



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2,
p. 1-260, 2º sem. 2021

O HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS: VÍCIO OU VIRTUDE?

Arthur Maximus Monteiro

Mestrado em Direitos Fundamentais e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

Submetido em: 20/02/2021

Aprovado em: 19/09/2021 e 20/09/2021

RESUMO: O *habeas corpus* é uma ação constitucional destinada a assegurar o livre exercício do direito fundamental de locomoção. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a Constituição Federal, seu cabimento é restrito aos casos de autoridades que dispõem de foro por prerrogativa de função ou quando presente ato coator de Tribunal Superior. Todavia, o STF tem interpretado de maneira demasiadamente elástica as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* na Corte, permitindo que praticamente qualquer pessoa alcance a Suprema Corte através do HC. Convém, portanto, analisar os problemas que decorrem dessa permissividade excessiva quanto ao cabimento do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. *Habeas Corpus*.

ABSTRACT: Habeas corpus is a constitutional action aimed at ensuring the free exercise of the fundamental right of locomotion. Within the scope of the Supreme Federal Court, according to the Federal Constitution, its jurisdiction is restricted to the cases of authorities that have jurisdiction by prerogative of function or when there is an act of coercion of a higher court. However, the STF has interpreted the hypotheses of habeas corpus in the Court too widely, allowing al-

most anyone to reach the Supreme Court through the HC. Therefore, it is important to analyze the problems that result from this excessive permissiveness regarding the suitability of habeas corpus in the Supreme Federal Court.

KEY WORDS: Constitutional Law. Judicial Review. Habeas corpus.

I. INTRODUÇÃO

I.1 Apresentação do problema

Desde há muito, o Supremo Tribunal Federal vê-se às voltas com uma imensa sobrecarga de processos, decorrente da generosa concepção garantista prevista na nossa Constituição Federal de 1988. Ao lado de uma infinidade de direitos fundamentais, que virtualmente permitem a discussão, em nível constitucional, de todo e qualquer direito, existe uma plêiade de instrumentos jurídicos destinados a assegurar a sua fiel observância. Instrumento por excelência para levar-se algum caso à Suprema Corte do país, o recurso extraordinário permite o conhecimento de questões constitucionais decididas por instâncias inferiores. É ele, sem dúvida, que concentra a grande maioria das hipóteses nas quais a compatibilidade de determinado texto legal é confrontada com o texto constitucional vigente.

Em que pese sua indiscutível primazia no que toca ao controle incidental de base difusa, o recurso extraordinário não tem sido a única via através da qual o Supremo Tribunal Federal pode sindicair inconstitucionalidades em casos concretos. Através da prática advocatícia e judicial, outro mecanismo tem sido largamente utilizado para desempenhar esse papel. Trata-se, aqui, do remédio constitucional do *habeas corpus*.

O objetivo do presente artigo, portanto, será entender como o *habeas corpus* transmutou-se de instrumento de garantia das liberdades individuais em verdadeiro mecanismo de controle incidental das normas penais de caráter infraconstitucional. Além disso, serão observados aspectos técnico-jurídicos que fundamentam (ou não) esse permissivo, para daí

tentar compreender o atual papel do *habeas corpus* no nosso sistema constitucional, bem como as incongruências daí resultantes, a fim de, então, se apresentar uma solução.

1.2 Metodologia

Para alcançar resultados cientificamente válidos, a escolha do método é talvez o mais importante para o estudioso do Direito.

Muitas análises doutrinárias produzidas no Brasil deixam-se seduzir pela tentação de arquitetar um esquema constitucional “ideal”, isto é, esquecer o texto da Constituição e imaginar qual modelo de ordenamento jurídico melhor atenderia aos interesses da nação.

O problema ganha contornos ainda mais graves quando se considera que boa parte das hipóteses sugeridas tem por base um modelo constitucional específico de determinado país (Áustria, Alemanha e EUA, apenas para enumerar os mais citados), do qual é difícil extrair pontos em comum com o ordenamento brasileiro (KELSEN, Hans 2011, p.306 e ss)¹. Além disso,

¹ Não faz sentido, por exemplo, falar-se em STF atuando como “legislador negativo” – modelo kelseniano, de jurisdição concentrada, baseado na constituição austríaca – quando vigora no Brasil o princípio da nulidade. No modelo austríaco, fundamento do pensamento de Kelsen, vigora o princípio da anulabilidade. Nele, a norma inconstitucional é válida até ser declarada como tal pela Corte Constitucional. Uma vez realizada a declaração de inconstitucionalidade, a norma inquinada é retirada do ordenamento jurídico, à semelhança do que ocorre no fenômeno da revogação de normas. Daí a metáfora com o “legislador negativo”, ou seja, uma nova norma para revogar a norma existente. Já no Brasil, onde vigora o princípio da nulidade – segundo admitido pela imensa maioria da doutrina –, a norma inconstitucional é nula *ab initio*. A declaração de inconstitucionalidade não “retira” a norma inquinada do ordenamento, à semelhança da revogação, mas, em verdade, reconhece que ela *jamais ingressou* no ordenamento. Analisando o ordenamento português – nesse aspecto, idêntico ao brasileiro –, o Prof. Marcelo Rebelo de Sousa bem anota que “o tribunal não constitui a invalidade, como acontece na anulação (mesmo nos casos de anulação com efeitos retroactivos). Ele limita-se a verificar e a declarar, expressa ou implicitamente, a nulidade do acto inconstitucional, que já existia desde a sua prática” (SOUSA, Marcelo Rebelo. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: BFDUL, 1988, p. 255). Nesse ponto específico, discorda-se da linha adotada por Elival da Silva Ramos, para quem a declaração de inconstitucionalidade da norma decorre de uma “ineficácia congênita”. É justamente por não ter ingressado a norma no ordenamento que esta não é apta a produzir seus efeitos. De fato, “não é o provimento jurisdicional que, reconhecendo a inconstitucionalidade do ato controlado, desconstitui os seus efeitos, retroativamente, desde a sua edição” (RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*, xx. p. 88). Mas o vício a inquinar a norma manifesta-se no plano da validade, não no plano da eficácia. Sobre isso, já dizia Marcelo Rebelo de Sousa que “do valor do acto inconstitucional se deve distinguir a sua ineficácia, tal como do valor do acto inconstitucional cumpre diferenciar a respectiva eficácia” (SOUSA, Marcelo Rebelo. *Op. Cit.*, p. 148). Com efeito, “a inexistência é sempre um desvalor jurídico ou seja uma forma de o Direito se recusar a aceitar como minimamente identificável uma omissão que não é relevante ou uma certa realidade material que se aparenta com um acto do poder político do Estado” (SOUSA, Marcelo Rebelo. *Op. Cit.*, p. 157). Aliás, o próprio Elival da

abandonam-se critérios exclusivamente *jurídicos* para optar-se por critérios *políticos*, formulados a partir de (pré) concepções íntimas do próprio doutrinador. Assim, as opções legislativas produzidas pelo constituinte deixam de ser firme limite hermenêutico e passam a ser somente um mero inconveniente retórico (KELSEN, Hans. p. 307)². (HESSE, Konrad, 2009, p. 162). Para além disso, corre-se o risco de dar o primeiro passo na lenta ladeira escorregadia a conduzir ao sincretismo metodológico, misturando premissas de uma hipótese com conclusões de outra, tornando as soluções propostas intelectualmente desonestas³ (RODRIGUES JR, v. 99, n. 891, p-65-106).

Se esse caminho mostra-se mais fácil, afasta o doutrinador, contudo, do *teste da realidade*. À medida que as hipóteses são formuladas dentro de um ordenamento “ideal”, que só existe na sua cabeça, não há como confrontá-las com os limites do texto constitucional existente. A construção doutrinária abandona o campo da *ciência* e reduz-se à pura *especulação*. Com isso, o leitor perde a capacidade *contra-argumentativa*, fazendo com que o modelo sugerido torne-se aparentemente isento de problemas (CRUZ, Guilherme Braga da, 1954, p.31).⁴ Talvez por isso mesmo, tantos doutrinadores deixam-se seduzir por esse canto de sereia.

Silva Ramos reconhece tal precedência quando comenta a natureza eminentemente declaratória das decisões da jurisdição constitucional brasileira, ao afirmar que “a melhor maneira de fazer a Constituição prevalecer sobre atos legislativos que a contrariem é, indubitavelmente, por meio do uso de uma sanção de invalidade, que possa impedir, *ab initio* ou a partir de determinado momento, passado ou futuro, os efeitos da lei contraventora, retomando-se, aqui, antiga classificação, proveniente do direito romano, segundo a qual as leis perfeitas (*leges perfectae*) são aquelas que “determinam a nulidade dos atos praticados contra as suas disposições” (RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit., p. 46).

2 Como adverte Hesse, “o texto contém, acima de uma maior ou menor necessidade de interpretação, elementos firmes a respeito dos quais, apesar de interesses e pré-concepções opostos, não cabe discussão” (HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 162). Por isso, “declarar vinculante a prática política e, com isso, de fato, a concepção que dispõe de força para impor-se, recusando submeter-se ao texto da Constituição, não significa senão sacrificar uma necessidade vital indiscutível do Estado constitucional – a função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder que a Constituição assume” (Op. Cit., Loc. Cit.).

3 (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou Da vocação da doutrina em nosso tempo)*. Revista dos Tribunais, v. 99, n. 891, p-65-106, São Paulo: RT, janeiro/2010, p. 83). Há, no entanto, quem defenda o sincretismo metodológico como algo “inevitável e desejável” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXXI, p. 233-290. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 234 *infra*)

4 Como advertiu certa feita Guilherme Braga da Cruz, “as cousas chegaram a tal ponto, que menos se conhece e estuda nosso direito pelas leis, que o constituem, do que pelos praxistas que o invadiram” (CRUZ, Guilherme Braga da. *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*. Separata da Revista Scientia Iuridica, IV, São Paulo, 1954, p. 31).

Para escapar do encanto da saída fácil do sincretismo metodológico, o primeiro passo é seguir um método seguro e cientificamente atestado na doutrina jurídica. Nesse quesito, o método dogmático-jurídico não encontra rival à altura (BOBBIO, Norberto, p. 220-222)⁵. De fato, é a *dogmática jurídica* (BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 220) que garante, a um só tempo, o respeito do intérprete pela opção do constituinte e do legislador democraticamente legitimados e o limite à “fuga normativa” como meio de elaborar hipóteses respaldadas unicamente no imaginário do autor.

Dito isso, recorrer-se-á, precipuamente, aos textos da Constituição Federal de 1988 e das leis disciplinadoras das espécies processuais a serem analisadas. O recurso à jurisprudência apresenta-se incontornável, haja vista que o objeto deste trabalho relaciona-se aos instrumentos processuais constitucionais utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para sindicarem omissões legislativas inconstitucionais. Embora o paradigma normativo adotado seja o vigente à época de sua elaboração, não se furtará o presente trabalho à análise histórica para entender a evolução do modelo de controle de constitucionalidade no Brasil e mesmo das posições adotadas pela Suprema Corte brasileira no que toca aos limites de sua atuação na fiscalização da inércia do legislador.

Pela própria delimitação da matéria, não se recorrerá ao Direito comparado, não tendo o presente trabalho qualquer pretensão de elaborar uma grelha comparativa dos instrumentos ora analisados com instrumentos alienígenas. Tal afirmação, contudo, não exclui o recurso à doutrina estrangeira, especialmente a lusitana, dado que a Constituição da República Portuguesa de 1976 apresenta-se como principal fonte de inspiração da Constituição Federal de 1988, de modo a entender-se alguns conceitos similares.

5 BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 220-222. Segundo Bobbio, é através do chamado “formalismo científico” que a “ciência jurídica” pode ser concebida como “uma ciência *constitutiva e dedutiva*” (BOBBIO, Norberto. Op. Cit., p. 220).

II. HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

II.1 Escorço histórico

Como se sabe, o *habeas corpus* foi previsto na *Magna Carta*, imposta ao Rei João Sem-Terra (FACHIN, 2015, p.316). Trata-se de “um dos mais clássicos de todos os remédios constitucionais” (AGRA, 2014, p. 243). Embora remontasse ao Direito Romano, somente a partir da experiência inglesa o instrumento efetivamente ganhou corpo. Com o advento da XIV Emenda e sua inscrição no texto da Constituição da então nascente potência norte-americana, o *habeas corpus* passou a ser verdadeiramente difundido pelo mundo (NUCCI, 2014, p. 18).

No caso brasileiro, a primeira constituição a prever o instrumento de maneira expressa, alçando-o à categoria de direito individual do cidadão, foi a de 1891⁶. A partir de então, ele foi reproduzido em todas as cartas, salvo a de 1937, na qual foi suspenso, e durante a vigência do AI-5⁷, para os casos de crime contra a segurança nacional (FACHIN, 2015, p.317). Na Constituição de 1988, o *habeas corpus* foi resgatado em sua plenitude, tornando-se um dos mais importantes instrumentos de defesa das liberdades do indivíduo.

Ação constitucional de natureza eminentemente penal⁸, destina-se o remédio a garantir a liberdade de locomoção do indivíduo ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder estatal. Quando foi introduzido em nosso ordenamento, Rui Barbosa advogou a tese de que o remédio serviria para coibir qualquer “constrangimento arbitrário aos *direitos individuais*” (FOPPEL e

6 Cf. art. 72 da Constituição de 1891.

7 O famigerado Ato Institucional nº. 5 vigorou por uma década, de 1968 a 1978. Sobre o tema, cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 4º. Ed. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 441.

8 Em casos excepcionais, o *habeas corpus* também pode ser utilizado em matéria cível. Isso ocorre nos únicos dois casos em que a própria Constituição autoriza a prisão civil por dívidas: nos débitos de natureza alimentícia e na hipótese do depositário infiel (art. 5º, inc. LXVII, CF/88). Todavia, trata-se de hipótese numericamente residual, com acentuada tendência de eliminação, principalmente após a edição da Súmula Vinculante nº. 25, a qual impede “a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Sobre o tema, cf. CASTRO, Fábio Caprio Leite de. *Comentários sobre o habeas corpus na esfera cível*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9726/comentarios-sobre-o-habeas-corpus-na-esfera-civil>. Acesso em 27 dez. 2017.

SANTANA, 2008, p. 34). De outra banda, a doutrina tradicional renegava a ampliação do escopo do instrumento, circunscrevendo-o às hipóteses de verdadeira prisão ilegal (AGRA, 2014, p. 34). Prevaleceu, afinal, a posição intermediária, defendida por Pedro Lessa e Pontes de Miranda. O entendimento intermédio restringia o cabimento do *habeas corpus* aos casos de limitação indevida do direito de ir e vir, mas também entendia cabível seu manejo “para proteger direitos que tivessem na liberdade física condição necessária para seu gozo” (FOPPEL e SANTANA, 2008, p. 35).

O *habeas corpus*, portanto, expressa-se fundamentalmente na defesa de um mesmo direito (locomoção) em três dimensões: ir, vir e permanecer (FOPPEL e SANTANA 2008, p. 35). Por isso mesmo, admite-se o *habeas corpus* em casos de violência real, coação de liberdade e mesmo contra a mera ameaça de praticar um mal destinado a violar o direito de ir e vir alheio (NUCCI, 2014, p. 35 e ss). No primeiro caso, teremos o *habeas corpus* liberatório; no segundo, o *habeas corpus* preventivo (FACHIN, 2015, p.317).

Embora esteja previsto no Código de Processo Penal, no capítulo relativo aos recursos, não há maiores controvérsias quanto à sua natureza de ação (NUCCI, 2014, p. 22). Trata-se de remédio constitucional dotado de “autonomia própria e de cunho mandamental” (FERNANDES, 2011, p. 443). Ao contrário dos recursos em geral, que pressupõem a *litispendência*, isto é, a existência de um processo-base no qual serão interpostos, o *habeas corpus* pode ser empregado mesmo quando não haja qualquer processo judicial, mas simplesmente a ameaça – real ou potencial – de que a liberdade de locomoção do sujeito possa ser cerceada (FOPPEL e SANTANA, 2008, p. 36).

O *habeas corpus* pode ser ajuizado por qualquer indivíduo, em defesa de interesse próprio ou alheio, ou pelo Ministério Público, independentemente de maiores formalidades (MARQUES 1997, p. 376). O impetrante pode inclusive ser pessoa analfabeta, desde que haja assinatura a rogo⁹. Não há sequer a necessidade de observância do *jus postulandi*, franqueando-se literalmente a qualquer pessoa o seu ajuizamento (AGRA, 2014, p. 243);

9 A benevolência com a qual se interpreta essa garantia permite que se possa cogitar *habeas corpus* protocolizados por “telegrama, radiograma ou telex, por telefone e reduzido a termo pela secretária” e até mesmo sua “impetração pela via eletrônica do e-mail” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit., p. 444).

basta que a petição não seja apócrifa (BARUFFINI, 2005, p. 140). Seu beneficiário será sempre pessoa física, visto que o mal que visa a coibir não pode precipitar-se sobre pessoa jurídica (FACHIN, ZULMAR, 2016, p. 318). Distingue-se das demais medidas cautelares penais na medida em que instaura um “procedimento célere, com pronta resposta em face da violação da liberdade de alguém” (NUCCI, 2014, p. 22). Por isso mesmo, a ação de *habeas corpus* é gratuita e não se sujeita ao pagamento de custas judiciais, muito menos ao de honorários de sucumbência (FACHIN, ZULMAR, 2016, p. 320). A garantia é de tal maneira ampla que apenas em uma única situação excepcionalíssima – a decretação de estado de sítio – pode-se suspender o recurso dos cidadãos a esse remédio (FACHIN, ZULMAR, 2016, p. 323).

II.2 Competência do STF em matéria de *habeas corpus*

II.2.1 Foro especial por prerrogativa de função

De acordo com a Constituição Federal de 1988, ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar originariamente *habeas corpus* em duas ocasiões: i) quando o paciente ou a autoridade coatora forem o Presidente ou o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros ou o Procurador-Geral da República; ii) quando o coator for Tribunal Superior¹⁰.

Em relação à primeira hipótese, não resta maiores controvérsias. Considerando que as autoridades em questão sujeitam-se à jurisdição penal do Supremo Tribunal Federal, é inevitável que também o Supremo seja responsável por fiscalizar os atos por elas praticados que venham a pôr em risco a liberdade individual alheia (NUCCI, 2014, p. 22). De resto, não há outro foro senão o STF para garantir o direito de ir e vir a essas mesmas autoridades, quando forem elas próprias os pacientes sujeitos a indevida

10 Cf. art. 102, inc. I, alíneas ‘d’ e ‘i’, da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 567.

persecução estatal. É nisso, aliás, a que se reconduz o foro especial por prerrogativa de função, alcunhado de maneira imprópria por parte da população e da comunidade jurídica como “foro privilegiado”¹¹.

Considerando tratar-se de competência originária, disso resulta que somente dos processos criminais julgados originariamente por Tribunais Superiores poderiam derivar *habeas corpus* a serem julgados pelo STF. É o caso, v.g., de um Governador de Estado, cujo foro por prerrogativa de função impõe a competência originária do Superior Tribunal de Justiça (NUCCI, 2014, p. 74). Se ocorresse alguma ilegalidade flagrante em seu processo, ele poderia valer-se do *habeas corpus* e socorrer-se do STF para eliminá-la. Operando-se o raciocínio inverso, pode-se deduzir que um cidadão comum, sem prerrogativa de foro, jamais deveria ter a possibilidade de ter um *habeas corpus* julgado pela Suprema Corte do país.

E nem se venha alegar eventual negativa de jurisdição por parte da Suprema Corte. Sem embargo da interdição de acesso pela via do *habeas corpus*, o cidadão prejudicado poderia sempre valer-se do recurso extraordinário para suscitar o debate da questão constitucional alegadamente violada pelo STF (MEDINA, e WAMBIER, 2013, p. 227 e ss).

Observe-se um exemplo vulgar: o sujeito é denunciado por um crime qualquer. O juiz recebe a denúncia e transforma o acusado em réu. Em regra, deveria seguir-se a produção de provas, defesa e, ao final, uma sentença. Em caso de condenação, caberia apelação ao respectivo Tribunal de Justiça. Se houvesse alguma questão federal a ser discutida, poderia ser interposto o recurso especial, para levar o caso ao Superior Tribunal de Justiça. Se a violação debatida fosse de nível constitucional, o réu poderia interpor ainda recurso extraordinário para o STF. Logo, não há que se cogitar negativa de jurisdição ao réu comum.

11 A noção de foro por prerrogativa de função como “foro privilegiado” foi desmontada após o julgamento da Ação Penal n°. 470/DF, o famoso caso do “Mensalão”. Somente quando o caso foi julgado os réus deram-se de conta de que, ao contrário do cidadão comum, para quem militam em favor dezenas de recursos previstos no Código de Processo Penal, os cidadãos submetidos à jurisdição penal do STF não dispõem de qualquer outra instância para a qual recorrer. O julgamento do Supremo é definitivo. Logo, os réus ficam privados de uma das mais recorrentes táticas de defesa: protrair o trânsito em julgado até que a prescrição extinga a sua punibilidade.

II.2.2 O cabimento no caso de Tribunal Superior como autoridade coatora

Em relação à segunda hipótese, no entanto, as dúvidas são de grande relevo. Dado que a Constituição determina que o Supremo julgará os *habeas corpus* quando a autoridade coatora for Tribunal Superior¹², parece evidente que somente nos casos em que houver persecução penal originária por parte desses tribunais estaria o STF autorizado a investigar seus atos coatores. Todavia, não é bem isso o que ocorre na prática.

Valendo-se da sagacidade da classe advocatícia e de uma prática jurisprudencial permissiva, o Supremo tornou-se virtualmente o estuário de todo e qualquer *habeas corpus* impetrado no Brasil. Servindo-se do “garantismo” dos tribunais e de uma certa leniência dos julgadores em não contestar uma situação esdrúxula pelo simples fato de estar “consolidado o entendimento”, o processo penal deixou de obedecer a uma lógica simples de “decisão-recurso” para transformar-se em um festival de *habeas corpus* impetrados sucessivamente em “cascata” (NUCCI, 2014, p. 57). Não importa se o cidadão dispõe ou não de foro por prerrogativa de função. Seu *habeas corpus* terá um só destino: o Supremo Tribunal Federal.

Mas como isso ocorre?

Imagine-se, por exemplo, um sujeito submetido a inquérito pela Polícia Federal. Por identificar ilegalidades na investigação, o investigado impetra *habeas corpus* perante o Poder Judiciário federal local. Se a ordem for denegada, competiria à parte interpor recurso em sentido estrito perante o Tribunal Regional Federal correspondente¹³. Ao invés de proceder dessa forma, a parte apresenta novo *habeas corpus*, dessa feita perante o próprio TRF. A ideia, claro, é abreviar a apreciação do pedido e atalhar a tortuosa

12 Embora a Constituição não os mencione expressamente, somente dois Tribunais Superiores dispõem de competência em matéria penal: o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Militar. A distinção entre ambos, nesse particular, reside fundamentalmente na competência restrita deste último para julgar os crimes militares próprios (cf. art. 105, inc. I, 123 e 124 da Constituição Federal de 1988). Sobre o tema, cf. SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 589.

13 Cf. art. 581, inc. X, do Código de Processo Penal. Nesse sentido, cf. HETSPER, Rafael Vargas. O remédio do momento: *habeas corpus*. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=2272. Acesso em 24 abr. 2017.

via recursal, uma vez que o *habeas corpus* tem julgamento prioritário sobre qualquer outra causa.

Em princípio, seria o caso de denegação liminar da ordem. Visto que o cidadão investigado não dispõe de foro por prerrogativa de função para ser julgado por um Tribunal Regional Federal¹⁴, a Corte não teria sequer competência para processar o remédio. Na prática, contudo, o Tribunal conhece do pedido, ainda que seja para rejeitá-lo. Abre-se, assim, a via processual para alcançar-se o Superior Tribunal de Justiça, através da impetração de novo *habeas corpus*.

Novamente, ter-se-ia aqui hipótese de rejeição liminar da impetração. Afinal, somente poderia processar o *habeas corpus* se o cidadão estivesse sendo julgado originariamente pelo Tribunal Regional Federal. Todavia, ao invés de proceder dessa maneira, o STJ recebe o *habeas corpus* e julga-o. Mesmo que a decisão final seja pelo indeferimento da ordem, a deformação já se instalou. Um sujeito sem prerrogativa de foro terá seu HC julgado pela mais alta Corte do país em matéria de interpretação de lei federal. Daí para consolidar de vez a deformidade, resta apenas mais um passo.

Com a denegação da ordem pelo Superior Tribunal de Justiça, o sujeito impetra um novo *habeas corpus*. Dessa vez, atacando a decisão do STJ no Supremo Tribunal Federal. E assim, como um passe de mágica, de *habeas corpus* em *habeas corpus*, produz-se a bizarra situação que permite a um cidadão sem foro por prerrogativa de função ter um HC julgado pelo STF¹⁵.

E isso não é o pior. Supondo-se que a decisão do remédio constitucional seja desfavorável ao réu, nada impede que ele venha a percorrer o curso natural do processo e desemboque no STF novamente para julgar sua causa. Uma vez que ele sequer foi julgado pelo juízo de 1º grau em seu mérito, muito menos pelo tribunal correspondente, o sentenciado pode muito bem interpor recursos sucessivos até alcançar a mais alta Corte do país. Com

14 Como ocorre, por exemplo, com os procuradores da República e os magistrados federais.

15 Cf., por exemplo, STF – I Turma. HC nº. 105.613/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 13.12.11, publicada no DJ de 14.2.12.

isso, materializa-se a seguinte incongruência: por via transversa, o Supremo Tribunal Federal é levado a julgar por duas vezes o mesmo caso; uma, por via de *habeas corpus*; outra, por meio de recurso extraordinário. Disso resulta, pois, uma “dupla análise do mesmo caso pelas Cortes Superiores” (NUCCI, 2014, p. 179).

II.2.3 A desvirtuação da competência restrita do Supremo em *habeas corpus*

Como se vê, a impetração sucessiva de *habeas corpus* para alcançar o STF dá-se através de praxis processual enviesada, permitindo a todo e qualquer cidadão ter sua causa processada perante a mais alta Corte do país, mesmo que não milite em seu favor qualquer modalidade de foro especial por prerrogativa de função. Essa “estranha mecânica” tem permitido ao Supremo transformar o que antes era um remédio constitucional em verdadeiro instrumento de controle de constitucionalidade (MORAIS, 2017, p. 405). No limite, pode-se recorrer a ele até mesmo para discutir os critérios de fixação da pena no caso concreto¹⁶.

A rigor, a atuação do Supremo Tribunal Federal na excepcional via desse remédio constitucional só teria lugar quando as autoridades coatoras estivessem submetidas à sua jurisdição penal ou, quando muito, para esquadrinhar atos ilegais praticados por Tribunais Superiores em sede de investigação penal originária. Desde há muito, o próprio Supremo pacificou que, em matéria de foro por prerrogativa de função, a competência das Cortes engloba não somente o processo penal em si mesmo, mas também a fase apuratória de natureza pré-processual (inquérito policial)¹⁷. Logo, somente nos casos em que o presidente do inquérito fosse ministro de Tribunal Superior seria cabível a impetração de *habeas corpus*¹⁸. Visto não ser isso o que

¹⁶ Admitindo o *habeas corpus* como “instrumento idôneo para o questionamento do cálculo da pena”, cf. STF – II Turma. RHC n.º. 88.288/MS. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 2.5.06, publicada no DJ de 19.5.06.
¹⁷ Nesse sentido, cf. STF – II Turma. Rcl. n.º. 2349/TO. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 10.3.04, publicada no DJ de 5.8.05.

¹⁸ É o que ocorre, por exemplo, no próprio STF, cujo regimento prevê expressamente competir ao relator sorteado presidir o inquérito criminal aberto por solicitação do Procurador-Geral da República (cf. art. 21, inc. XV, do RISTF).

ocorre na prática, pode-se concluir que, em matéria de *habeas corpus*, a Corte não faz distinção entre o Presidente da República e o cidadão comum: *todos* têm direito a serem julgados pelo STF.

Assustadoramente, a maior parte da doutrina e a quase totalidade da jurisprudência brasileira aceitam de maneira acrítica essa tese ampliativa quanto ao cabimento do *habeas corpus*¹⁹. Os poucos constitucionalistas que devotam atenção ao problema limitam-se a fundamentar o cabimento do remédio constitucional com base em um confronto comparativo entre o texto constitucional atual e o precedente, no qual se dispunha ser vedada a hipótese de *habeas corpus* originário no Supremo Tribunal Federal quando cabível a interposição de recurso ordinário constitucional²⁰. Como a Carta de 1988 não detalha semelhante restrição, a apresentação de *habeas corpus* diretamente no STF não estaria sujeita a qualquer tipo de restrição.

À toda evidência, a deturpação resultante desse entendimento é manifesta. Quando toda e qualquer pessoa pode alcançar o STF através da impetração sucessiva de *habeas corpus*, não é inusitado concluir que esse remédio constitucional passou a desempenhar função paralela ao recurso extraordinário, com o beneplácito da própria Corte²¹. Ao invés de a parte submeter-se à interposição de vários recursos até finalmente esgotar as instâncias ordinárias e, assim, poder interpor um recurso extraordinário, o paciente apresenta uma sequência preordenada de *habeas corpus*, cuja prioridade de tramitação é ínsita, alcançando idêntico resultado: levar a causa ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

19 Ignoram essa problemática, por exemplo, Gilmar Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 466 e ss.), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 36.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 346), Zulmar Fachin (FACHIN, Zulmar. Op. Cit., p. 316 e ss.), Walber de Moura Agra (AGRA, Walber de Moura. Op. Cit., p. 590-594) e J. J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 472-476).

20 Cf. art. 119, inc. II, alínea 'c', da Constituição de 1967/69. Nesse sentido, cf. MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 32.ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 360.

21 Pois, como já decidiu o Supremo em mais de uma oportunidade, "não impede a impetração do *habeas corpus* a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão impugnada, nem a efetiva interposição deles" (STF – I Turma. HC n.º 85.673/PA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 31.5.05, publicada no DJ de 24.6.05). No mesmo sentido, cf. STF – I Turma. HC n.º 97.501/RJ. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 18.8.09, publicada no DJ de 23.5.11.

A alternativa torna-se ainda mais atraente quando se verifica que o *habeas corpus* não se submete a quaisquer dos estritos requisitos estabelecidos para o recurso extraordinário. Não há necessidade de prequestionamento, tampouco de esgotamento das vias ordinárias, muito menos de pagamento de custas recursais. Não há sequer necessidade de regular representação processual, visto que o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, ainda que não seja advogado. Não espanta, portanto, que essa tenha se tornado a via processual preferencial para quem quer discutir constitucionalidade de leis, quando estiver em jogo matéria afeita ao Direito Penal (NUCCI, 2014, p. 179).

Conclui-se, pois, que, ao lado dos instrumentos ordinários de controle de constitucionalidade concreto, há agora mais um: o *habeas corpus*.

II.2.4 O caso do HC nº. 82.959/SP

Exemplo mais gritante dessa nova modalidade de controle de constitucionalidade incidental ocorreu no julgamento do HC nº. 82.959/SP.

Consoante determina o texto constitucional, incumbia ao legislador ordinário estabelecer um rol de crimes denominados “hediondos”²². Ao lado da tortura, do terrorismo e do tráfico ilícito de entorpecentes, tais crimes seriam insuscetíveis de fiança, graça ou anistia (BRASIL, CRFB, 1988).

Em obediência ao comando da Constituição, o legislador promulgou a Lei nº. 8.072/90, a definir quais tipos seriam tidos como hediondos, assim como regular sua tramitação processual. Além de aumentar a pena de diversos delitos, o legislador apôs na lei uma severa restrição para os condenados nesse gênero de crime: a pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado (§1º, do art. 2º, da Lei nº. 8.072/90). É dizer: ao contrário

22 A denominação de “hediondo” a determinados crimes foi criticada desde sempre pela doutrina. Como o próprio vocábulo insinua, “hediondo” seria aquilo que provoca repulsa moral, horror, características inerentes a todo e qualquer delito. Logo, seria estranho estabelecer um rol de crimes hediondos por permitir a conclusão, a *contrario sensu*, de que há crimes que não provocam semelhante repulsa. Na verdade, a vagueza do termo sequer permite diferenciar os delitos quanto à sua gravidade objetiva ou mesmo o modo de execução do crime. Resta-nos, portanto, aceitar resignadamente que a definição de hediondo não obedecerá qualquer “critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador” (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 95-96).

dos infratores, digamos, “comuns”, que transitam no sistema penitenciário entre três regimes – fechado, semiaberto e aberto²³ –, os criminosos hediondos teriam de cumprir suas penas inteiramente em penitenciárias de segurança máxima, sem direito a progredir para os regimes menos gravosos.

O dispositivo era aplicado sem maiores ressalvas, até o dia em que um preso de São Paulo conseguiu levar até o Supremo Tribunal Federal seu caso particular. Condenado a doze anos e três meses de reclusão por molestar sexualmente crianças de seis a oito anos, o sentenciado alegava que a vedação à progressão de regime reconduzir-se-ia à imposição de pena cruel e desumana, natureza de sanção vedada pela Constituição (BRASIL, art. 5º, inc. XLVII, da CRFB, 1988). Ademais, ao determinar-se de maneira indiscriminada a vedação de progressão de regime, o legislador teria malferido o direito à individualização da pena, garantia fundamental do cidadão. (BRASIL, art. 5º, inc. XLVI, da CRFB, 1988).

Do lado contrário, argumentava-se que não havia qualquer violação à Constituição ao estabelecer-se a ausência de progressão de regime. Duas eram as razões alegadas. Em primeiro lugar, a natureza da pena não seria de modo algum afetada pela imposição do regime integralmente fechado. Ou cumprir-se a pena em regime fechado seria algo por si só cruel e desumano, e, por conseguinte, qualquer pena cumprida nesse sistema seria banida pela Constituição; ou então não haveria qualquer violação ao texto constitucional, não podendo assim qualificar-se somente pela imposição de que toda a pena será cumprida nesse tipo de regime. Em segundo lugar, não haveria de falar-se em ofensa ao princípio da individualização da pena, haja vista que o regime no qual ela vai ser cumprida nada tem a ver com o tempo de prisão ao qual o réu foi sentenciado. Com efeito, a individualização diz respeito à quantidade de pena aplicada aos diferentes réus, de acordo com o preceito determinado em lei e a aferição particular de suas respectivas

23 Regime fechado é aquele cumprido em prisão de segurança máxima, em isolamento, sem que o preso tenha qualquer direito de sair da penitenciária. O regime semiaberto é cumprido em colônia penal agrícola ou industrial, possibilitando ao condenado trabalhar durante o dia e recolher-se somente durante a noite. Já o regime aberto é cumprido nas chamadas Casas de Albergado, podendo o sentenciado trabalhar fora durante o dia, recolhendo-se somente para dormir à noite e nos finais de semana. Para a definição, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95.

culpabilidades. Assim é que um réu pode ser condenado por um homicídio qualificado a doze anos de cadeia, enquanto outro, tendo praticado o mesmo delito, pode ser condenado a vinte anos de prisão. Na verdade, antes de malferi-la, a vedação à progressão de regime militar em favor da individualização, visto que seria deveras injusto estabelecer tratamento igual a réus condenados em duas variedades de delito diferentes (comuns e hediondos). A isonomia, recorde-se, consiste em tratar de maneira igual os iguais, e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade.

Em decisão tomada por estreita maioria (6x5), o Supremo Tribunal Federal entendeu que o dispositivo em questão violava de fato o princípio da individualização das penas, declarando, assim, a inconstitucionalidade dessa disposição. Concedeu-se, portanto, a ordem mandamental, para que o juízo das execuções penais de São Paulo aferisse se o réu preenchia os requisitos necessários à progressão de regime²⁴.

II.2.5 A Reclamação nº. 4.335/AC

Em que pese a decisão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos, a estabelecer o cumprimento integral da pena em regime fechado, ter sido tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, não havia muitas dúvidas de que seus efeitos beneficiariam apenas o paciente que impetrara o *habeas corpus*. Como se sabe, o recurso extraordinário, como meio concreto e incidental de controle de constitucionalidade, vincula apenas as partes do processo. Os efeitos da decisão não extrapolam os limites da lide, como ocorre no controle abstrato, no qual a decisão do STF possui eficácia vinculante e *erga omnes* (BASTOS, 2010, p. 584). E se essa conclusão é válida para o recurso extraordinário, com mais razão deve sê-lo para o *habeas corpus*, visto que esse remédio constitucional sequer constitui instrumento destinado originariamente ao controle incidental da constitucionalidade de normas. Não foi, contudo, o que ocorreu no caso.

24 STF – Pleno. HC nº. 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 23.2.06, publicada no DJ de 1º.9.06.

Declarada inconstitucional a vedação à progressão de regimes, um preso do Acre ajuizou reclamação diretamente no STF. Nesse processo, alegou-se que o magistrado responsável pelas execuções penais negara a progressão ao réu condenado por crime hediondo. No entender do reclamante, essa decisão confrontava aquela tomada pela Corte no HC nº. 82.959/SP. Tombada sob o número 4.335/AC, essa reclamação representaria uma verdadeira guinada ideológica no pensamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance de suas decisões (CHIMENTI, 2010, p. 429).

Parece claro que o caso reclamava o indeferimento liminar da reclamação constitucional. Como só se pode atalhar a tortuosa via do controle concreto se, antes, houver a prolação de uma decisão com efeitos vinculantes e *erga omnes* – ou seja, decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade –, não seria possível invocar um eventual descumprimento de decisão do STF, visto que o julgado no HC nº. 82.959/SP dizia respeito unicamente às partes desse processo (MONTEIRO, 2015, p.87-89). Até então, prevalecia a noção de vinculatividade estrita das decisões tomadas em controle concreto – pondo-se de lado, por ora, a possibilidade de o *habeas corpus* operar para esse fim. Para parte da doutrina, todavia, embora o sistema brasileiro tivesse mantido a coexistência dos sistemas abstrato e concreto, não haveria qualquer distinção ontológica entre ambos (TAVARES, 2001, p. 285). Para essa corrente, mesmo sendo certo que no controle abstrato a inquirição de constitucionalidade constitui questão *principal* da lide, e, no controle concreto, a matéria constitucional é meramente *prejudicial*, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em um e em outro processo seriam rigorosamente as mesmas (TAVARES, 2001, p. 285).

II.2.6 A redefinição do papel do Senado Federal

Todavia, o relator, Ministro Gilmar Mendes, desenvolveu argumentação no sentido de que os efeitos da decisão proferida pelo STF em controle concreto deveriam ser os mesmos das decisões proferidas em sede de controle abstrato. Segundo Gilmar Mendes, as reclamações seriam sempre cabíveis quando houver “prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do

Supremo Tribunal Federal”²⁵. Não haveria, portanto, razão em distinguir-se os efeitos de uma modalidade de controle dos da outra. De acordo com seu entendimento, o Supremo deixara de ser “Tribunal de prestação de justiça às partes para assumir o papel decisivo de intérprete da Constituição nas suas múltiplas dimensões”. (MENDES, 2011, p. 114).

Seguindo o voto do relator, o Ministro Eros Grau levou esse entendimento às raias do paroxismo, ao afirmar que “passamos em verdade de um texto [pelo qual] *compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*” para outro texto, segundo o qual “*compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*”²⁶.

A comunidade jurídica foi tomada de assombro. O STF arrogara-se o direito de “reescrever” o texto constitucional para reduzir o papel do Senado Federal ao de uma “secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal” (STRECK, CATTONI, LIMA 2015, p. 5). Em outras palavras: retirou-se-lhe o poder de cancelar as decisões do STF, conferindo-lhes efeitos *erga omnes*, e o reduziu a um mero “órgão de imprensa” (STRECK, CATTONI, LIMA 2015, p. 5).

Na mesma linha, o Ministro Joaquim Barbosa atentou para os riscos de semelhante decisão por parte do Tribunal. De acordo com ele, o que se estava operando era a “supressão de uma competência do Legislativo, competência essa que vem sendo exercida”. Ao fim e ao cabo, o STF estaria a “tornar letra morta um dispositivo da Constituição que vem sendo aplicado”²⁷.

Há, no entanto, quem defenda o contrário. Vozes autorizadas na doutrina afirmam que o dispositivo previsto no inciso X do art. 52 da CF/88 “tornou-se um anacronismo” (BARROSO, 2009, p. 130-131). Em respeito ao

25 Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl nº. 4.335/AC.

26 Trecho do voto do Ministro Eros Grau na Reclamação nº. 4.335/AC. Itálicos do original.

27 Cf. voto do Ministro Joaquim Barbosa na Rcl. nº. 4.335/AC.

princípio da economia processual, não faria sentido “obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!” (BARROSO, 2009, p. 130).

O fato é que, por essa linha de raciocínio, o inciso X do art. 52 da Constituição Federal de 1988 passaria a vagar como um zumbi, uma norma semiviva. Com efeito, quando se pretende estender ao controle concreto os mesmos efeitos das decisões proferidas em controle abstrato, “cai por terra a própria diferença” entre ambos (STRECK, CATTONI, LIMA 2015. p. 5). Desnecessário seria, portanto, cogitar a possibilidade de o Senado estender efeitos que o STF, por si só, já produzira.

II.2.7 A controvérsia no julgamento

Foi exatamente o que percebeu o Ministro Marco Aurélio. Visto que o ordenamento brasileiro consagra duas modalidades de fiscalização de constitucionalidade – concreta e abstrata –, indagou-se o ministro: “podemos estender ao controle difuso a eficácia *erga omnes*?” Sancionando essa posição, estaria o Supremo “embaralhando os dois controles e a eles dando a mesma consequência jurídico-constitucional”. Eis porque não se poderia cogitar mutação constitucional no caso, preservando-se a dualidade de fiscalização presente no sistema brasileiro²⁸.

Nesse contexto, a conclusão inescapável era a de que o art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988 continuava tão vigente quanto dantes. Dentre as inúmeras reformas constitucionais pelas quais o Brasil passou, em quase uma centena de emendas²⁹, nenhuma delas cuidou de tratar de alteração funcional ou mesmo da abolição das resoluções do Senado Federal. Constatando-se que se trata de norma contida no texto original da Constituição, é difícil imaginar que se possa simplesmente dá-la como

²⁸ Cf. voto do Ministro Marco Aurélio na Rcl. n.º. 4.335/AC.

²⁹ A prodigalidade do legislador constituinte derivado é de tal maneira embaraçosa que é difícil defender no além-mar que a Constituição de 1988 seja formalmente rígida. Tão inusitada é a rigidez que não resiste a alguns meses sem que haja uma mudança constitucional que o Prof. Blanco de Moraes, por exemplo, não hesita em classificar o texto brasileiro como uma constituição apenas “nominalmente rígida” (MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 404).

não escrita, ou defender uma improvável mutação constitucional que tenha reduzido o Senado ao papel de mero divulgador das decisões do STF (MONTEIRO, 2015, p. 88).

Talvez pensando nisso, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vistas do processo. Ao devolvê-lo, assentou Sua Excelência a marcada diferença entre ambos os tipos de controle de constitucionalidade, a depor contra a possibilidade do emprego da reclamação para casos em que o Supremo tenha decidido a matéria *incidenter tantum*. Ademais, asseverou o Ministro Lewandowski, a interpretação proposta pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau conduziram a “significativo aviltamento” do Senado Federal, ao reduzi-lo ao papel de “mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal”. Essa *capitis diminutio* terminaria por “suprimir competências de um Poder de Estado” e, dessa forma, “colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos”. Por isso, o ministro negava conhecimento à reclamação, mas concedia a ordem *ex officio*, para fins de determinar a análise do pedido de progressão de regime do paciente³⁰.

II.2.8 A solução do Ministro Teori Zavascki

O julgamento foi novamente interrompido, dessa vez por pedido de vistas do Ministro Teori Zavascki. Em seu voto, o Ministro Teori elaborou longo histórico a respeito da evolução do sistema de precedentes judiciais no Brasil, para afirmar que a negativa de adesão das instâncias ordinárias aos entendimentos firmados pelo STF, seja em controle concreto, seja em controle abstrato, “importará, em maior ou menor intensidade, ofensa à autoridade das decisões da Suprema Corte”. Isso levaria, “numa interpretação radical”, à conclusão de que qualquer prejudicado poderia “intentar perante a Corte a ação de reclamação”. Entretanto, “tudo recomenda que se confira interpretação estrita a essa competência”. Do contrário, o Supremo seria transformado “em verdadeira Corte executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias”³¹.

30 Cf. voto do Ministro Ricardo Lewandowski na citada Rcl nº. 4.335/AC.

31 Cf. voto do Ministro Teori Zavascki na citada Rcl nº. 4.335/AC.

Para não exacerbar as hipóteses de cabimento da reclamação e, ao mesmo tempo, garantir ao Supremo a possibilidade de julgar o caso concreto, o Ministro Teori saiu-se com uma engenhosa construção. Como, após o julgamento do caso, houve a superveniência da Súmula Vinculante nº. 26³², a reclamação que inicialmente não era cabível tornou-se conhecível. Assim, o Ministro conheceu da reclamação e julgou-a procedente, face ao advento de súmula vinculante a dispor sobre a matéria. O Tribunal, afinal, seguiu o entendimento do Ministro Teori Zavascki, conhecendo da reclamação e julgando-a procedente, por violação à Súmula Vinculante nº. 26³³.

Trata-se de resultado de discutível fundamentação teórica, visto não se conceber que o juízo reclamado tenha desrespeitado uma súmula vinculante que sequer existia ao tempo da reclamação. Verdadeiramente, o Supremo Tribunal Federal acabou por desviar-se da questão de fundo. O advento de súmula vinculante com conteúdo idêntico à da decisão proferida no HC nº. 82.959/SP sepultou a discussão sobre o cabimento da reclamação e, por conseguinte, sobre os efeitos advindos das decisões prolatadas pela Corte em controle concreto.

A dúvida sobre a questão, portanto, remanesce.

III. PROPOSTA DE SOLUÇÃO

De todas as soluções para as diversas modalidades processuais que assoberbam o Supremo Tribunal Federal com uma quantidade absolutamente incomum de feitos, nenhuma é mais simples do que a alternativa para resolver o problema do *habeas corpus*. No caso específico desse instrumento processual, não seria necessária qualquer mudança legislativa, quer a nível legal, quer a nível constitucional, para diminuir a carga de trabalho

32 "Súmula Vinculante 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico".

33 STF – Pleno. Rcl. Nº. 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 21.3.14, publicada no DJ de 22.10.14.

do Supremo Tribunal Federal. Bastaria ao Supremo fazer algo que às vezes parece muito difícil de executar: obedecer à Constituição.

Para solucionar esse aspecto procedimental, seria necessário apenas proceder a uma leitura mais atenta e menos complacente do texto constitucional. Bastaria ao STF compreender que, *caso não se trate de processo originário dos Tribunais Superiores*, isto é, de processo no qual figure autoridade cujo foro por prerrogativa de função recaia sobre o STJ, *não caberá habeas corpus ao Supremo Tribunal Federal*. Aliás, é a isso que se reconduz o foro especial por prerrogativa de função: somente quando o paciente detiver foro privativo, caberá a impetração do remédio constitucional no “órgão de jurisdição privativa” correspondente. (FOPPEL, 2008, p. 36)

Nesse sentido, a propósito, convém recordar o voto do Ministro Luiz Fux no emblemático julgamento do HC nº. 152.752/PR, no qual se discutiu a possibilidade de prisão do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Naquela ocasião, Sua Excelência assentou que o cabimento do *habeas corpus* com base na alínea ‘i’, do art. 102, da Constituição Federal, só faz sentido “quanto o ato coator deriva de Tribunal Superior”. Do contrário, como bem ressaltou o Ministro Fux, “não teria sentido a previsão de um recurso ordinário constitucional”³⁴. Embora vencido nesse ponto, o Ministro Fux deixa claro que o próprio Supremo já começa a atentar para o problema da permissividade excessiva no que se refere ao *habeas corpus*.

Dessa forma, cidadãos comuns e mesmo outras autoridades detentoras de foro privilegiado nos tribunais locais, como prefeitos e vereadores, jamais alcançariam o Supremo através da via do *habeas corpus*. Ele deixaria de ser uma “via de verdadeiro atalho” para a jurisdição constitucional e retomaria sua função original de remédio constitucional das liberdades (ASSIS e ARAÚJO, 2012, p. 22). Seria enfim encerrada a fase daquilo que parte da doutrina passou a designar jocosamente de “HC canguru: aquele que, de liminar em liminar, salta instâncias”, permitindo que se “pule” rapidamente do 1º grau ao STF³⁵. Só com essa medida, seria possível diminuir enor-

34 Cf. voto do Ministro Luiz Fux no HC nº. 152.752/PR.

35 ARAS, Vladimir. A nova doutrina brasileira do habeas corpus. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2012/09/09/a-nova-doutrina-brasileira-do-habeas-corpus/>. Acesso em 21 dez. 2017.

memente a quantidade de remédios constitucionais de liberdade julgados anualmente pelo STF.

De fato, quando se contempla o conceito de “autoridade coatora”, não há como negar que somente podem enquadrar-se nessa expressão os sujeitos “responsáveis por atos de constrição à liberdade física”. Tratando-se de processo penal, os únicos sujeitos que podem encampar essa condição são os juízes, os membros de tribunais, os delegados de polícia e os integrantes do Ministério Público (FOPPEL e SANTANA, 2008 p.44). A esse respeito, o Código de Processo Penal é inequívoco, quando assevera que “a competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição” (art. 650, §1º, do CPP). Logo, “quando o ato constritivo ou sua ameaça provier de autoridade judiciária, será do tribunal imediatamente superior a esta” (FOPPEL e SANTANA, 2008 p.51).

Como parece evidente, somente quando esses agentes encontrarem-se no efetivo exercício da persecução penal contra o agente ficará justificado o manejo do *habeas corpus* ao órgão judicial competente: juiz de 1º grau, quando o coator for delegado de polícia; tribunal *ad quem*, quando o coator for juiz de 1º grau; Superior Tribunal de Justiça, quando o coator for membro de tribunal local; e Supremo Tribunal Federal, quando a autoridade coatora for ministro do STJ. Trata-se, em suma, de simplesmente respeitar o critério hierárquico estabelecido no próprio texto constitucional, a partir de uma leitura sistemática da Constituição. O *habeas corpus* não pode ser deslocado de sua função original de garantia da liberdade de ir e vir para ocupar um lugar central no sistema de controle de constitucionalidade normativo, tornando-se o principal instrumento de fiscalização das leis penais. Qualquer interpretação em sentido contrário representa deturpação manifesta do espírito do instrumento tal como positivado na Carta de 1988.

E nem se venha alegar que tal entendimento configuraria restrição indevida ao nobre instrumento do *habeas corpus*. Ao fim e ao cabo, o que se pretende é apenas colocar ordem na possibilidade de impetração do remédio constitucional das liberdades, visto que nenhuma corte constitucional

do planeta possui competência tão ampla para processamento de quaisquer ilegalidades cometidas pelos cidadãos. Afinal, parece claro que “os tribunais superiores não têm vocação criminal”³⁶. Como órgãos colegiados “distantes do delito”, é natural que as Cortes demonstrem “pouca agilidade e decidam com lentidão” as causas penais originárias (TAVARES FILHO, 2017. p. 19-20). Ao sujeito cerceado de modo indevido em seu direito de ir e vir, continuará assistindo o direito de impetrar *habeas corpus*.

Argumenta-se, em sentido contrário, que a possibilidade de que o Supremo possa editar uma súmula vinculante impediria a multiplicação inútil de *habeas corpus* sobre a mesma a matéria (GONÇALVES, 2010, p. 96). O problema desse entendimento resulta na legitimação da corrupção implementada pela impetração sucessiva desse remédio constitucional de liberdade, exacerbando um papel do *habeas corpus* como instrumento de controle de constitucionalidade das normas penais, matéria para a qual, em princípio, ele não foi desenhado. Quando se verifica que, dentre as inúmeras variedades processuais existentes, a única que rivaliza com o recurso extraordinário em matéria de números é o *habeas corpus*, conclui-se que alguma coisa de errado se passa com a jurisdição constitucional brasileira.

Não se trata, portanto – e convém deixar isso devidamente registrado –, de uma interpretação que vulnere o âmbito de cabimento do *habeas corpus* ou mesmo uma posição que represente “flexibilização de garantias fundamentais” (ARAS, 2017 p. 01). Trata-se, tão-somente, de fazer com que a restrição presente na cláusula de foro por prerrogativa de função, quanto ao alcance das autoridades cujo julgamento a Constituição comete ao Supremo, seja efetivamente respeitada.

Além disso, é no mínimo discutível entender o próprio cabimento do *habeas corpus* em casos em que se discute constitucionalidade da lei penal – que conta com a presunção de constitucionalidade em seu favor –, visto

36 SOUZA, Lúcio Ney de. *Foro privilegiado*. Mossoró: Queima Bucha, 2014, p. 284. Apenas a título de ilustração, a rumorosa “Operação Lava Jato” resultou em mais de 144 condenados no âmbito das justiças federais do Paraná e do Rio de Janeiro. No STF, nenhum detentor de foro privilegiado foi sequer julgado até o momento. Os dados são do site “Congresso em Foco”. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/lava-jato-ja-condenou-mais-de-140-pessoas-supremo-nao-julgou-ninguem/>.

que um dos pressupostos para a concessão da medida é que a ilegalidade seja manifesta³⁷. O próprio Supremo Tribunal Federal, contraditoriamente, já rejeitou em mais de uma oportunidade a utilização do *habeas corpus* para discutir a inconstitucionalidade de lei em tese³⁸. Mesmo assim, a Corte continua a admiti-los e processá-los, contra disposição expressa da Constituição.

A bem da verdade, caso fosse possível salvar o emprego atual do *habeas corpus* com base nessa sistemática, seria necessário antes demonstrar a possibilidade de conciliar o conceito de “ilegalidade manifesta” com o de presunção de legitimidade das leis aprovadas pelo Parlamento. Se de fato a atuação dos agentes da lei com base em norma aprovada pelo Congresso pudesse ser, sob qualquer ângulo que se observe, tida como “constrangimento de liberdade manifestamente ilegal”, seria de perguntar-se a que patamar ficaria reduzido o princípio segundo o qual as leis aprovadas pelo processo legislativo são presumidamente constitucionais. Em todo caso, o ônus argumentativo – com os inquietantes riscos que dele resultam – corre por conta de quem queira afastar essa presunção.

IV. CONCLUSÃO.

Como se viu ao longo deste trabalho, o *habeas corpus* – no âmbito da prática jurídica do Supremo Tribunal Federal – acabou por ser completamente desvirtuado de sua função original, transformando-se numa espécie anômala de controle de constitucionalidade das leis penais.

Esse desvirtuamento do *habeas corpus* tem contribuído para o grave problema de acúmulo processual do STF, além de depor contra a sistemática regular dos nossos instrumentos recursais, permitindo às partes uma dupla análise da matéria, tanto por recurso extraordinário, como através de HC.

37 Esse, a propósito, é um dos motivos pelos quais não cabe dilação probatória em *habeas corpus*, devendo o remédio sempre vir acompanhado de prova pré-constituída. Nesse sentido, cf. FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Op. Cit., p. 61.

38 Cf., por exemplo, STF – II Turma. HC n.º. 96.425/SP. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 3.3.09, publicada no DJ de 13.8.09; e STF – II Turma. HC n.º. 109.101/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 7.2.12, publicada no DJ de 29.5.12.

Além de depor contra cláusulas constitucionais que estabelecem estritamente o cabimento do *habeas corpus* no Supremo somente àquelas autoridades que disponham de foro especial por prerrogativa de função, a utilização indevida dessa via autônoma de impugnação acaba também por vulgarizar a jurisdição do STF, assim como contribuir diretamente para a sensação de impunidade que viceja em nosso país.

A nosso ver, o Supremo deveria adotar uma interpretação mais consentânea – e, portanto, mais restritiva – quanto ao cabimento dos HCs impetrados na Corte, de modo a restaurar a nobreza e a função original desse instrumento de garantia das liberdades individuais.

V. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ARAS, Vladimir. A nova doutrina brasileira do habeas corpus. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2012/09/09/a-nova-doutrina-brasileira-do-habeas-corporus/>. Acesso em 21 dez. 2017.

ASSIS, Jefferson Alves; ARAÚJO, Antônio Fábio Medrado. *Dogmática do habeas corpus na Suprema Corte brasileira*. São Paulo: Pillares, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXXXI, p. 233-290. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARUFFINI, José Carlos Tosetti. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 4ª. Ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Fábio Caprio Leite de. *Comentários sobre o habeas corpus na esfera cível*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9726/comentarios-sobre-o-habeas-corpus-na-esfera-civel>. Acesso em 27 dez. 2017.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Guilherme Braga da. *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*. Separata da Revista Scientia Iuridica, IV, São Paulo, 1954.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Habeas Corpus. In DIDIER JR., Freddie (org.). *Ações constitucionais*. 3ª ed. Salvador: Juspodium, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007.

GONÇALVES, Tadeu Hutler. *A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade no Brasil e em Portugal*. Lisboa: BFDUL, 2010.

HETSPER, Rafael Vargas. *O remédio do momento: habeas corpus*. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=2272. Acesso em 24 abr. 2017.

HESSE, Konrad. *Limites da mutação constitucional*. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, José de Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. IV.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3ª. Ed. São Paulo: RT, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011

MONTEIRO, Arthur Maximus. *Controle de constitucionalidade das omissões legislativas*. Curitiba: Juruá, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAIS, Carlos Blanco de. *O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa*. Coimbra: Almedina, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas corpus*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou Da vocação da doutrina em nosso tempo)*. Revista dos Tribunais, v. 99, n. 891, p. 65-106. São Paulo: RT, janeiro/2010.

ROMANO, Rogério Tadeu. *A legitimidade ativa da pessoa jurídica no habeas corpus*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39605/a-legitimidade-ativa-da-pessoa-juridica-no-habeas-corpus>. Acesso em 11 nov. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUZA, Lúcio Ney de. *Foro privilegiado*. Mossoró: Queima Bucha, 2014.

STRECK, Lênio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade; LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912 Acesso em 17 set. 2015.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES FILHO, Newton. *Foro privilegiado: pontos positivos e negativos*. Disponível em http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2016_10290_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos. Acesso em 12 dez. 2017. p. 19-20.