O NÃO CONHECIMENTO DO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

Alberi Rafael Dehn RAMOS[1]
Gustavo de Souza PREUSSLER[2]

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo destacar o papel do *habeas corpus* como garantia constitucional na proteção do direito fundamental de ir e vir, analisando, principalmente, eventuais limitações que este remédio heroico possa estar sofrendo quanto à restrição de sua utilização, notadamente em substituição ao manejo do Recurso Ordinário Constitucional.

Palavras chave: *Habeas Corpus* – impetração – Acesso à justiça.

Abstract: *This article has as object to emphasize the function of "habeas corpus" as a constitutional guarantee of protection of fundamental rights of locomotion, mainly, eventual limitation that this heroic redress can be suffering as the restriction of your application, notedly in replacement of the "Constitutional Ordinary Appeal".*

Keywords: *Habeas Corpus - Petition - Access of Justice.*

1. INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 consagra o *habeas corpus*[3] como direito de mais alta patente do cidadão, direito este que a Carta da República

[1] *Pós-graduando em Direitos Humanos e Cidadania na Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) e em Direito Tributário na rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG). Advogado.*

[2] *Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Possui 4 livros publicados na área penal e 1 aceito para publicação, mais de 20 artigos em revistas e jornais publicados em direito penal. Participou mais de 20 eventos no Brasil. Atua na área do Direito, com ênfase em Direito Penal, Processual Penal e Direito Constitucional. Atualmente é Professor Adjunto I da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD).*

[3] *BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...);*

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; (...).

arrola como ação constitucional e que visa assegurar um direito fundamental: a liberdade de locomoção[4].

Ao passo que a Constituição Federal, na trilha das Constituições contemporâneas, consagra diversos direitos do indivíduo, paralelamente, e com intuito de assegurar a fruição destes direitos, institui "garantias", que, por seu turno, são protegidas por ações – remédios constitucionais – e entre estas está o *habeas corpus*[5].

O instituto do *habeas corpus* tem origem remota no Direito Romano[6], onde qualquer cidadão podia reclamar a exibição do homem livre, detido ilegalmente, por intermédio de uma ação privilegiada denominada de *interdictum de libero homini exhibendo*[7].

Entretanto, muitos autores atribuem a gênese do remédio heroico à Carta Magna de 1215, ínsita no item 29, do Rei João Sem Terra, que qualificava como injusta qualquer prisão não prevista em lei ou que fosse decretada sem julgamento. Entre estes autores destaca-se o constitucionalista José Afonso da Silva, *ex vi*:

> Foi o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais. Denota-se sua presença na Inglaterra antes mesmo da Magna Carta de 1215. Mas foi esta que lhe deu a primeira formulação escrita. O *writ of "habeas corpus"* evolui. No início não era vinculado à ideia de locomoção, mas ao conceito do *due process of law*[8].

Na Inglaterra adquiriu várias roupagens, não se limitando a resguardar o direito de ir e vir. O *habeas corpus* era manejado em diversas matérias, inclusive civil, sendo ele o meio apto de se chegar ao Tribunal.

Assim, várias eram as modalidades: *habeas corpus ad satisfaciendum; habeas corpus ad prosequendum; habeas corpus ad deliberandum; habeas corpus ad faciendum et recipiendum; habeas corpus ad subjiciendum*[9].

Todavia, no direito inglês, apesar de previsto desde 1215, só foi regulamentado com a lei do *habeas corpus* de 1679, consolidando a medida e estipulando pesadas sanções contra quem o descumprisse ou se negasse a recebê-lo. Daí em diante não mais se recusou o *writ*, mesmo que a prisão fosse ordenada pelo rei[10].

---

[4] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...);
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:(...);
IV - os direitos e garantias individuais.
[5] VICENTE. Paulo. Aulas de Direito Constitucional. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p.171.
[6] PACHECO, J. E. de Carvalho. Habeas Corpus. Curitiba: Juruá, 1983. p. 16.
[7] MORAES, de Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p. 108.
[8] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005. p.444.
[9] SILVA, ibidem. p.445.
[10] FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1995. p.271.

Do modelo Inglês o *habeas corpus* passou a ser incorporado ao direito constitucional das colônias inglesas e para outros povos cultos[11].

No Brasil a primeira representação do *habeas corpus* ocorreu em 1821, por meio de um alvará expedido por Dom Pedro I, onde assegurava o direito de locomoção. Porém, a expressão *habeas corpus*, de fato, surgiu apenas em 1830, no Código Criminal do Império[12].

Originariamente no Brasil, a exemplo de outros países, o *habeas corpus* não era utilizado apenas para assegurar o direito de locomoção. Nesse contexto histórico é interessante destacar a denominada "*teoria brasileira do habeas corpus*" de Rui Barbosa, *in verbis*:

> Tratava-se da chamada 'teoria brasileira do *habeas corpus*', que perdurou até o advento da Reforma Constitucional de 1926, impondo o exercício da garantia somente para os casos de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de ir e vir. (...), pela reforma constitucional de 1926, sob forte influência da doutrina da jurisprudência da época, que buscavam nas ações possessórias instrumentos para suprir a lacuna deixada pela aludida reforma (restrição do alcance do *habeas corpus*), o mandado de segurança é constitucionalizado em 1934, sendo introduzido na Carta Maior e permanecendo nas posteriores, com exceção de 1937.[13]

É valioso destacar que o *habeas corpus* foi contemplado em todas as nossas cartas constitucionais, desde a Constituição Republicana de 1891. Em toda a trajetória constitucional pátria, o *writ* sofreu limitações apenas no período autoritário, como no caso do regime de exceção iniciado em 1964. Durante este odioso período foi baixado o Ato Institucional n.º 5 (AI-5), que suspendeu, expressamente, em seu art. 10, a garantia do *habeas corpus* em caso de investigação, processo ou prisão em crimes atentatórios à Soberania Nacional[14].

Deve ser considerado que o *writ*, tal como é hoje, é fruto de várias modificações e aperfeiçoamentos ao longo dos anos. Um instituto sobejamente discutido, estudado e que faz parte da cultura jurídica de diversas nações.

Nesse sentido, e ponderando o conteúdo multissecular do *habeas corpus*, o direito deve preservar sua aceitação e não permitir que quaisquer vedações lhe sejam impostas.

---

[11] ROSA, Antonio José Miguel Feu. Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 484.
[12] LENZA. Pedro. Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 727.
[13] LENZA. Ibid. p. 731.
[14] MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.661.

Não se podem aceitar críticas a este instituto alegando-se o uso exacerbado, desmedido. É preciso ir mais longe, verificar a fundo o problema, porquanto em diversos casos o *habeas corpus* é o meio eleito para pleitear a liberdade – ou impedir que ela seja ameaçada – porque todos os demais institutos ordinários, sejam eles ações ou recursos, apresentam processamento e tramitação exageradamente demorados e que não atendem a urgência com que deve ser repelida a ameaça ou lesão ao direito de ir, vir e permanecer.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O *HABEAS CORPUS*

Na precisa lição de Dirley da Cunha Júnior, o *habeas corpus* caracteriza "uma ação constitucional de natureza penal destinada à proteção da liberdade de locomoção quando ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso de poder."[15]

A tradução literal de *habeas corpus* "indica a essência do instituto", significa "corpo livre, corpo solto, corpo aberto"[16] ou, ainda, *tomes o corpo*.

Vicente Greco Filho obtempera e sustenta que o *habeas corpus* é uma ação de conteúdo mandamental ou constitutivo[17].

Essa liberdade protegida pelo *habeas corpus* deve ser entendida de forma ampla, a combater toda e qualquer medida de autoridade que possa acarretar um constrangimento ilegal.[18]

As partes identificadas na impetração do *habeas corpus* são: o impetrante, aquele que ingressa com a ação; o impetrado, a autoridade apontada como coatora, que pratica a coação ou ameaça de constrangimento ilegal, e o paciente, aquele que sofre ou está ameaçado de sofrer o constrangimento ilegal.[19]

Em sua natureza jurídica é considerado uma ação de reduzido rigor técnico, podendo ser impetrado por qualquer do povo[20]. Porém, há de se observar quais são as circunstâncias (*hipóteses*) que autorizam seu cabimento, devendo haver prova pré-constituída e vedada a análise vertical da prova[21].

Pode até mesmo ser concedido *de ofício* pela autoridade judicial "quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal"[22], ocasião em que determina a expedição de alvará para que cesse

---

[15] *CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 749-750.*

[16] *RANGEL. Paulo. Direito Processual Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 590.*

[17] *GRECO FILHO, Vicente. Tutela Constitucional das Liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 146.*

[18] *MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 621.*

[19] *CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Processo Penal Doutrina e Prática. Salvador: Juspodivm, 2008. p.259.*

[20] *BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.*

[21] *RTJ, 58/523.*

[22] *BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 654, § 2º.*

o ato de arbitrariedade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem disciplinando a matéria e delimitando o tema, inclusive com edição de súmulas.

Com efeito, além do pouco rigor técnico exigido pelo instituto, é no seu rito abreviado de processamento que o *habeas corpus* desperta maior interesse.

De acordo com o art. 662 do Código de Processo Penal, uma vez preenchidos os requisitos da petição de *habeas corpus*[23], o magistrado, se entender necessário, requisitará à autoridade apontada como coatora informações por escrito.

E caso falte algum requisito para o processamento do *writ* o julgador mandará preenche-lo. Importante salientar que o instrumento de procuração não é documento indispensável para o conhecimento do remédio constitucional.

Superada a fase anterior, nos moldes do art. 664 da Lei Adjetiva Penal, "recebidas as informações, ou dispensadas, o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte." Veja-se a celeridade com a qual o instituto é processado e levado a julgamento. Muito mais rapidamente se comparado a outras ações ou recursos com procedimento ordinário.

Outro ponto que merece destaque é quanto ao cabimento do *habeas corpus*, isto atentando 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"[24]. Obviamente, considerando a natureza do instituto, a coação retratada no art. 647 do Código de Processo Penal só pode ser a coação física (*vis corporalis*).

A praxe forense tem admitido o uso do habeas corpus como sucedâneo recursal cuja pena do delito prevista em abstrato seja a privativa de liberdade. Caso o delito não preveja, em seu preceito secundário, a aplicação de pena privativa de liberdade, mas apenas multa ou restritiva de direitos, a via adequada para combater o ato ilegal é o mandado de segurança.[25]

Entretanto, quando configurado o constrangimento ilegal, o *writ* é manejável até mesmo para "trancar"[26] a ação penal ou o inquérito policial

---

[23] *BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.*

§ 1o A petição de habeas corpus conterá:

a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;

b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;

c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

[24] *BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 647.*

[25] *TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 4. ed. São Paulo: Juspodvm, 2010. p. 1031.*

[26] *SUPERIOR TRIBUNAL DE JURIÇA. HABEAS CORPUS. ROUBOS QUALIFICADOS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. CONCLUSÃO PELA INOCÊNCIA DO PACIENTE. VIA INADEQUADA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. (...). 2. O trancamento da ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, somente se justificando*

que dão origem a este constrangimento. Este é um nítido caso de sucedâneo recursal, pois como não há um meio de impugnação específico apto a ensejar o cessamento do ato ilegal – extinção da ação penal sem resolução do mérito ou arquivamento do inquérito policial[27] – é admissível o *writ*. Vejamos a doutrina sobre o tema, *vide*:

> O instrumento a ser utilizado para o trancamento do processo é, em regra, o *habeas corpus*. Para que seja cabível o *habeas corpus*, porém, é necessário que haja uma ameaça, ainda que em potencial, à liberdade de locomoção. Verificando-se, assim, que se trata de infração penal à qual não é cominada pena privativa de liberdade, ou à qual seja cominada única e exclusivamente a pena de multa, não há de se falar em *habeas corpus*. O *habeas corpus* também não é a via adequada para trancamento de processo administrativo disciplinar, uma vez que não está em jogo a liberdade de ir e vir.[28] Na hipótese de impossibilidade de impetração de *habeas corpus*, pensamos ser cabível o mandado de segurança.[29]

Neste último caso, uma vez configurado o ato de ilegalidade, a própria tramitação do processo ou inquérito configura o constrangimento. Salutar é a reflexão do pesquisador Aury Lopes Junior sobre o mote, *in verbis*:

> Da mesma forma, um processo penal que não possa gerar pena alguma é inconcebível. Por vezes, nos deparamos com processos penais que são apenas geradores de estigmatização e degradação, atuando como penas em si mesmo. Existe uma injustificada resistência em admitir a possibilidade de uma extinção imediata do feito ou mesmo uma sentença absolutória antecipada. Nada justifica, por exemplo, manter-se um processo penal quando vislumbra-se uma prescrição pela provável pena a ser aplicada, ou ainda, quando a prova é absolutamente insuficiente (e o inquérito já é um indicativo que dali nada mais poderá ser extraído).[30]

---

se demonstrada, inequivocamente, a absoluta falta de provas, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade, (...). (HC 155840/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 19/03/2012).

[27] *RANGEL. Paulo. op. cit. p. 608.*

[28] *STF, 1ª Turma, HC nº 100.664/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 02/12/2010.*

[29] *LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal.Vol. único. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 1799.*

[30] *LOPES JR. Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). 3. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 06.*

Outro aspecto do *habeas corpus* que merece evidência doutrinária é quanto às espécies existentes: *liberatório e preventivo*. Magistral é a lição do grande mestre Julio Fabbrini Mirabete sobre estes conceitos, *in verbis*:

> Quando se destina a afastar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção já existente, o *habeas corpus* é chamado de liberatório ou repressivo. Pode ser ele concedido a pedido ou de ofício pelo Juiz ou Tribunal. Mas pode ser impetrado quando existente apenas uma ameaça à liberdade de locomoção, recebendo a denominação de *habeas corpus* preventivo. Nessa hipótese, é expedido um salvo-conduto, assinado pela autoridade competente. Salvo-conduto, do latim *salvus* (salvo) *conductus* (conduzido), dá a precisa ideia de uma pessoa conduzida a salvo. O salvo-conduto, assim, dever ser expedido se há, por exemplo, fundado receio do paciente ser preso ilegalmente. Mas o receio de violência deve resultar de ato concreto, de prova efetiva, da ameaça de prisão. Temor vago, incerto, presumido, sem prova, ou ameaça remota, que pode ser evitada pelos meios comuns, não dá lugar à concessão de *habeas corpus* preventivo.[31]

Das espécies de *habeas corpus* o mais comum é o liberatório, quando o ato coator já está surtindo efeitos na esfera de locomoção do paciente caracterizando o constrangimento ilegal.

Nessa senda, como o *habeas corpus* visa a repelir grave lesão a direitos, por força das decisões que exigem a imediata intervenção do Poder Judiciário para cessar o ato coator, é cabível o pedido de medida liminar[32] na via estreita do *writ*. Contudo, como deve ser em todo o pedido cautelar, é necessária a comprovação dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*[33].

Uma vez julgado, seja pelo juiz singular ou tribunal, o habeas corpus pode ser denegado ou concedido. Em caso de concessão, será expedida ordem mandando cessar imediatamente o ato coator. Todavia, caso não seja concedida a ordem – denegada – o impetrante poderá recorrer da decisão, entretanto, o recurso manejável pode variar diante do caso concreto.[34]

3. A INADMISSIBILIDADE DO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL E A JURISPRUDÊNCIA

[31] *MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 740.*

[32] *HC 41.296/DF, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, RTJ, 33(3)/590.*

[33] *ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. Anotações Sobre Habeas Corpus e Ampla Defesa. São Paulo: Edijur, 2004. p. 21.*

[34] *CAPEZ. Fernando. Curso de Processo Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 718.*

A finalidade do *habeas copus*, nos termos do art. 5º, LXVIII, consiste em fazer cessar o constrangimento arbitrário ou, ainda, prevenir e repelir a ameaça de ato ilegal.

Todavia, com o decorrer dos anos, o *writ* passou por aprimoramentos e coube ao Poder Judiciário definir quais atos são ou não repelidos pelo *habeas corpus*. Trata-se de um verdadeiro juízo de admissibilidade, orientando em quais situações o remédio constitucional será conhecido.

Entre as vedações estão diversas matérias sumuladas pelo Supremo Tribunal Federal e que adverte, *textualmente*:

> Não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa de liberdade." (Súmula 695 do STF.); "Não cabe habeas corpus contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública." (Súmula 694 do STF); "Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada." (Súmula 693 do STF); "Não se conhece de habeas corpus contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito." (Súmula 692 do STF); "Não se conhece de recurso de habeas corpus cujo objeto seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção." (Súmula 395 do STF).

Estes são apenas alguns exemplos de matérias em que não se admite a impetração do *habeas corpus*. Entretanto, o tema – admissibilidade – ganhou ainda mais relevância com as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, que vem, dia a dia, minando e limitando os casos sujeitos à impetração.

As decisões do STJ foram embasadas em precedente oriundo do Supremo Tribunal Federal que definiu, *ex vi*:

> HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.[35]

[35] *HC 109956, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO*

De acordo com essa orientação do Supremo, o *habeas corpus* não mais poderia ser admitido quando a legislação enunciasse a existência de recurso próprio, *in casu*, o Recurso Ordinário Constitucional.

No que tange ao Recurso Ordinário Constitucional (ROC), vale a pena frisar que sua previsão é constitucional e seu cabimento previsto tanto para o STF (art. 102, II da CF), como para o STJ (art. 105, II da CF).

Ainda, de acordo com a Constituição, o ROC é cabível das decisões denegatórias proferidas em mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*.

A competência para julgamento é definida pela Lei, mas, em regra, das decisões dos Tribunais locais e Federais o recurso deve ser manejado no STJ; das decisões denegatórias emanadas por Tribunais Superiores o ROC deve ser endereçado ao STF.

Sobre este recurso Fredie Didier Junior preleciona, *in verbis*:

> O recurso ordinário constitucional é, como o próprio nome diz, um recurso ordinário, só que dirigido ao STF/STJ, que exercerão competência recursal sem qualquer limitação em relação a matéria fática. Pelo recurso ordinário constitucional, admite-se, por exemplo, o reexame de prova. O recurso ordinário constitucional dispensa pré-questionamento.[36]

Com efeito, o argumento de que não é possível a impetração de *habeas corpus* quando há previsão de recurso específico, nos leva a reflexão sobre a própria natureza do instituto, isto é, surgiu para tutelar um direito fundamental incontestável: a liberdade.

Veja-se que o art. 5º, inc. XV, da Constituição Federal, garante que "*é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*". Ora, o direito de locomoção, assim como o *habeas corpus*, tem *status* constitucional e sua limitação de questionamento pela via do *writ* pode representar grave retrocesso.

De outra parte da doutrina, e em contraposição, especialmente encabeçada por membros do Parquet, surgem ácidas críticas a um possível desvirtuamento e uso desmedido do instituto. Entre esses autores é destacada a posição adotada pelo Procurador da República, Douglas Fischer, ao sustentar que, *in verbis*.

> […] houve um alargamento (ouça-se dizer até excessivo em determinadas circunstâncias) das hipóteses em que cabível

ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012.

[36] *DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol. III. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 247.*

> a impetração, que se pode atribuir especialmente em face da construção jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal a partir da interpretação de alguns dispositivos constitucionais, notadamente aqueles (mas não só) vinculados aos princípios do devido processo legal, do juízo natural, da ampla defesa e do contraditório.[37]

O ROC se apresenta como um meio recursal mais amplo do que o *habeas corpus*, pois admite cognição mais aprofundada das provas. Todavia, o que pode parecer uma virtude é, na verdade, uma desvantagem, pois, devido ao exame exauriente da prova, o rito passa a ser muito mais demorado que o do *habeas corpus*.

Convém repisar que o *writ* exige prova pré-constituída, tem rito abreviado e, por consequência, célere. Esse é, talvez, o principal motivo pelo qual na prática, em recurso à instância superior, opta-se pelo *habeas corpus* ao invés do recurso ordinário.

A crítica quanto ao uso excessivo do *habeas corpus* é respeitável e aparenta ter surtido efeitos, tanto é assim que na atualidade a jurisprudência, em particular do STJ, tem barrado a impetração do *writ* sob o argumento de ofensa à via recursal própria.

As recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça seguem a seguinte orientação, *verbis*:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PEDIDO PARA SUBSTITUIR A PRISÃO CAUTELAR POR MEDIDA DIVERSA. INADEQUAÇÃO / INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Os tribunais superiores restringiram o uso do "habeas corpus" e não mais o admitem como substitutivo de recursos e nem sequer para as revisões criminais. 2. A necessidade da segregação cautelar se encontra fundamentada na garantia da ordem pública em razão da periculosidade do paciente, caracterizada pelo "modus operandi", ante a gravidade inusitada do delito, perpetrado contra uma adolescente e

[37] *FISCHER. Douglas. Recursos, Habeas Corpus e Mandado de Segurança no Processo Penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 222.*

> uma criança, após invadir a residência delas. 3. O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312, CPP), é despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis. **4. "habeas corpus" não conhecido por ser substitutivo do recurso cabível.** (STJ; HC 275.175; Proc. 2013/0259527-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Moura Ribeiro; DJE 14/10/2013; Pág. 2053). (Grifou-se).

O *habeas corpus* nem mesmo é conhecido, ou seja, o Tribunal nada se pronuncia sobre o mérito da matéria posta para ser analisada. Entretanto, nesse período de mudança de orientação jurisprudencial, o STJ, em casos de flagrante ilegalidade, não conhece o *writ* e concede a ordem de ofício, *in verbis*:

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

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente se negando a conhecer os *habeas corpus* substitutivos de recurso ordinário. Porém, em caso de patente ilegalidade a ordem é concedida de ofício pelo Tribunal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Questionaram a um louco que havia perdido sua chave na floresta por que a procurava apenas sob a luz do poste da rua, ele respondeu: aqui tem mais luz. Limitar o uso do *habeas corpus* com o pseudoargumento de banalização ou do desvirtuamento do instituto é buscar, como o louco, a chave no lugar errado.

É inegável que o *habeas corpus* é um importante instrumento para pleitear a liberdade de locomoção, tanto é assim que, em casos graves, o próprio Tribunal reconhece a necessidade de se conceder a ordem pleiteada.

E em que pese os argumentos de que o *habeas corpus* teria sido "banalizado", sobressai o argumento de que, como é o *writ* previsto na Constituição e que visa a resguardar o direito de locomoção, o fato de não reconhecerem e inadmiti-lo poderia representar negativa de acesso à Justiça.

Paulo Cesar Santos Bezerra ao dizer que o acesso à justiça é direito fundamental também adverte que, no Brasil, a falta de acesso à justiça é um problema histórico. Somos um país politicamente autocrático, centralizador e elitista[38]. Não é de hoje que tentam barrar o acesso ao Judiciário.

Tem-se que o acesso à justiça é um direito fundamental do cidadão. E mais, este entendimento ganha ainda mais robustez se o perfilharmos com o inciso XXXV, do art. 5º da Carta da República, ao dizer que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."*

Nesse ponto, o constituinte percebeu que a concretização dos direitos fundamentais pressupõe o acesso à justiça[39].

Mauro Cappelletti, por sua vez, em sua obra, "Acesso à Justiça"[40], abre um tópico específico sobre "os obstáculos a serem transpostos" ao efetivo acesso à justiça.

A obra de Cappelleti visa identificar e propor soluções para que a justiça se torne cada dia mais acessível, e não distante das pessoas. Várias são as propostas de otimização de acesso à justiça, como, por exemplo, a especialização dos juízes, a criação de varas específicas para o consumidor, o barateamento das custas processuais etc.

Todas as propostas têm por finalidade aproximar o Judiciário, não afastá-lo da população. Nesse sentido, o não conhecimento do *habeas corpus* e os obstáculos criados para a sua impetração vem afastando o Judiciário de um extraordinário instrumento inibidor de violações contra a liberdade das pessoas.

Luigi Ferrajoli leciona em sua obra Direito e Razão sobre o fenômeno da positivação dos direitos naturais e que constituem direitos personalíssimos, invioláveis das pessoas, e entre estes direitos naturais está a liberdade.[41]

---

[38] *BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à Justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito. 2ª Ed. Rio de janeiro: Renovar, 2008. p. 107.*

[39] *MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. p. 151.*

[40] *CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.*

[41] *FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 346.*

Ainda, o grande mestre italiano alerta sobre a necessidade de *submissão à jurisdição* as lesões aos direitos fundamentais, sejam liberais ou sociais, isto é, a garantia de acionar em Juízo os responsáveis, por omissão ou comissão, por violação destes direitos fundamentais.[42]

Vê-se, assim, que embora a Lei não possa afastar a apreciação de lesão ou ameaça a direito do Poder Judiciário, a jurisprudência vem reiteradamente afastando, pois, o *habeas corpus* sequer chega a ser conhecido pelo Tribunal da Cidadania.

É necessário refletirmos sobre essa nova orientação jurisprudencial do STJ, porquanto, caso ela se consolide, haverá uma drástica mudança de rumos e a pessoa que injustamente sofre lesão ou ameaça ao seu direito de locomoção deverá esperar por muito mais tempo até que consiga um pronunciamento do Judiciário.

Porém, há uma luz no fim do túnel. O STF, em recente decisão de sua 1ª Turma, no julgamento dos HC 115168 e 110328, reconheceu o cabimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional e admitiu a impetração toda vez que a liberdade de ir e vir, e não somente questões ligadas ao processo-crime e 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.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça*: Um problema ético-social no plano da realização do direito. 2 ed. Rio de janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ. Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

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

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal Doutrina e Prática*. Salvador: Juspodivm, 2008.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.

[42] *FERRAJOLI, ibidem. 844.*

FISCHER, Douglas. *Recursos, Habeas Corpus e Mandado de Segurança no Processo Penal*. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
LENZA. Pedro. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Vol. único. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. 3 ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005.
MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
MORAES, de Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2005.
PACHECO, J. E. de Carvalho. *Habeas Corpus*. Curitiba: Juruá, 1983.
RANGEL. Paulo. *Direito Processual Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. São Paulo: Juspodvm, 2010.
VICENTE. Paulo. *Aulas de Direito Constitucional*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. *Anotações Sobre Habeas Corpus e Ampla Defesa*. São Paulo: Edijur, 2004.

Recebido em: 17/11/2013
Aceito em: 22/12/2013