus*.

3.3.2.2 Permanência na prisão por mais tempo do que determina a lei (art. 648, inciso II, do CPP)

Em relação à permanência do condenado na prisão após o cumprimento da pena imposta não há dificuldades quanto a verificação de constrangimento ilegal. No entanto, quando se trata de prisão cautelar sem previsão de um prazo máximo de duração, o excesso de prazo está relacionado com o direito de ser julgado em um prazo razoável, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que prevê que: “a todos, no âmbito judicial e

administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Aury Lopes Junior (2012, p. 1333-1334) define que a complexidade do caso, a atividade processual do imputado e a conduta das autoridades judiciárias são fatores que devem ser considerados para a avaliação do que consiste a duração razoável do processo. Neste sentido, a súmula nº 64 do STJ prevê que “não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.” Tratando-se de prisão cautelar, devem ser consideradas a natureza do delito e a pena aplicável. O autor entende ser cabível também o *habeas corpus* para assegurar o direito fundamental à duração razoável do processo mesmo que o réu responda ao processo em liberdade.

De acordo com entendimento pacífico do STJ, o excesso de prazo

deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar o término da instrução criminal ou do processo, não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais. [...] havendo complexidade do feito, ocorrendo, por exemplo, a pluralidade de réus, o excesso de diligências requeridas pela defesa, a necessidade de expedição de cartas precatórias, pode ser afastada a alegação de excesso injustificado de prazo, o qual não pode ser imputado ao Judiciário. (RHC 36.206/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 16/10/2013)

Válido mencionar também a súmula nº 52 do STJ, que define que “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. Sobre o tema, interessante a fundamentação do voto condutor do acórdão da 3ª Câmara Criminal do TJ/RS. Na ocasião, foi concedida a ordem de *habeas corpus*, após o término da instrução, a paciente preso por 1 (um) ano e 3 (três) meses: “encontrando-se segregado apenas o paciente, eventual demora decorrente da atuação dos defensores dos corréus, que respondem ao processo em liberdade, poderia ter ensejado a cessação do processo, como forma de resguardar o direito à duração razoável do processo e de evitar prejuízo ao paciente por circunstância cuja responsabilidade não lhe pode ser atribuída”. (TJ/RS, HC nº 70056281900, 3ª Câmara Criminal, Relator Des. Jayme Weingartner Neto, julgado em 19/09/2013, DJ-e 25/10/2013)

3.3.2.3 Incompetência daquele que ordenou a coação (art. 648, inciso III, do CPP)

A Constituição Federal prevê no artigo 5º, inciso LIII que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e no inciso LXI que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária

competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Em relação a este ponto, a doutrina em geral faz referência à prisão cautelar, que deve ser decretada por meio de ordem judicial por juiz natural e competente (LOPES JUNIOR, 2012 p. 1334). No entanto, salienta-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, no julgamento do HC nº 45.210/DF, que o *habeas corpus* é o único meio para sanar eventual ilegalidade de decisão de exceção de incompetência, uma vez que não existe recurso contra tal decisão e o réu somente pode ser processado pelo juiz natural.

3.3.2.4 Cessação do motivo que autorizou a coação (art. 648, inciso IV, do CPP)

Qualquer ato do poder estatal deve ser legitimado juridicamente, ou seja, é necessária a ocorrência de uma situação fática que preencha os requisitos legais autorizadores do ato. Assim, quando cessa o fundamento da prisão preventiva, por exemplo, deixando de existir o *periculum libertatis* ou sendo este enfraquecido (podendo a prisão preventiva ser substituída por outra medida cautelar), a coação passa a ser ilegal (LOPES JUNIOR., 2012, p. 1334-1335).

3.3.2.5 Inadmissão de fiança nos casos em que a lei a autoriza (art. 648, inciso V, do CPP)

Este dispositivo está relacionado com a previsão constitucional de que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI, CF). Aury Lopes Junior (2012, p. 1335) entende ser aplicável este dispositivo também aos casos em que a fiança é fixada em valor excessivo em relação à situação econômica do imputado.

3.3.2.6 Nulidade manifesta do processo (art. 648, inciso VI, do CPP)

De acordo com a lição de Pontes de Miranda, para a decretação de nulidade processual por meio de *habeas corpus* “é pressuposto o nexa causal entre a ilegalidade do constrangimento e a permanência do ato cuja nulidade deveria ser decretada, ou tem de ser decretada” (1951, p. 429). Ou seja, a coação ilegal deve ser consequência da nulidade processual.

A ementa abaixo transcrita elucidada o tratamento dado ao tema pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA ANTES DA LEI N.º 11.900/2009. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE ABSOLUTA. DEMAIS ALEGAÇÕES. PREJUDICIALIDADE. STATUS LIBERTATIS RESTABELECIDO.

1. Paciente condenado em primeira instância em 13/02/2008, cujo interrogatório foi realizado por videoconferência, antes do advento da Lei n.º 11.900/2009.

2. A realização do interrogatório por meio de videoconferência, antes do advento da Lei n.º 11.900/2009, que introduziu tal procedimento no Código de Processo Penal, se consubstancia em nulidade absoluta, porque viola os princípios constitucionais do devido processo legal, restringindo a amplitude de defesa do acusado.

3. A Lei Estadual n.º 11.819/2009, não pode servir de base para justificar o interrogatório do réu por meio de videoconferência, por ferir a competência privativa da União para dispor sobre normas de natureza processual (art. 22, inciso I, da Constituição Federal).

4. Tendo em vista o reconhecimento da nulidade do feito desde o interrogatório, resta prejudicada a análise das demais alegações, consubstanciadas na nulidade do acórdão que julgou a apelação, por falta de intimação pessoal do defensor público da respectiva sessão de julgamento, e por ter sido levado a efeito por órgão composto, majoritariamente, por juízes convocados.

5. Em se considerando que o Paciente respondeu ao processo solto, restabeleço o seu status libertatis, em virtude da desconstituição do trânsito em julgado da condenação, ora implementada.

6. Ordem de habeas corpus concedida para anular o feito a partir do interrogatório, determinando-se a sua renovação dentro dos parâmetros legais, mantidos, porém, os depoimentos das testemunhas.

Determinada a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente, se por outro motivo não estiver preso. Prejudicadas as demais questões.

(HC 231.501/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012)

Ainda a respeito deste tópico, Jader Marques (2008) defende a utilização do *habeas corpus* para atacar eventuais nulidades no curso do processo penal, situação em que assume, em seu entendimento, característica de verdadeiro recurso. Afirma também que “poderá ocorrer o cabimento, de forma concorrente (não-excludente) da correição parcial”.

3.3.2.7 Extinção da punibilidade (art. 648, inciso VII, do CPP)

A ocorrência de causa extintiva da punibilidade implica no afastamento da pretensão punitiva estatal. A respeito do tema, a súmula nº 695 do STF dispõe que “não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade”. Apesar do conteúdo da súmula, é cabível o *habeas corpus* nesta situação no caso de existência de constrangimento, o que ocorre, por exemplo, quando, embora extinta a punibilidade, o indivíduo permaneça preso (NUCCI, 2010, p. 941).

Embora se possa argumentar também que mesmo extinta a pena privativa de liberdade permanecem os efeitos da condenação na vida futura do condenado, sendo legítimos, portanto, os questionamentos acerca das restrições impostas por tal entendimento sumulado (MENDES, 2009, p. 568) o STJ possui entendimento contrário, o se demonstra com trecho de voto do Ministro Félix Fischer:

[...] verifica-se que não há ameaça concreta (mas sim apenas a possibilidade abstrata) de violação à liberdade de locomoção da recorrente, quando esta alega que a reincidência é ônus com o qual arcará se eventualmente vier a responder a novo processo.

Portanto, não há que se cogitar o afastamento da referida súmula para que, conseqüentemente, seja concedida a ordem de habeas corpus.

Isso porque, a despeito da r. argumentação da recorrente, é descabida a concessão do mandamus quando inexistente ameaça concreta à liberdade de locomoção. (AgRg no HC 102.379/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 03/12/2009, DJe 22/03/2010)

Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 939) ressalta que o rol das hipóteses de constrangimento ilegal do artigo 648 do CPP é meramente exemplificativo, pois a Constituição não prevê nenhuma limitação. De fato, apesar da regulamentação pelo Código de Processo Penal, a previsão constitucional possibilita a ampla utilização do instituto, como garantia ao direito à liberdade de locomoção.

3.4 Profundidade da cognição e análise de provas

Embora o Código de Processo Penal e a Constituição não restrinjam a utilização do *habeas corpus* a casos em que se trate de direito líquido e certo, é entendimento jurisprudencial assente que seu julgamento não comporta dilação probatória, tendo em vista a celeridade característica do *writ*.

Neste sentido, Constantino (2006, p. 307) assevera que “o legislador não foi feliz ao cunhar esta expressão, pois quando se diz direito líquido e certo o que realmente se busca explicitar é o que se apresenta de forma manifesta na existência, delimitado na extensão e comprovado de plano”. Continua explicando que “a natureza controversa dos fundamentos jurídicos e a existência de *quaestionis facti* de alta indagação impede o *habeas*”.

Ao discutir o tema, é preciso atentar para a diferença entre dilação probatória e análise de prova (pré-constituída), assim como não se deve confundir sumariedade na cognição com superficialidade da discussão, o que significa dizer que não se presta o *habeas corpus* à produção de provas (como a oitiva de testemunhas e a realização de perícias) ou a uma

profunda cognição do processo de conhecimento, não havendo empecilhos, no entanto, para a análise de prova pré-constituída. Para a decisão sobre a ilegalidade de uma interceptação telefônica, por exemplo, pode ser necessária a análise de documentos ou provas já constituídas. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 1327)

Nesta mesma linha, Douglas Fischer (2009, p. 255) ressalta que a análise de provas pré-constituídas e necessárias ao julgamento do pedido não só é possível como deve ser realizada, mesmo que demande exame detalhado e complexo. Assim, o que não se admite, na visão do autor é a dilação probatória.

A explanação de Hermínio A. Marques Porto esclarece a fundamentação para este entendimento:

O exame das provas, nos limites permissíveis para uma decisão sobre pedido em ordem de *habeas corpus*, certo que não pode ser aprofundado, com análises minudentes e valorativas de fontes informativas colocadas em analítico confronto. Mas, para o necessário exame de coação ilegal, tida na impetração como presente, indispensável sejam as provas – e todas elas – examinadas, ou então restaria a proteção, de fonte constitucional, restrita, com sérios gravames à liberdade individual, às hipóteses nas quais a violência ou a coação ilegal, por ilegitimidade ou abuso de poder, sejam prontamente, à primeira vista, em rápida apreciação superficial do articulado na impetração, identificáveis como ocorrendo ou com a suspeita de possível ocorrência. Não pode ser confundida a inexistência de direito líquido e certo com a complexidade de pleito, por isso não constituindo obstáculo a uma decisão judicial a proteção reclamada, a necessidade do estudo de provas, ainda que mais profundo, para a verificação da notícia de direito denunciado como ameaçado ou violado. (1997, p. 102-103)

Assim, cabe ao impetrante apresentar toda a documentação necessária para a instrução do pedido. Para Nucci (2010, p. 956), pode também o magistrado ou tribunal requisitar à autoridade coatora documentos imprescindíveis para o julgamento.

O tema, no entanto, não é incontroverso, havendo na doutrina opiniões no sentido de admitir, em certos casos, a produção de provas:

[...] também não está excluída, por completo a possibilidade de produção de outras provas, a testemunhal, por exemplo, especialmente quando se trata de pedido visando à expedição da ordem em caráter preventivo pois nessa situação é preferível dilatar-se o procedimento, para melhor esclarecimento dos fatos, ao invés de não conhecer do *writ* por falta de prova cabal da ameaça (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 2009, p. 296)

Gilmar Mendes (2009, p. 567) elenca algumas situações em que o STF não têm admitido a utilização de *habeas corpus* por demandar revolvimento do conjunto fático-probatório: incidência de causa excludente de culpabilidade (RHC 88.542/RJ); comprovação

de indícios e materialidade do crime (HC AgRg 88.806/RJ); aferição da importância ou não da prova para o caso concreto (RHC 88.320/PI); exame da tipicidade da conduta (HC 87.674/MT) - excetuados os casos de atipicidade manifesta, em especial quando aplicável o princípio da insignificância; verificação se decisão dos jurados é ou não manifestamente contrária à prova dos autos (HC 86.735/SP).

Conclui-se que, embora inexista uma fase de instrução probatória no procedimento do *habeas corpus*, o constrangimento ilegal deve ser demonstrado, o que somente é possível por meio de elementos probatórios, que devem, necessariamente, ser apreciados pelo julgador para a concessão ou denegação da ordem de *habeas corpus*. No entanto, também não é finalidade do *writ* o julgamento antecipado da ação penal, sendo este limite, como exposto, objeto de discussão doutrinária.

4 O *HABEAS CORPUS* COMO SUCEDÂNEO RECURSAL

A construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que concedeu maior abrangência ao remédio constitucional do *habeas corpus* deve-se, especialmente, às previsões constitucionais do devido processo legal, do juiz natural, da ampla defesa e do contraditório (FISCHER, 2009, p. 222). Neste sentido, Eugênio Pacelli (2013, p. 968) afirma que o *habeas corpus*, sendo verdadeira ação autônoma, pode ser impetrado antes ou após o trânsito em julgado da decisão condenatória, como substituto do recurso cabível ou até mesmo cumulativamente a ele.

A discussão acerca da utilização do *habeas corpus* como substitutivo de recurso é recorrente nas decisões judiciais brasileiras. Demonstrando a importância do tema, cita-se julgamento do HC nº 5009793-40.2011.404.0000/PR em 09/08/2011, pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Este caso serviu como referência inicial para a realização deste estudo, despertando o interesse acerca do tema, pois demonstra a existência de posicionamento divergentes, com argumentos consistentes na defesa de ambos. Em voto vencido, o Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, aborda a “prodigalização e a vulgarização” do *habeas corpus*, aduzindo ser necessário retomar a função constitucional do instituto, que, em sua opinião, é a de meio de impugnação de prisão ou ameaça de prisão. Por estes motivos, relevante a análise do referido julgado.

O *habeas corpus* foi impetrado com o objetivo de invalidação parcial de ação penal pela ocorrência de constrangimento ilegal decorrente da inversão de atos processuais, tendo em vista que a autoridade coatora, antes do recebimento definitivo da denúncia e após a resposta à acusação, abriu vista órgão acusatório para réplica.

O relator, Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, suscitou questão de ordem, votando pela não admissão do *habeas corpus*, aduzindo que o *habeas corpus* constitui garantia fundamental para a tutela da liberdade de locomoção contra prisão ou ameaça de prisão ilegal ou abusiva e que sua admissão frente a instauração de inquérito ou ação penal ou contra quaisquer decisões interlocutórias mesmo que destituídas de cunho coercitivo configura o desvirtuamento da garantia constitucional. Além disso argumentou que o excessivo número de *habeas corpus* impetrados ocasionam sobrecarga dos tribunais, impedindo que esforços e tempo sejam concentrados na apreciação de recursos contra decisões finais, levando a maior morosidade do processo penal. Por fim, sustentou que o devido processo legal e o trâmite natural da ação penal são suficientes para a prevenção de eventuais ilegalidades no processo

penal, que, por não afetarem a liberdade locomoção, não reclamam uma decisão imediata e podem, portanto, ser decididas no curso natural do processo.

Na sequência do julgamento, a defesa, em sustentação oral, argumentou que o Código de Processo Penal prevê situações em que cabível o *habeas corpus* independentemente de prisão ou de ameaça de prisão. Fundamentou que no anteprojeto do Código de Processo Penal, a redação inicial era no sentido de que o *habeas corpus* seria cabível somente nos casos de efetiva prisão, mas na redação final o “Senado foi sensível à manifestação pública da Ordem dos Advogados” e configuraram-se as hipóteses atuais do *habeas corpus*. Acerca da sobrecarga dos tribunais, disse que o congestionamento das pautas dos tribunais não pode ser atribuído ao exercício da garantia constitucional. Concluindo, citou a existência de precedente em que a ordem foi concedida.

O Desembargador Federal Victor Laus suscitou que utilizando o princípio da fungibilidade, a pretensão poderia ser admitida como correição parcial, mas o que não era possível pelo requisito da tempestividade. Disse também que a oitiva do Ministério Público após a defesa preliminar é extravagante e, portanto, o “*habeas se presta a desafiar esse incidente processual*”, estabelecendo duas premissas: a) extrai-se da Constituição que o HC é uma garantia material que o cidadão dispõe contra eventual abuso do Estado (o que estaria configurado no caso); b) em que medida a oitiva do MP após a resposta à acusação pode configurar nulidade processual.

Por fim, o Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz reforçou que de fato há uma banalização do uso do *habeas corpus*, o que muitas vezes acarreta uma espécie de prejulgamento da ação penal e a indução do juiz de primeiro grau neste sentido. No entanto, aduziu que o caso é típico de correição parcial, pois diz respeito a uma inversão tumultuária do processo, afirmando: “não fico muito vinculado a esta questão do *nomen juris* que se confere ao remédio. [...] Ninguém ganha com a manutenção de uma eventual nulidade que possa persistir no processo [...]”.

A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos seguintes termos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL APÓS A RESPOSTA À ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE DOCUMENTOS PELA DEFESA. DESNECESSIDADE DE OUVIDA DA PARTE ADVERSA. INTERVENÇÃO EXTEMPORÂNEA. INEXISTÊNCIA DE AMPARO LEGAL. ANULAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES. ORDEM CONCEDIDA. 1. Ausente o amparo legal para a manifestação do Ministério Público Federal após a resposta da defesa à acusação, que não trouxe documentos aos autos que pudessem ensejar a

ouvida da parte adversa, impõe-se a anulação dos ulteriores atos processuais para que seja assegurado aos réus o pronunciamento acerca das razões aduzidas pelo dominus litis, é dizer, depois da intervenção extemporânea e antes de eventual absolvição sumária preceituada no artigo 397 do CPP. 2. Ordem concedida. (TRF4, HC 5009793-40.2011.404.0000, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 06/09/2011)

Aury Lopes Junior define que o *habeas corpus* no Brasil pode ser utilizado como “instrumento de *collateral attack*” (2012, p. 1328), ou seja, como alternativa para impugnação de atos judiciais (podendo inclusive ser impetrado contra sentença transitada em julgado). Como exemplo, refere que é possível o trancamento do inquérito policial ou do processo, bem como o controle difuso de constitucionalidade de uma norma por meio do *habeas corpus*). Nesta mesma linha, Douglas Fischer (2009, p. 272) enfatiza que o remédio constitucional sempre poderá ser impetrado em substituição a recurso próprio, inclusive contra o indeferimento de *habeas corpus* ou de liminar em pedido de *habeas corpus* em tribunal superior.

Nucci (2010, p. 941) ressalta que se o processo ainda está em andamento e couber a interposição de recurso, é aceitável a impetração de *habeas corpus* quando o prejuízo para o réu for irreparável (pela demora no processamento do recurso cabível, por exemplo). E que, portanto, a existência de recurso próprio para impugnação de determinada decisão não impede a impetração de *habeas corpus*, pela celeridade do *writ*. No entanto, entende que em caso de cabimento de revisão criminal, o *habeas corpus* só pode ser utilizado quando o paciente estiver preso ou quando a situação for “teratológica, passível de verificação nítida pelas provas apresentadas com a impetração”.

Observa-se, portanto, que é entendimento majoritário da doutrina que é possível a impetração de *habeas corpus* quando cabível recurso próprio ou outra ação autônoma, como a revisão criminal. Apresentando entendimento um pouco mais restrito quanto a essa possibilidade, Nestor Távora (2013, p. 1165) expressa que o *habeas corpus* pode ser utilizado como meio para impugnação de decisões no curso de ação penal referente à prática de delitos cuja pena abstratamente prevista seja privativa de liberdade. Entende também que após o trânsito em julgado – em substituição à revisão criminal - cabível o *writ* somente nos casos de *error in iudicando* ou *error in procedendo* demonstrados por meio de prova pré-constituída.

Outro aspecto tratado pela doutrina, é a possibilidade de apreciação de questões já decididas em sede de *habeas corpus* em recurso ou revisão criminal posteriores. Sobre o tema, Ada Pelledrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes ressaltam que

a decisão denegatória de *habeas corpus* não impede que os mesmos temas venham a ser reapreciados em sede recursal ou mediante revisão criminal. É que, tratando-se de remédio excepcional, cujo objeto é a liberdade, preclusão da matéria nessa via não exclui o seu exame em outras vias, especialmente tendo em conta a plenitude do direito de defesa, que igualmente vem consagrado em nível constitucional” (2009, p. 306)

Em relação à abordagem da questão pelos tribunais, o julgamento do HC nº 109.956/PR no Supremo Tribunal Federal tem sido citado como paradigma da mudança de entendimento da Corte Suprema a respeito do conhecimento de *habeas corpus* impetrado contra decisão sujeita a recurso próprio previsto no sistema processual penal.

Transcreve-se abaixo a ementa do referido julgado:

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

O remédio constitucional foi impetrado apontando como coator o STJ, que denegou ordem de *habeas corpus* (HC nº 199.544/PR) em que o impetrante sustentou a ocorrência de constrangimento ilegal pelo indeferimento de diligências requeridas pela defesa perante o juízo de primeiro grau. Perante o STF, foi requerida novamente a declaração de nulidade da decisão do juízo do primeiro grau que indeferiu a produção de provas.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, divergindo de decisões anteriores, entendeu ser abusiva a impetração de *habeas corpus* no lugar de recurso ordinário, previsto nos artigos 102, II, “a” e 105, II, “a”, da Constituição Federal.

Válido transcrever trecho da fundamentação do Ministro Marco Aurélio no voto condutor do acórdão:

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. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Dias Toffoli, em voto divergente, consignou que

[...] desde o Código Processual Penal do Império, é previsto que, sempre que um juiz, ou tribunal, se depare com uma ilegalidade, ele deve conceder a ordem, mesmo que de ofício, se for o caso de constrição 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.

É possível constatar a formação de dois posicionamentos a partir desta decisão. De um lado, as críticas à decisão formuladas pelo Defensor Público do Estado de São Paulo, Daniel Guimarães Zveibil. De outro, a manifestação do Procurador da República Vladimir Aras concordando com a mudança de posicionamento do STF.

No estudo elaborado pelo Defensor Público do Estado de São Paulo, Daniel Guimarães Zveibil (2013), é mencionado que a referida decisão “ressuscita o ato institucional nº 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”.

Para o Zveibil (2013), o “excesso de *habeas corpus* impetrados junto aos Tribunais Superiores visto por Ministros como desordem, na realidade, nada mais é do que uma ordem. Em uma palavra, o efeito certo de causas certas”. A partir desta afirmação, explica que o excesso não pode ser considerado abuso, considerando os motivos pelos quais o remédio constitucional tomou tais proporções: primeiro, porque o sistema recursal “não atende as reais necessidades da defesa”; segundo, porque a maioria dos *habeas corpus* dirigidos aos Tribunais Superiores tem como fundamentação teses jurídicas sumuladas por e desrespeitadas.

A respeito da função social do *habeas corpus*, afirma Daniel Zveibil:

o *habeas corpus* brasileiro do século XXI tem sido instrumento vital na intrincada questão penal e especialmente penitenciária que assola o Brasil inteiro, e envolve principalmente a população de baixa renda, uma esmagadora maioria vítima da dívida social em que estamos mergulhados não obstante os recentes progresso sociais.

[...]

Podemos dizer, portanto, que o *habeas corpus* brasileiro, hoje, no século XXI, é uma das principais vias que dá passagem ao Poder Judiciário para interferir diretamente na administração de um problema que é feito de uma sociedade profundamente injusta, servindo para diminuir as chances de convulsões sociais e outros conflitos intestinos mais graves dos que os já penderes em nosso país. (ZVEIBIL, 2013)

Em sentido oposto, o Procurador da República Vladimir Aras (2012) defende que, ao considerar inadequada a utilização do *habeas corpus* em substituição aos recursos

ordinariamente previstos nas leis processuais, os Tribunais Superiores estão decidindo em consonância com os princípios do contraditório e da exaustividade dos recursos criminais.

O Procurador da República afirma que há casos em que de fato é necessária a ampliação da abrangência do *habeas corpus* para além da proteção da liberdade de locomoção, pois “são muitas as investigações abusivas, as acusações infundadas e as sentenças temerárias”. No entanto, entende que se há recurso próprio previsto na legislação, o remédio constitucional não deve ser utilizado, argumentando que, nestes casos, a opção pelo *habeas corpus* substitutivo teria como propósito: a) eliminar o contraditório na discussão do ponto atacado; b) “alcançar um provimento liminar do STJ ou do STF contra decisões provisórias ou de mérito das instâncias ordinárias”; c) protelar a discussão das causas criminais visando à prescrição; d) rediscutir questões preclusas ou decisões transitadas em julgado.

Válido ressaltar que em julgamentos anteriores a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal já argumentava ser inviável a substituição do recurso cabível pela impetração da ação autônoma de *habeas corpus*, especialmente quando ausente situação teratológica (como no julgamento do HC 100.800).

4.1 *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário

Segundo Fabio Machado Delmanto (2013), são argumentos favoráveis à admissão do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário: a urgência na defesa da liberdade do indivíduo aliada à morosidade no trâmite do recurso, bem como a impossibilidade de pedido liminar. Para tal uso do remédio constitucional, contudo, devem ser demonstradas manifesta ilegalidade e urgência no caso concreto. Afirma que a inexistência de previsão de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário e o grande número de *habeas corpus* impetrados junto aos Tribunais Superiores são argumentos insuficientes para inadmitir tal uso do remédio constitucional.

Douglas Fischer (2009, p. 272) ressalta que o recurso ordinário endereçado ao STJ ou ao STF (nos termos dos artigos 102, inciso II, alínea “a” e 105, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal), embora célere se comparado com os demais recursos, não é apto para afastar de pronto eventual ilegalidade que cause constrangimento à liberdade de locomoção do indivíduo. Ressalta, no entanto, que é inadmissível a interposição de novo recurso ordinário ao STF contra acórdão do STJ que negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus*, pois não há previsão legal para tal recurso.

Acerca da falta de previsão do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal, Zveibil (2013) lembra que, ao contrário o Ato Institucional nº 06 de 1969, mantido pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que, no artigo 119, listando as competências do STF, previa: “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”, nossa atual Constituição não contém tal previsão, de modo que concluir por sua impossibilidade configura uma interpretação restritiva de garantia fundamental.

Fato curioso é que no julgamento HC nº 2 do STJ em 14 de junho de 1989 o tema já foi objeto de discussão. Na ocasião, o ministro Cid Flaquer Scartezini ressaltou que a Constituição de 1988 não impedia de forma expressa o conhecimento do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso cabível.

O posicionamento dos tribunais superiores em relação ao *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário após a mudança de entendimento observada no julgamento do HC 109.956/PR é demonstrada por meio da análise de dois acórdãos, o primeiro do Supremo Tribunal Federal e o segundo do Superior Tribunal de Justiça. Em ambos, a ordem foi concedida de ofício.

O primeiro caso, julgado em 30/10/2012 pelo STF, decorre da seguinte situação fática: os pacientes, condenados em primeira instância pela prática do crime previsto no artigo 33 da lei nº 11.343/2006 permaneceram presos por quase toda a instrução criminal e foram soltos por excesso de prazo da prisão. A sentença condicionou a interposição de apelação à prisão dos réus. A defesa, então, interpôs *habeas corpus* no TJ/GO. A ordem foi denegada com base no que dispõe o artigo 59 da lei nº 11.343/2006⁸. Impetrado outro HC no STJ, a ordem foi também denegada pela 5ª Turma, que entendeu que estavam presentes os requisitos para a prisão preventiva. Interposto HC no STF, a ordem foi concedida. A Primeira Turma considerou que a prisão dos pacientes configuraria execução da pena sem a formação da culpa e que o artigo 59 da lei nº 11.343/2006 contém regra similar à prevista no artigo 594 do CPP, que não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Transcreve-se abaixo a ementa do acórdão:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da

8 Lei 11.343, Art. 59: “Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.”

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 – ILEGALIDADE CONSTATADA – CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO. Uma vez constatada ilegalidade a alcançar a liberdade de ir e vir do cidadão, seja em que processo for, incumbe a órgão julgador implementar a ordem de ofício. Isso ocorre quando, sem a culpa selada, parte-se para a execução temporã da pena. (STF, HC 105413, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 30/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 13-12-2012 PUBLIC 14-12-2012)

O segundo caso, julgado em 14/05/2013 pela Sexta Turma do STJ, trata-se de HC apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Pará (pela não concessão da ordem do HC nº 2011.3.026317-6). Tendo em vista o que dispõe o artigo 105, II, “a”, da Constituição Federal, a decisão deveria ser impugnada por meio de recurso ordinário, o que está consignado no acórdão. No entanto, considerando que o paciente estava preso preventivamente há 2 (dois) anos sem o encerramento da instrução criminal e não sendo a demora imputada à defesa, a ordem foi concedida, pois, conforme exposto no voto da Relatora, “a persecução penal em apreço ultrapassou o limite do razoável. Não se está apenas a tangenciar o *status libertatis* do paciente, mas já se está a agredir a ordem jurídica como um todo, vez que não existe coação ilegal mais grave do que aquela promovida pelo Estado, ente destinado a assegurar à pessoa dignidade”. O acórdão restou assim ementado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PRISÃO. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Extrapola os limites da razoabilidade, havendo injustificada demora, se, como na espécie, encontra-se o paciente preso cautelarmente há dois anos, em decorrência de entraves do aparelhamento estatal, sem que a defesa tenha efetivamente dado causa à delonga.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juiz de primeiro grau, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar medidas cautelares diversas da prisão, nos termos da Lei nº 12.403/11.

(STJ, HC 240.218/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 23/05/2013)

É preciso ressaltar que, em recentes decisões, a Primeira Turma do STF tem exposto que admissível o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário quando se trata de ameaça direta à liberdade de locomoção. O voto condutor do acórdão do HC nº 115.168/BA fundamenta tal posicionamento, ao qual o Ministro Marco Aurélio faz referência como sendo um “meio-termo”:

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.

Observem que o caso que deu origem ao precedente envolvia alegação de constrangimento ilegal em decorrência do fato de o Juízo haver indeferido diligências requeridas pela defesa – Habeas Corpus nº 109.956/PR, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 11 de setembro de 2012. 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. (HC 115168, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 17-06-2013)

A Segunda Turma do STF dá maior abrangência à garantia constitucional, entendendo ser possível, inclusive, o conhecimento de Recurso Ordinário intempestivo como *habeas corpus* substitutivo (RHC 111931, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 19-06-2013).

Já o STJ tem decidido pelo não conhecimento do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, ressaltando que nas hipóteses de flagrante ilegalidade deve ser a ordem concedida de ofício:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2.º, I, COMBINADO COM O ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

PRESENÇA DE ELEMENTO CONCRETO A JUSTIFICAR A NECESSIDADE DA MEDIDA.

FUGA DO PACIENTE DO DISTRITO DA CULPA. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, julgado em 07/08/2012, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5.ª Turma desse Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/90, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional (v.g. HC n. 252.810, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 27.08.13).

II - A prisão preventiva do Paciente está satisfatoriamente fundamentada na garantia de aplicação da lei penal, tendo em vista a fuga do Paciente do distrito da culpa. Não há, portanto, flagrante ilegalidade capaz de desafiar a concessão da ordem, de ofício.
 III- Habeas Corpus não conhecido.

(HC 263772/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRÉVIO WRIT JULGADO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na gravidade abstrata e na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

4. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, mantida a liminar outrora deferida, até ulterior deliberação do referido Juízo.

(HC 273921/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 29/08/2013, DJe 12/09/2013)

4.2 Habeas corpus substitutivo de Recurso Especial e de Recurso Extraordinário

A partir do julgamento do HC nº 109.956 pela Primeira Turma do STF, que diz respeito especificamente ao *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, sucederam-se outras decisões atentando para impossibilidade do HC substitutivo de recursos. Cita-se como exemplo o HC nº 110.055/MG impetrado, apontando como autoridade coatora o STJ, que havia desprovido Recurso Ordinário em *habeas corpus* que visava à aplicação do princípio da insignificância e o trancamento da ação penal pela atipicidade da conduta (furto de duas bases de liquidificador). A Primeira Turma do STF, no mesmo sentido em que vem decidindo em relação ao *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, julgou extinta a ordem por

inadequação da via processual. Na sequência, por maioria, rejeitou o pedido formulado pela Ministra Rosa Weber de concessão da ordem de ofício. O acórdão restou assim ementado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PRONUNCIAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – NOVA IMPETRAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Uma vez julgado pelo Superior Tribunal de Justiça o recurso ordinário formalizado em processo revelador de impetração, o acesso ao Supremo faz-se em via das mais afuniladas – mediante recurso extraordinário e não nova impetração.
(HC 110055, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, DJe 09-11-2012)

Em situação diversa, no julgamento do HC nº 110.118/MS, a Segunda Turma do STF concedeu a ordem para que o STJ aprecie o mérito de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial não conhecido⁹. O remédio constitucional impetrado perante o STJ visava também ao reconhecimento da atipicidade da conduta.

Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS. (HC 110118, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 07-08-2012 PUBLIC 08-08-2012)

O Ministro Jorge Mussi, no julgamento do HC nº 171.725/SP, consignou que, embora inadequada a via processual utilizada, “tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício”. No caso, o impetrante sustentou a ocorrência de constrangimento ilegal pela inobservância das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal para a fixação da pena base do paciente, condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 159, §1º e 288, parágrafo único, do Código Penal. Após análise da sentença e do acórdão do TJ/SP, verificou-se a adequação do exame das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP. Por outro lado, constatou-se a existência de constrangimento ilegal no que diz respeito a questões não arguidas na impetração. Diante disso, foi concedida ordem de ofício para correção de erro material na pena estabelecida no dispositivo do acórdão impugnado e para o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea:

⁹ Em consulta ao sítio do STJ em 31/10/2013, verificou-se que o processo se encontra concluso à Ministra Relatora desde 30/08/2013.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.
2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.
3. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AVALIAÇÃO NEGATIVA DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA.

1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via habeas corpus é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante orientação pacificada neste Superior Tribunal, o que, como visto, não é o caso.
2. A elevação da pena-base encontra-se justificada pela culpabilidade exacerbada do paciente, bem como por força das circunstâncias em que ocorreram o delito e suas consequências, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada no acórdão, proporcional às circunstâncias concretas do caso e ao ato criminoso cometido.
3. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

REPRIMENDA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA. ERRO MATERIAL NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. CORREÇÃO DE OFÍCIO PELA VIA ELEITA.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo.
2. O erro material ou equívoco manifesto, quando não acarrete prejuízo ao condenado, é passível de ser corrigido de ofício a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Inteligência do art. 463, I, do CPC, aplicável subsidiariamente.
3. Writ não conhecido, concedendo-se, entretanto, habeas corpus de ofício apenas para reconhecer presente a atenuante da confissão espontânea em favor do paciente e corrigir o erro material no dispositivo do acórdão impugnado, redimensionando a sua reprimenda para 13 (treze) anos de reclusão, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados.

(HC 171.725/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013)

4.3 *Habeas corpus* substitutivo de Revisão Criminal

A Revisão Criminal é ação autônoma que tem como objetivo o questionamento de decisão condenatória transitada em julgado nas hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal:

I-quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
 II-quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
 III-quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Aury Lopes Junior ressalta que devido à função do *habeas corpus* de proteção da liberdade de locomoção dos indivíduos diante de atos abusivos do Estado (inclusive atos jurisdicionais) é possível a impetração do remédio constitucional contra decisão condenatória transitada em julgado (2012, p. 1329). Neste sentido, a respeito da coisa julgada no processo penal, Rangel (2012) afirma que

Será sempre coisa relativamente julgada, na medida em que se admite revisão criminal ou Habeas Corpus para desconstituí-la, ao contrário do que ocorre se a sentença for absolutória, que não pode ser desfeita, em desfavor do acusado, por não haver no Direito brasileiro revisão criminal *pro societate*, mas somente *pro reo*.

Em relação à impetração de HC sob o fundamento de nulidade do processo, para Guilherme de Souza Nucci, admissível o HC em substituição à revisão criminal quando houver prisão ou quando “a situação for teratológica, passível de verificação nítida pelas provas apresentadas com a impetração” (2010, p. 941).

Entende-se que o *habeas corpus* é o meio adequado para a proteção da liberdade de locomoção no caso de ilegalidade mesmo havendo decisão condenatória transitada em julgado. No entanto, também não se presta o remédio constitucional a um novo julgamento da ação penal. Veja-se como os Tribunais Superiores têm enfrentado a questão:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. RECONHECIMENTO DE TENTATIVA E DE CRIME ÚNICO. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do

sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse revisão criminal, pois já há trânsito em julgado.

2. Reconhecer a existência de extorsão tentada, em contraposição ao crime consumado, como fixado nas instâncias ordinárias, bem como fixar a existência de crime único e não continuado, são intentos que, na espécie, demandam revolvimento fático-probatório, não condizente com o âmbito restrito e mandamental do *habeas corpus*.

3. Ausência de ilegalidade flagrante.

4. Writ não conhecido.

(HC 277.478/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 24/10/2013)

No caso acima, o paciente fora condenado pela prática do delito previsto no artigo 158, *caput*, do Código Penal (extorsão), por duas vezes, em continuidade delitiva. Pretendia o impetrante o afastamento da continuidade delitiva e o reconhecimento da forma tentada do delito. Analisando-se a sentença e o acórdão proferido pelo TJ/SP, extrai-se que “houve no caso em tela dois delitos de extorsão, praticados em circunstâncias de tempo, lugar e modo semelhantes, cometidos contra a mesma vítima”, o que caracterizou a continuidade delitiva e que se trata de crime formal, que se consuma com a conduta de constranger a vítima, o que ocorreu no caso concreto.

No julgamento do HC nº 102.139/PA a Quinta Turma do STJ afirmou ser entendimento da Corte o recebimento de *habeas corpus* como substitutivo de Revisão Criminal quando se tratar de ilegalidade manifesta e não houver necessidade de revolvimento fático-probatório.

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 121, § 2º, I, III E IV, ART. 211 (DUAS VEZES), ART. 180, § 1º, E ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CP. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE.

I - O recebimento do *habeas corpus* como substitutivo de revisão criminal é viável tão-somente quando a ilegalidade for manifesta e não seja necessário o revolvimento de matéria fático-probatória (Precedentes).

II - Dessa forma, havendo possibilidade de lesão ao direito de locomoção do paciente, deve o e. Tribunal a quo conhecer do *habeas corpus* impetrado na origem, como substituto de revisão criminal, para análise, como entender de direito, das questões levantadas na impetração, que não exijam o revolvimento de prova.

III - Assim, no caso, deve o e. Tribunal de origem examinar as questões levantadas no writ referentes à dosimetria da pena (matéria de direito). Contudo, não merece censura a decisão prolatada pelo e. Tribunal de origem em que não conheceu do *mandamus* na parte em que se buscava a revisão da condenação do paciente pelos crimes conexos. Isso porque é inegável que, neste caso, o exame do material probatório revelar-se-ia indispensável, posto que não há como se afastar uma condenação com base na alegação de falta de justa-causa sem que se verifique em que elementos probatórios se apoia o juízo condenatório.

Ordem parcialmente concedida.

(HC 102.139/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 18/08/2008)

A Segunda Turma do STF, em caso semelhante, também estabeleceu a impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de revisão criminal:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ESTELIONATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE, DO PERCENTUAL DE MAJORAÇÃO EM RAZÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA, DA PENA DE MULTA E DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A pena que os Impetrantes pretendem seja diminuída com o presente habeas corpus tornou-se definitiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória há mais de três meses. Impossibilidade de utilização do habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal. 2. Para a fixação da pena-base, do percentual de majoração pela prática do crime em continuidade delitiva e da pena de multa, foram apreciadas as circunstâncias judiciais e as peculiaridades em que praticados os delitos pela ora Paciente, de forma suficientemente fundamentada. Não se mostra juridicamente desproporcional a pena-base fixada na origem. Inexistência de contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República. 3. O habeas corpus não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. A sentença condenatória deve ser lida em seu todo. 4. As circunstâncias judiciais desfavoráveis permitem seja fixado o regime semiaberto quanto ao delito do art. 171, § 3º, do Código Penal. 5. Delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal. Pena de seis anos e oito meses de reclusão que não permite a substituição por pena restritiva de direito. Requisito objetivo previsto no art. 44, inc. I, do Código Penal não observado. 6. Delito do art. 288 do Código Penal. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 69, § 1º, do Código Penal. 7. Ordem denegada. (HC 118744, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 08/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 18-10-2013 PUBLIC 21-10-2013)

Observa-se que o mérito da impetração foi analisado em ambos os acórdãos. No entanto, a solução foi formalmente diferente. O STJ, por entender inexistente ilegalidade, não conheceu do *writ*. Já o STF denegou a ordem de *habeas corpus*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, analisando-se os dispositivos que se referem ao *habeas corpus* na Constituição de 1988 e no Código de Processo Penal, bem como todo o sistema processual penal, poder-se-ia concluir que o uso do remédio constitucional está restrito aos casos em que o indivíduo está preso ou quando há ameaça concreta de prisão. Deste modo, não caberia a impetração de *habeas corpus* nas situações em que disponíveis recursos próprios, pois o sistema recursal seria suficiente para atender às demandas da defesa no curso da ação penal.

A partir da análise de casos concretos, no entanto, observa-se que as situações de flagrante ilegalidade com reflexos na liberdade de locomoção do indivíduo e passíveis de serem enfrentadas por meio de *habeas corpus*, decorrem muitas vezes de decisões impugnáveis por recursos previstos no sistema processual penal.

Neste contexto, inserem-se na discussão outros aspectos a respeito do *habeas corpus*, como a consolidação na ordem constitucional atual de sua limitação como proteção à liberdade de locomoção, cabendo definir o que configura efetivo constrangimento à liberdade de locomoção. Adota-se o entendimento de que o *habeas corpus* protege não somente quando há ameaça concretizada à liberdade de locomoção (como, por exemplo, com a expedição de mandado de prisão), mas também a ameaça potencial, com o início da persecução penal a indivíduo determinado. Outro ponto relevante é a análise probatória na ação de *habeas corpus*, sobre o qual se conclui pela possibilidade de apreciação de provas pré-constituídas nos limites necessários para a solução do caso concreto apresentando, objetivando a constatação ou não de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do indivíduo.

No que diz respeito à análise jurisprudencial, a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é de não conhecimento do *writ* nos casos de impetração a partir de decisão impugnável por recurso ou após o trânsito em julgado, quando cabível revisão criminal, e de concessão da ordem de ofício nos casos em que constatada a situação de ilegalidade. Não é possível chegar a outra conclusão se não a fragilidade desta solução, pois demonstra que há situações de grave ilegalidade que precisam ser urgentemente solucionadas, não podendo aguardar o trâmite do recurso cabível, sendo o *habeas corpus* o único meio disponível para atender a estas demandas.

Por outro lado, a mais recente construção do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance do *habeas corpus* acaba por prestigiar o entendimento de que, embora ocorram abusos, não é possível privar desta proteção aqueles que tem de fato sua liberdade de

locomoção cerceado por uma ilegalidade. Neste sentido, válido destacar as palavras de Pontes de Miranda (1951, p.191), na afirmação de que “o valor prático de um instituto ou de uma criação jurídica está no quanto sobrepõem aos prejuízos os bens que ela produz”.

Sendo assim, quando a decisão causar constrangimento (ou ameaça de constrangimento) ilegal à liberdade de locomoção do indivíduo, mostra-se possível a utilização do *habeas corpus*, independentemente da interposição do recurso cabível para impugnação da decisão. Entende-se, assim, que não há que se falar em *habeas corpus* substitutivo de recurso. Como se depreende de recentes julgados do STF, havendo flagrante ilegalidade no constrangimento à liberdade de locomoção, cabível o *habeas corpus* para tutelar tal liberdade. Neste sentido

[...] pela diversidade de natureza jurídica entre *mandamus* e recurso, não há como se aplicar o princípio anteriormente nominado [unirrecorribilidade]. Reiterando o já dissertado, a função primária do *writ* é proteção da liberdade corpórea do cidadão; já o fim processual do recurso é a reforma da decisão regularmente impugnada. Assim, a eleição do procedimento recursal não funciona como óbice ou prejudicial da ação de *habeas corpus*. De maneira objetiva, pode ser afirmado com segurança que o *habeas corpus* não se constitui meio de impugnação; não tende a postular o reexame da matéria decidida por órgão jurisdicional inferior (juízo *a quo*), mas, unicamente, a correção de coação injurídica ou sua ameaça. (MOSSIN, 259)

Conclui-se que não é possível solucionar a questão de forma simplificada, optando-se pela possibilidade ou impossibilidade de impetração de *habeas corpus* quando cabível recurso específico previsto no sistema processual penal. Deste modo, considerando-se as hipóteses inicialmente propostas, é possível concluir que a terceira hipótese, qual seja, a possibilidade de impetração de *habeas corpus* como substitutivo de recurso ou de revisão criminal apenas em caso de constrangimento (ou ameaça de constrangimento) à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, é a que mais se aproxima de uma solução coerente com a garantia dos direitos fundamentais. Tal solução mostra-se adequada pela verificação de casos em que de fato a ilegalidade no constrangimento à liberdade de locomoção e a urgência na resolução da situação abrem espaço para a utilização do chamado *habeas corpus* substitutivo. Em outros casos, no entanto, verifica-se que o recurso cabível atende à necessidade da defesa. É possível dizer que nestes casos a utilização do *habeas corpus* consiste em abuso do remédio constitucional e no desvirtuamento de sua finalidade.

REFERÊNCIAS

Artigos e livros

- ARAS, Vladimir. A “nova” doutrina brasileira do *habeas corpus*. Disponível em <http://blogdovladimir.wordpress.com/2012/09/09/a-nova-doutrina-brasileira-do-habeas-corpus/>. Acesso em 31/05/2013.
- BARROS, Marco Antonio de Barros. Ministério Público e o *habeas corpus*. In: Justiça Penal – 5: **Tortura, crime militar, habeas corpus**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Conan, 1995.
- CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Habeas Corpus: liberatório, preventivo, profilático**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____, **Recursos Criminais, sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- CORREIA, L. Moraes. **O habeas-corpus e os interdictos**. 2. ed. Ceará: Assis Bezerra, 1929.
- DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. Tribunais Superiores cometem um atentado à democracia.. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo , nº .243, p. 16-17, fev.2013.
- FISCHER, Douglas. **Recursos, Habeas Corpus e Mandado de Segurança no Processo Penal**. 2ª ed. ampl. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- GERBER, Daniel. O habeas corpus e a justa causa para a ação penal: breves considerações sobre a vinculação entre a denúncia e os elementos objetivos de convicção do ministério público. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 15, n. 178, p. 13-14, set. 2007.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O habeas corpus como instrumento de proteção do direito à liberdade de locomoção. In: **Tortura, crime militar, habeas corpus**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6ª ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.
- LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Brasília: Senado Federal, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual Penal e sua conformidade constitucional**. 9ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Jader. Habeas corpus para ataque a nulidades. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v.9, n.49, p.156-158, abr. 2008.

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

MIRANDA, Pontes de. **História e práticas do habeas-corpus**: direito constitucional e processual comparado. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1951.

_____. **Comentários a Constituição de 1946**. 3.ed. rev. e aum.]Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 5.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001. 315 p.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência 8. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e de Execução Penal**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

PORTO, Hermínio A. Marques. Procedimento do Júri e *habeas corpus*. In: **Tortura, crime militar, habeas corpus**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. São Paulo: Atlas, 2012.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32. ed., rev e de acordo com a lei 12.403/20111. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

TUCCI, Rogério Lauria. **Habeas corpus e mandado de segurança: diversificações conceituais**. **Revista Forense**. Rio de Janeiro. 1977, v.257, p. 83-90.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Considerações sobre a “nova” vedação do habeas corpus substitutivo de recurso. **Tribuna Virtual IBCCRIM**. Ano 1, edição nº 3, abril. 2013. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/15-Consideracoes-sobre-a-%E2%80%9Cnova%E2%80%9D-vedacao-do-habeas-corpus-substitutivo-de-recurso> . Acesso em 31/05/2013.

Decisões judiciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 102.379/MT. Agravante: Paulo Fabrinny Medeiros. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 03 de dezembro de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=934189&sReg=200800600387&sData=20100322&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 102.139/PA. Paciente: José Luiz Pinheiro de Araújo. Impetrante: César Ramos da Costa e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 17 de junho de 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=794818&sReg=200800569416&sData=20080818&formato=PDF>. Acesso em: 30 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 171.725/SP. Paciente: José Wellington Lourenço Pimenta. Impetrante: José Luiz Zilli. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 15 de agosto de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1255146&sReg=201000825199&sData=20130822&formato=PDF>. Acesso em: 30 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 231.501/SP. Paciente: Igor Sousa dos Santos. Impetrante: Maria Teresa Bastia Vichi - Defensora Pública Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 21 de junho de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1159439&sReg=201200132194&sData=20120629&formato=PDF>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 277.478/SP. Paciente: Igor Pereria da Silva. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 15 de outubro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1272327&sReg=201303153403&sData=20131024&formato=PDF>. Acesso em: 30 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 240.218/PA Paciente: Darmy Almeida Melo. Impetrante: Marco Antônio Pina de Araújo E Outro Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado Do Paraná. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 14 de maio de 2013. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1233941&sReg=201200817296&sData=20130523&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 273.921/SP Paciente: Robson Silva e Sousa. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 29 de agosto de 2013. Disponível

em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1259486&sReg=201302327110&sData=20130912&formato=PDF>. Acesso em: 27 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 45.210/DF. Pacientes: Orlando Nunes de Carvalho e José Maria Pontes Menezes. Impetrante: Ana Cárta Paes Leme. Impetrado: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=585853&sReg=200501047645&sData=20051114&formato=PDF> . Acesso em: 30/ out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 29.662/SC Recorrente: Darci José Simões Peter. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 18 de junho de 2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1244004&sReg=201100214644&sData=20130701&formato=PDF>. Acesso em: 27 out. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 100.800/RJ Paciente: Sergio de la Fuente Munhoz. Impetrante: DPU Coator: STJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627251>>. Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 105.413/GO Pacientes: Luiz Carlos Medeiros e Benedito Ferreira de Faria. Impetrante: Alessandro Lisboa Pereira e outro. Coator: STJ. Relator: Ministro Maco Aurélio. Brasília, 30 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3195746>>. Acesso em: 25 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107.701/RS. Paciente: Marcio Garcia da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1845891>>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.956. Paciente: Fábio Tomio Ueno. Impetrante: Matheus Gabriel Rodrigues de Almeida e outro. Coator: STJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2709684>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 110.055/MG Pacientes: Luciano Coelho da Silva e Átila Junio Carioca. Impetrante: DPU. Coator: STJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 16 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3065576>>. Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 110.118/MS. Paciente: Izidro Benites. Impetrante: DPU. Coator: STJ. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Relator P/ Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 22 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2500133>>. Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115.168. Paciente: Dioleno Nascimento Lemos Impetrante: Manfredo Braga Filho Coator: STJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 21 de maio de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4003623>>. Acesso em: 27 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 263.772/SP Paciente: Walter Crisafulli Nascimento. Impetrante: Wellington de Castro Teixeira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Brasília, 15 de outubro de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1273553&sReg=201300134007&sData=20131021&formato=PDF>. Acesso em: 27 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118.744/ES. Paciente: Elizabeth Fernandes de Lima. Impetrante: Marcos Giovani Correa Felix e outro. Coator: STJ. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 08 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4704003>>. Acesso em: 30 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 86.735/SP. Paciente/Impetrante: Aparício de Mendonça Junior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 07 de março de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368273>>. Acesso em: 08 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 88.320/PI. Recorrente: Francisco Rivaldo Oliveira Pinheiro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 25 de abril de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=383601>>. Acesso em: 08 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 88.542/RJ. Recorrente: Jonathan Araújo da Silva. Recorrido: Ministério Público Militar. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 13 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2888542%2E%2E+OU+88542%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/ca8vvfk>>. Acesso em: 08 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 88.806/RJ. Agravante: Odacir Antônio Dametto. Agravado: Relator do HC nº 56488 do STJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 06 de junho de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325231>>. Acesso em: 08 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92.921/BA. Pacientes: Curtume Campelo S/A, Gladston José Dantas Campelo, Ronaldo Dantas Campelo, Antônio Raymundo Dantas Ramiro e João Carlos Lacerda. Impetrante: Reginaldo Pereira Miguel. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550495>>. Acesso em: 25 out. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº nº 95.496/PI. Paciente: José Soares de Albuquerque. Impetrante: João Ulisses de Britto Azêdo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Brasília, 10 de março de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=587017>>. Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Habeas Corpus nº 5009793-40.2011.404.0000. Pacientes: Marcos Moro Zetola e Pedro Prosdocimo Neto. Impetrante: Luis Otávio Sales da Silva Junior, Rafael Fabricio de Melo, René Ariel Dotti. Impetrado: Juízo Substituto da 03ª VF Crim. e JEF Criminal de Curitiba. Relator: Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Relator p/ Acórdão: Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus. Porto Alegre, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4503995>. Acesso em: 01 jun. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70056281900. Paciente/Impetrante: Rogério Alencar Machado Rodrigues. Coator: Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Leopoldo. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 19 de setembro de 2013. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70056281900%26num_processo%3D70056281900%26codEmenta%3D5463064+70056281900&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70056281900&comarca=Comarca+de+S%3E3o+Leopoldo&dtJulg=19-09-2013&relator=Jayme+Weingartner+Neto>. Acesso em: 27 out. 2013.

Diplomas legais e súmulas

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 1º de fevereiro de 1969>. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm>. Acesso em: 24 out. 2013.

BRASIL. Código Criminal de 1830. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 07 set. 2013.

BRASIL. Código de Processo Criminal de 1832. Lei de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 07 set. 2013.

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: 25 mai. 2013

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2013.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 07 set. 2013.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 07 set. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao3/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 07 set. 2013.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 07 set. 2013.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 07 set. 2013.

BRASIL. Decreto de 23 de maio de 1821. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-23-5-1821.htm>. Acesso em: 07 set. 2013.

BRASIL. Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 07 set. 2013.

BRASIL. Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc03-1926.htm>. Acesso em 07 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm >. Acesso em: 07 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 52. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=451>>. Acesso em: 15 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 64 do STJ.
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=439>>. Acesso em: 15 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 695. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=695.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 10 out. 2013.