



**Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

**FLÁVIA TORRES FROSSARD DE ALMEIDA**

**A SUBSTITUTIVIDADE DO *HABEAS CORPUS* NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília/DF  
2013

**FLÁVIA TORRES FROSSARD DE ALMEIDA**

**A SUBSTITUTIVIDADE DO *HABEAS CORPUS* NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília  
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito  
para obtenção de Certificado de  
Conclusão de Curso de Pós-graduação  
*Lato Sensu* em Direito Penal e Controle  
Social.

Orientador: Álvaro Chagas Castelo  
Branco

Brasília  
2013

**FLÁVIA TORRES FROSSARD DE ALMEIDA**

**A SUBSTITUTIVIDADE DO HABEAS CORPUS NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília  
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito  
para a obtenção de Certificado de  
Conclusão de Curso de Pós-  
graduação *Lato Sensu* em Direito  
Penal e Controle Social.

Orientador: Prof. Álvaro Chagas  
Castelo Branco.

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Álvaro Chagas Castelo Branco

---

Prof.

---

Prof.

**DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus pais, por todo apoio incondicional e presenças constantes.

## **AGRADECIMENTO(S)**

Agradeço primeiramente a Deus, a Juscelino Frota Cavalcante que me auxiliou na formatação desta Monografia e ao meu professor orientador.

## **Epígrafe**

"Confie no Senhor de todo o seu coração e não se apóie em seu próprio entendimento" (**Provérbios 3:5**).

## RESUMO

Este trabalho almeja debater a respeito da substituição do *Habeas Corpus* sobretudo pelo Recurso Ordinário no Supremo Tribunal Federal. Observa-se que a natureza jurídica do instituto não é pacífica, e, talvez por esse motivo, a 1ª e a 2ª Turmas dessa Corte diverjam entre si: a 1ª não consente em sua substituição, e a 2ª Turma consente. Entretanto, tal situação nem sempre assim se configurou: anteriormente ao julgamento do *Habeas Corpus* nº 109956/PR, de 07 de agosto de 2012, a 1ª Turma se mostrou favorável. Contudo, ao observar que o instituto da garantia constitucional se revelou vulgar, primou por optar pelos restritos desígnios da lei escrita que prescreve a utilização precisa do *Habeas Corpus*, do Recurso Ordinário e dos demais recursos. Na 2ª Turma, contudo, vislumbramos a reverência pelas garantias processuais constitucionais e penais, as quais mencionam que todos os indivíduos possuem direito de defesa, ainda que seja preciso utilizar-se de meios não convencionais para tal. É nesse cenário que o remédio previsto na Carta Magna apresenta-se em sua mais completa forma de atuação. Afinal, por um lado, é indubitável que há recursos que não podem ser substituídos pelo *Habeas Corpus* (como é o caso do Agravo); por outro lado, há outros cuja utilização é encarada como facultativa em prol da incidência do remédio. Ademais, em um breve histórico, nota-se que o valor do remédio foi majorado de maneira diferente, conforme a conveniência do legislador em cada período político do Brasil. Ao se analisar o caso, percebe-se que a conclusão não converge em um único ponto, haja vista que a própria Egrégia Corte – órgão jurídico de máximo poder – possui discrepâncias em sua visão a respeito do tema deste ensaio.

### **Palavras-chave:**

*Habeas Corpus*. Supremo Tribunal Federal. substituição. Recurso Ordinário. Carta Magna.

## ABSTRACT

The substitution of the *Habeas Corpus writ*, especially by an ordinary appeal to the Brazilian Federal Supreme Court, is not as yet consensual, as evidenced by the divergence of rulings between the First and the Second Panel of the Supreme Court: while the former refutes their interchangeability, the latter acquiesces to it. This study attempts to debate this phenomenon. Nevertheless, the current scenario used to be different. Prior to the judgment of *Habeas Corpus* 109956/PR (07 August 2012), the First Panel was favourable to it. However, upon noticing the institute of constitutional guarantee had proven to be vulgar, they preferred to employ the more restricted instruction of the written legislation, which determines precisely the utilization of the *Habeas Corpus*, the ordinary appeal and others. On the Second Panel, however, a reverence for the constitutional and penal procedural guarantees can be glimpsed. Those guarantees maintain that every individual has the right to defend himself, even if they have to resort to unconventional means for that end. It is in this scenario that the remedy described in the Magna Carta manifests in its most complete role. After all, there are undoubtedly resources one cannot replace with the *Habeas Corpus writ* (as is the case of the bill of review); on the other hand, there are some whose utilization is seen as optional in lieu of applying the remedy. A brief history is also included, in which the value of the remedy is seen to have been extended, according to the convenience of lawmakers at different moments of the Brazilian political history. On analysing the case, it becomes clear that the conclusion is not consensual, since the very Federal Supreme Court – the highest judicial body in Brazil – seems to be unable to reach an agreement regarding the topic of this study.

### **Keywords:**

*Habeas Corpus writ*. Brazilian Federal Supreme Court. substitution. ordinary appeal. Magna Carta.

## LISTA DE ABREVIATURAS

AgR: Recurso de Agravo

art.: artigo

c/c: cominado com

CPC: Código de Processo Civil

DJ: Diário de Justiça

HBC: *Habeas Corpus*

HC: *Habeas Corpus*

inc.: inciso

Min.: Ministro

RE: Recurso Extraordinário

Rel.: Relator

Resp: Recurso Especial

RHC: Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*

RO: Recurso Ordinário

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJDFT: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 O PAPEL DO <i>HABEAS CORPUS</i>, DO RECURSO ORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	<b>12</b>
<b>2 ASPECTOS DO <i>HABEAS CORPUS</i></b> .....	<b>17</b>
<b>2.1 Registro histórico do <i>Habeas Corpus</i></b> .....	<b>17</b>
<b>2.2 Hipóteses de cabimento e natureza jurídica do <i>Habeas Corpus</i></b> .....	<b>22</b>
<b>3 GARANTIAS PROCESSUAIS (GARANTISMO)</b> .....	<b>26</b>
<b>3.1 Princípio da fungibilidade recursal</b> .....	<b>29</b>
<b>3.2 Críticas à “jurisprudência defensiva”</b> .....	<b>34</b>
<b>4 A SUBSTITUIÇÃO DO <i>HABEAS CORPUS</i> NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	<b>39</b>
<b>4.1 A inconstitucionalidade da substituição do <i>Habeas Corpus</i> na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal</b> .....	<b>39</b>
4.1.1 <i>Breves considerações a respeito da substitutividade na visão do Superior Tribunal de Justiça</i> .....	<b>48</b>
<b>4.2 Divergências jurisprudenciais no Supremo Tribunal Federal – posição da 2ª Turma</b> .....	<b>50</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>60</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo discorrer sobre a substitutividade do *Habeas Corpus* por outros recursos na visão do Supremo Tribunal Federal (STF), com enfoque nas duas Turmas Criminais. Isso porque a ação citada possui natureza de Direito Penal, mais precisamente de Direito Processual Penal, já que alguns entendem tratar-se de Recurso, enquanto outros, de Ação Penal. O texto a seguir é direcionado, precipuamente, a abordar a seguinte questão: a conveniência ou não da utilização de um outro recurso processual em lugar do remédio constitucional em análise.

Nesta monografia, inicialmente faremos uma breve explanação do que dispõe nossa legislação a respeito do que vem a ser *Habeas Corpus* e também, de forma breve, trataremos do conceito de Recurso Ordinário e Recurso Especial.

Após a introdução, será amplamente explicada a natureza jurídica do *Habeas Corpus* e suas hipóteses de cabimento, ou seja, quando e em quais situações deverá ser utilizado, com embasamento no que leciona a doutrina especialista. Além disso, faremos um estudo do registro histórico e, ainda, das garantias que se sustentam na Magna Carta e no Direito Processual Penal em proteção ao indivíduo como cidadão detentor de direitos.

Posteriormente, entraremos na parte específica do tema: a jurisprudência do STF, comentando pormenorizadamente o que pensam os Ministros dessa Corte sobre o referido assunto e seus comentários atinentes ao tema.

Este trabalho foi baseado em pesquisa com fundamento em maior grau na

base democrática do sistema jurídico brasileiro: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresentando o instituto do *Habeas Corpus* e os demais recursos. Não obstante, a pesquisa, de igual maneira, se apoia nos Princípios da Carta Magna aplicáveis ao Processo Penal - e observados por este Diploma legal -, inclusive o princípio da fungibilidade recursal, contido na esfera do Direito Civil, que se aplica ao objeto de estudo. Ao tratar de Direito Processual Civil, será feita uma explanação sobre princípios constitucionais abordados no Projeto do Novo Código Processual Civil, para adentrarmos uma questão maior, que é o instituto da jurisprudência defensiva.

O objetivo maior desta monografia é atualizar o conhecimento do leitor, informando-o sobre as mais novas decisões judiciais da Suprema Corte. Além disso, vai se referenciar o raciocínio dos membros daquela Casa, o qual induziu à fase final de julgamento do que a eles fora pleiteado em cada caso apontado, relacionando tais resoluções com os princípios elucidados neste trabalho. Outrossim, será feita breve interpretação do tema a partir do enfoque dado pela Corte Superior – Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Cabe ressaltar que este texto é um estudo de caso, ou seja, não há intenção por parte da autora de defender especificamente uma tese, mas apenas de abordá-la academicamente.

## 1 O PAPEL DO *HABEAS CORPUS*, DO RECURSO ORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A princípio, é válido mencionar que o significado de *Habeas Corpus* é “exiba o corpo”, caso haja flagrante desrespeito à faculdade de locomoção do indivíduo (TOURINHO FILHO, 2010, p. 629).

Conforme menciona Guilherme de Souza Nucci, trata-se de recurso constitucional contra ilegalidade ou abuso de poder desfavorável à liberdade de locomoção. Consoante tal doutrinador,

não se trata de recurso, como fez crer a sua inserção na lei processual penal, mas, sim, de autêntico instrumento para assegurar direitos fundamentais, cuja utilização se dá através de ação autônoma, podendo, inclusive, ser proposto contra decisão que já transitou em julgado (2011, p.944).

A Carta Magna elenca, em seu texto, as hipóteses taxativas da utilização do *Habeas Corpus*. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[*omissis*]

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;

[*omissis*] (VADEMECUM, 2013, p. 8-11).

Há que se observar também o que dispõe o Código de Processo Penal sobre o *Habeas Corpus*:

Art. 647. 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 (VADEMECUM, 2013, p. 660, grifo meu).

Agora, observe-se o que dispõe a Constituição Federal sobre o Recurso Ordinário:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

II - julgar, em recurso ordinário: (grifo meu)

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, **se denegatória a decisão** (VADEMECUM, 2013, p. 41, grifo nosso).

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

II - julgar, em recurso ordinário: (grifo meu)

a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão **for denegatória** (VADEMECUM, 2013, p. 41, grifo nosso).

Na situação acima, fala-se do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, que não é o mesmo que *Habeas Corpus* substitutivo do Recurso Ordinário (RO). Deve-se observar que o RO ataca somente as decisões denegatórias, pois as concessivas devem ser combatidas por meio de Recurso Especial, Recurso Extraordinário ou ambos, consoante o decidido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 7971/CE e observado por Sandro Marcelo Kozikoski (2005, p. 257).

Ainda elenca o Código de Processo Civil (MESSINAS, 2002):

Art. 539. Serão julgados em recurso ordinário:

I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais superiores, quando denegatória a decisão

II - pelo Superior Tribunal de Justiça:

a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

b) as causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Parágrafo único. Nas causas referidas no inciso II, alínea b, caberá agravo das decisões interlocutórias.

O Recurso Ordinário assim foi denominado por possuir ampla devolutibilidade, isto é, há grande abrangência de apreciação de matéria de fato e matéria de direito, uma vez que ataca matéria de acórdão (LASPRO, 1995 apud KOZIKOSKI, 2005, p. 256). Fernando Amâncio Ferreira ensina que não só acórdãos, mas sentenças e despachos são alvos do Recurso Ordinário, ou seja, todas as decisões judiciais (2001, p. 95), sendo que a lei considera como exceção a irrecorribilidade (MENDES, 1989 apud FERREIRA, 2001, p. 95). O RO possui prazo de 15 dias da sentença de audiência ou da intimação das partes ou da data da publicação da súmula do acórdão. Será protocolado por petição que apresente o nome das partes com suas qualificações, com requerimento de novo julgamento e matéria de fato e matéria de direito que sustenta o recurso (MESSINAS, 2002, p. 117). Registre-se, ainda, que o RO possui efeito substitutivo, como o Recurso Especial e Extraordinário (MIRANDA; PIZZOL, 2006, p. 161).

Nos dizeres de Heráclito Antônio Mossin, não é possível o cabimento de Recurso Ordinário à Suprema Corte de julgamento proveniente do Superior Tribunal de Justiça. A jurisprudência entendeu que o não conhecimento da impetração é o mesmo que sua denegação (2006, p. 515). Para se interpor o Recurso Ordinário no STF, faz-se necessário ou que tenha sido negado ou que a ele não tenha sido deferido seu conhecimento pelo STJ (MIRABETE, 2003 apud MOSSIN, 2006, p. 515).

E ainda o que versa a Carta da República sobre o Recurso Especial:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (VADEMECUM, 2013, p. 43-44).

O Recurso Especial é considerado excepcional, como também o é o Recurso Extraordinário (cujo julgamento compete ao STF), posto que está sujeito a determinados requisitos de forma e de substância (MANCUSO, 2007, p. 124), em dissonância com os recursos ordinários em sentido amplo, como a Apelação (MARQUES, 1958-1960 apud MANCUSO, 2007, p. 124). Conforme inteligência de Fernando Capez, o Recurso Especial foi criado a fim de devolver ao Superior Tribunal de Justiça matéria de natureza infraconstitucional, que deve conhecê-la e julgá-la, uma vez que já fora decidida pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal (2011, p. 856). Cabe ressaltar que seu prequestionamento<sup>1</sup> é indispensável, e o recurso é válido quando o entendimento dos tribunais acima tiver contrariado tratados ou leis federais, negar vigência a eles, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal ou, ainda, quando se der à lei federal interpretação divergente da atribuída por outro tribunal (LINTZ, 2002, p. 289). Logo, nele é vedada a rediscussão de matéria fática, devendo ser apreciada apenas a matéria de direito, sendo então o interesse do legitimado a interpô-lo protegido de maneira indireta (FERNANDES, 2003 apud KOZIKOSKI, 2005, p. 260). Ele também não incide na terceira instância (ZACARIAS, 2003, p. 166).

---

<sup>1</sup> Prequestionamento é a ventilação prévia e necessária de matéria federal suscitada na decisão recorrida. (MANCUSO, 2007, p. 307).

Ocorre, entretanto, que mesmo havendo lei, deve-se buscar, sobretudo, o entendimento razoável dos princípios, pois o que se espera absorver das leis nem sempre configura a “melhor conclusão lógica, mas uma justa e humana solução” (TELLES JÚNIOR, 2003, p. 38). Na verdade, o que se busca inferir e interpretar em cada caso são as variadas circunstâncias às quais a lei em estudo se aplica (TELLES JÚNIOR, 2003, p. 38). Entretanto, apesar de papéis bem definidos na Carta da República, infelizmente houve banalização do instituto do *Habeas Corpus*, que primariamente era de se esperar que amparasse apenas lesão ao direito de ir e vir.

## **2. ASPECTOS DO *HABEAS CORPUS***

### **2.1 Registro histórico do *Habeas Corpus***

Tourinho e Frederico Marques lecionam que o instituto do *Habeas Corpus* não foi mencionado na legislação constitucional de 1824 (TOURINHO FILHO, 1997; MARQUES, 1997 apud SILVA FILHO, 2002, p. 33). Ocorre, porém, que, embora não feito de modo explícito, o fez implicitamente, no art. 179, inciso VIII, da Carta, que rezava sobre o direito constitucional da liberdade, havendo a exceção da prisão somente na presença das benesses que a referida lei exigia (SILVA FILHO, 2002, p. 33-35).

O marco do remédio no Brasil se deu na Constituição de 1891, cujo art. 72, § 22, dispunha: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder” (CONSTANTINO, 2001, p. 27). Rui Barbosa muito discursou a esse respeito, ao mencionar que não havia restrição alguma para ser utilizado o *Habeas Corpus* em qualquer grau da escala judiciária (ZVEIBIL, 2013, p. 11).

Celso de Mello reitera, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 110118/MS, que nas origens da Suprema Corte, na vigência da Constituição Republicana de 1891, foi ampliada a aplicação desse instituto, tornando-se significativamente abrangente a sua

incidência. Conforme esse Ministro, antigamente, o *writ* constitucional amparava outros direitos que não somente o de ir, vir e permanecer, se tais direitos interagissem com a faculdade de locomoção do cidadão. Tal entendimento vigorou até a reforma constitucional de 1926.

Nos dizeres do Ministro Pedro Lessa no acórdão :

***Pouco importa a espécie de direitos que o paciente precisa ou deseja exercer. Seja-lhe necessária a liberdade de locomoção para pôr em prática um direito de ordem civil, ou de ordem comercial, ou de ordem constitucional, ou de ordem administrativa, deve ser-lhe concedido o 'habeas-corpus', sob a cláusula exclusiva de ser juridicamente indiscutível este último direito, o direito escopo*** (1915, p. 285-287, grifo do autor do voto).

O Ministro Enéas Galvão foi mais além e preconizou que o *Habeas Corpus* deve ter alcance ainda maior, e tutelar outros direitos, não apenas o de liberdade de locomoção, mesmo que desse aqueles não dependessem (RODRIGUES, 1991, p. 33-35).

No periódico “Revista Forense n. 22”, o Relator Ministro Manoel Murinho ensina que o remédio constitucional é útil para assegurar ao indivíduo membro do Poder Legislativo municipal a prática livre do exercício de seu cargo político (BRASIL, 1914, p. 306). Nesse mesmo sentido, o Min. Canuto Saraiva observou que o HC poderia ser usado “para garantir a posse e exercício de Vereador eleito” (HC 3.983/MG, Rel. Min. CANUTO SARAIVA). (BRASIL, 1916).

Consoante voto de Celso de Mello, entretanto, com o advento da Reforma Constitucional de 1926 e com o restabelecimento da função precípua desse remédio constitucional, não permaneceu o entendimento anterior do cabimento do *writ*, a não ser que houvesse **ofensa direta e imediata, atual ou iminente à liberdade de**

locomoção física. (RTJ 42/896<sup>2</sup> – RTJ 135/593 – RTJ 136/1226 – RTJ 152/140 – RTJ 178/1231 – RTJ 180/962 – RTJ 197/587-588, v.g.).

Como relatou Celso de Mello,

*A ação de 'habeas corpus' - desde que inexistente qualquer situação de dano efetivo ou de risco potencial ao 'jus manendi, ambulandi, eundi ultra citroque' - não se revela cabível, mesmo quando ajuizada para discutir eventual nulidade do processo penal em que proferida decisão condenatória definitivamente executada (RTJ 186/261-262, Rel. Min. CELSO DE MELLO, grifo do autor).*

Como já fora informado, em 1926, ao cessar o advento da antiga doutrina do *Habeas Corpus*, o seu foco se afunilou para permitir seu uso na proteção imediata ao direito de ir, vir e permanecer, cabendo, residualmente, ao Mandado de Segurança a tutela quando houver lesividade de direitos líquidos e certos, ainda que aquelas ofensas afetem refletidamente a liberdade de locomoção (RTJ 197/587-588, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**).

A atuação do *Habeas Corpus* não foi prejudicada pela revolução de 1930, posto que o Decreto nº 19.398, art. 5º, parágrafo único, assim rezava: “É mantido o habeas corpus em favor dos réus ou acusados em processos de crimes comuns, salvo os funcionais e os da competência de tribunais especiais” (PACHECO, 1998, p.19). Vale lembrar que a timidez na defesa dos demais direitos não permaneceu por muito tempo pois, na Constituição de 1934, foi originado o Mandado de Segurança para a tutela “de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal de qualquer autoridade” (GRINOVER *et al.*, 1997 apud OLIVEIRA, 1998, p. 20). Portanto, apesar de ter sido considerado um retrocesso na tutela de outros direitos que

---

<sup>2</sup> Embora citado pelo Ministro, não foi encontrada esta referência específica no acervo bibliotecário do STF.

não a defesa da liberdade de ir, vir e permanecer, o *writ* continuou a ser utilizado para amparo desses direitos até a criação do Mandado de Segurança (OLIVEIRA, 1998, p. 20).

Na Carta de 1937, no art. 122,16), assim foi disposto: “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 os casos de punição disciplinar”. Para J.M Othon Sidou, o instituidor do “Estado Novo” conseguiu dizer coerentemente o que o reformador de 1926 não disse. Findo o regime ditatorial de 1937, a Constituição de 1946, em seu art. 141, § 23, transcreveu: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.” (SIDOU, 1998, p. 101).

Por sua vez, a Constituição de 1967 manteve a mesma forma de incidência da legislação de 1946, em seu art. 150, § 20, permanecendo a redação inserida pelo art. 153, § 20, da 1ª Emenda Constitucional de 1969 (importante salientar, de 17 de outubro de 1969) (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 35). Nesse ínterim, a única exceção ao cabimento do *writ* foi exposta pelo Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro 1968, e pelo Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, suspendendo a tutela nas situações de crimes políticos, contra a segurança nacional e social e contra a economia popular, além dos casos de transgressão disciplinar, excepcionada as hipóteses elencadas na própria legislação constitucional (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 35).

Daniel Guimarães Zveibil entende ser um atentado contra os Direitos humanos essa restrição da incidência do uso do *Habeas Corpus*, adotada tanto pelo

STJ como pelo STF atualmente, o que mais parece, segundo ele, uma “ressurreição do Ato Institucional nº 6/1969” em pleno século XXI (ZVEIBIL, 2013, p. 13)! Segundo ele, o argumento da decisão equivocada da 1ª Turma do STF, de que não há fundamento constitucional para a substituição de recursos, evoca o princípio a *contrario sensu* de que não há proibição para que haja tal substituição pela CF de 1988 (ZVEIBIL, 2013, p. 20).

Hodiernamente, a Constituição Federal de 1988 preconiza o instituto do *Habeas Corpus* no art. 5º, inc. 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”. Bem assim, o Código de Processo Penal, art. 647, estabelece: “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” (BRASIL, 2013, grifo nosso).

E ainda, a legislação vigente considera coação ilegal as hipóteses abaixo, elencadas no Código de Processo Penal:

**Art. 648** - A coação considerar-se-á ilegal:

**I** - quando não houver justa causa;

**II** - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

**III** - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

**IV** - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

**V** - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

**VI** - quando o processo for manifestamente nulo;

**VII** - quando extinta a punibilidade (VADEMECUM, 2013, p. 660).

Paralelamente, é claro que os direitos e garantias fundamentais do cidadão, das quais o remédio faz parte, advieram das normas criadas pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, outorgada pela Assembléia Nacional Francesa – 26

de agosto de 1789 – que por sua vez fora inspirada nas convenções de Declarações de Direitos Americana “Bill of rights” de 1776. Observa-se que tais princípios se refletiram internacionalmente (FERRACINI, 1996, p. 10). Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo VIII, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em seu artigo XVIII, alertam que toda pessoa tem direito de recorrer aos tribunais contra atos atentatórios que prejudiquem os direitos fundamentais (ACKEL FILHO, 1988, p. 21-22). Veja-se cada dispositivo, respectivamente:

Artigo VIII: Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei (BRASIL, 2013).

Artigo XVIII. Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente (BRASIL, 2013).

## **2.2 Hipóteses de cabimento e natureza jurídica do *Habeas Corpus***

A princípio, cabe ressaltar que, não obstante ser taxado como recurso e figurar no capítulo que a esse pertence no Código de Processo Penal, o *Habeas Corpus* não o é. Trata-se de instrumento jurídico, considerado como garantia constitucional para proteger eficientemente a garantia de ir e vir, ou seja, o direito de locomoção. Marcelo José da Costa Petry (2001, p. 42), em seu livro, ensina que outros autores dizem tratar-se de ação; outros, mais precisamente, relatam que é uma ação de conhecimento (CASTELO BRANCO, 2003, p. 152-153). Na opinião de Vicente Greco

Filho (1989, p. 145), o *Habeas Corpus* é ação indubitavelmente, pois o recurso é um pedido de reapreciação de um processo; no caso do remédio, porém, constitui-se em um pedido autônomo, original e se desenrola em processo independente. Dessa opinião compartilham Nestor Távora e Rosmar Alencar (2010, p. 23), posto que, em sua obra relativa ao Processo Penal, dispuseram o *Habeas Corpus* no capítulo referente às “Ações Autônomas de Impugnação”. Esse posicionamento merece atenção, haja vista que, não obstante permanecer como remédio, o *Habeas Corpus*, na verdade, se constitui, sobretudo, em Ação Autônoma de Impugnação. Isso porque ele de nada depende para ser protocolado: sentença, despachos, decisões em geral. E não há que se falar, tampouco, em recurso, posto que, para esse, sempre há de haver um prazo a ser observado, o que não ocorre com o instituto em comento. Ele não se submete a nenhum prazo previsto em lei, sendo facultada sua interposição à conveniência do autor. Ademais, a Ação do HC é informalíssima em sua própria execução, podendo ser utilizada qualquer forma instrumental admitida em direito, desde que legível a pretensão formulada.

Para outros, ainda, nas palavras de José Barcelos de Souza, o *Habeas Corpus* “é uma extraordinária ação-recurso”, posto que, na atualidade, é amplamente utilizado. Não é relevante se há lesão à locomoção, uma vez que hoje se apresenta com outra utilidade que não a de exclusiva defesa do direito de ir e vir (SOUZA, 1995 apud SOUZA, 1998, p. 16).

Como bem ensina Lúcio Santoro de Constantino (2004, p. 270), “a melhor forma de se observar a possibilidade jurídica do *Habeas Corpus* é no conhecimento de sua impossibilidade”. Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 932), na doutrina,

as hipóteses de cabimento do *Habeas Corpus* podem ser reunidas em uma só: ausência de justa causa. Essa definição, entretanto, acarreta problemas na identificação exata das hipóteses específicas do que se compreenderia como “justa causa” (OLIVEIRA, 2011, p. 932).

Na opinião de Mirabete, o remédio serve para “impugnar atos administrativos ou judiciários, inclusive a coisa julgada e de particulares” (MIRABETE, 2000, p. 709 apud NISHIYAMA, 2004, p. 73). Em outra faceta ainda mais sofisticada, para Alfredo Buzaid apud Ferreira Filho (1997, p. 308 apud NISHIYAMA, 2004, p. 73), a garantia é “uma espécie de ação judiciária que visa proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos”

De acordo com o doutrinador em Direito Constitucional Uadi Lammêgo Bulos, o *writ* é uma ação penal popular de origem constitucional e rito sumário. Eventualmente, assume caráter cautelar, declaratório ou constitutivo (CPP, art. 648, incisos I a V) e até mesmo de ação rescisória constitutiva negativa, dessa vez com embasamento no art. 648, inc. VI e inc. VII do CPP (BULOS, 2010, p. 714). Entretanto, por ter sido criado com a intenção restrita de proteger o bem da liberdade ambulatoria, nem todo e qualquer caso pode lançar mão do instituto do HC (2010, p. 714).

E ainda nos dizeres de Pedro Lessa, citando Pontes de Miranda:

(...) Mas se no processo de **habeas-corpus** se alegar, convencido o juiz, que se **trata de um cidadão demitido**, ou suspenso de suas funções [ quer dizer, sem poder exigir o direito de exercício profissional], e que, além do **habeas corpus**, há outra questão a estudar e decidir, que se pretende envolver na decisão do **habeas corpus**, mas que lhe é estranha, o juiz não poderá conceder a ordem pedida (GUIMARÃES, 2001, p. 133, grifo do autor).

Nas palavras de Rodrigues Nunes (1997, p. 19), não podemos nos referir ao *Habeas Corpus* como recurso, e nem tampouco podemos chamá-lo de ação, embora ele possa substituir essa. Deve, portanto, ser chamado apenas de remédio.

Ao diferenciar remédios constitucionais das garantias individuais, sabemos que os primeiros são espécies do gênero, que é o segundo, posto que nem todas as garantias estão previstas na atuação dos remédios constitucionais (como o HC) (LENZA, 2011, p. 863). Logo, os direitos são amplos benefícios prescritos no diploma constitucional, enquanto as garantias são instrumentos jurídicos que habilitam a prática desses determinados direitos ou o exigem, quando corrompidos (LENZA, 2011, p. 863).

Logo, percebe-se que tanto em sua natureza como em hipóteses de cabimento, e essa se liga àquela, não há consenso doutrinário a respeito. Por esse mesmo motivo, ele é amplamente utilizado, de forma a ter se tornado banal nos repositórios jurisprudenciais.

### 3. GARANTIAS PROCESSUAIS DOS RECURSOS EM MATÉRIA CRIMINAL (GARANTISMO)

A idéia de sucumbência impulsiona o processo, tanto civil como criminal. Porém, como menciona em seu livro “*Garantias Processuais nos Recursos Criminais*”, Rogério Schietti Machado Cruz (2002, p. 50) diz que, nesses últimos, a sucumbência há de se ser encarada com maior elasticidade, devido às características especiais da álea, uma vez que se mostra grande o atrito entre o direito de punir e o direito de liberdade.

Os direitos fundamentais - que inclusive são amparados por uso do *Habeas Corpus* - têm por função maior delimitar o objetivo e o alcance do Direito Penal nas democracias. Conforme Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2004, p. 20), tanto o Direito Penal como o Processual Penal visam à proteção do direito do mais fraco, em detrimento da lei do mais forte. Isso decorre de que, na atualidade, o pensamento derivado do Iluminismo promove a preferência pela civilização, ao negar a barbaridade. O papel deste trabalho é, exatamente e sobretudo, mostrar que as decisões da 2ª turma do STF, sempre de acordo com a concessão da substituição dos demais recursos pelo HC, são pautadas pelo amplo garantismo em que esse citado Colégio acredita e ao qual confere total legitimidade.

É a garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, também, uma das exigências em que se substancia o *due process of law*, e especificada no Processo Penal em favor dos “acusados em geral”, ou seja, do indiciado, do acusado e do condenado” (TUCCI, 2011, p. 154). Nas palavras de

Francesco Carnelutti (2004, p. 100), “Não é necessário somente afirmar a justiça da repressão penal, senão também encontrar-lhe a razão”.

O princípio que norteia, com grande abrangência, o Processo Penal é o da dignidade da pessoa humana. Inclusive, não se trata de um simples princípio, mas também de um dos fundamentos da República, no art. 1º da CF, com reflexos nas garantias fundamentais estabelecidas pela Magna Carta (art. 5º CF/88) e, até mesmo, na ordem econômica (art. 170 CF/88) (NICOLITT, 2012, p. 28). Por ser a pessoa humana limitada em sua liberdade em decorrência de sanções criminais, há, por isso mesmo, necessidade de aplicação do devido processo legal, (GRECO FILHO, 2010, p. 39-40), no qual há a subsunção do próprio Estado, ao qual é vedado estabelecer penas criminais sem o devido processo (ALMEIDA, 1975 apud GRECO FILHO, 2010, p. 40). O estudo desse princípio é de suma importância para o Processo Penal, pois com fulcro no ensinamento de José Lisboa de Gama Malcher (2002, p. 9, grifo nosso),

Como atividade-meio, os atos processuais não subsistem por si: eles produzem efeitos no processo e determinam a realização de outros atos a eles conseqüentes; e de tal forma que quando se apresentam defeituosos, muitas vezes perdem tal eficácia ou projetam seus defeitos sobre os demais, determinando também sua nulidade; pois o processo resulta de uma *série gradual e contínua de atos*, apresentando-se como uma *relação complexa e progressiva*, e assim, suscetível de ser repartido em várias relações menores, mas **coordenadas diante de sua finalidade principal que é permitir a tutela jurisdicional**.

No tocante ao princípio do contraditório, esse é um postulado constitucional que garante a ampla defesa. Está previsto no art. 5º, inciso LV, da CF e prega que o acusado deve estar assegurado de meios de defesa sem qualquer restrição, em um processo no qual deverá haver igualdade entre as partes (MIRABETE, 2006, p. 24). Por

ampla defesa é sabido que se constitui em direito deferido ao réu (ou acusado) de levar ao Judiciário tudo que lhe entender de direito a fim de elucidar a verdade ou também de calar-se se entender devido (RTJ 83/385; RJTJSP 14/219) (MORAES, 2010, p. 107).

O princípio da proporcionalidade, nas palavras exatas de Paulo Bonavides (2010, p. 399), é “expressão mesma do controle de constitucionalidade”, a partir do momento em que “declarações políticas filosóficas” tornaram-se “atos de legislação vinculantes”. Conclui esse ainda:

Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional (BONAVIDES, 2010, p. 399).

O princípio da inafastabilidade também é indispensável a este estudo. Está determinado na Constituição e garante que todos devem ter acesso ao Judiciário se entender necessário. O art. 5<sup>a</sup> da CF menciona: “não pode a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”. Além disso, o art. 126 do Código do Processo Civil assim dispõe: “não pode o juiz deixar de proferir decisão, sob argumento de lacuna ou obscuridade da lei” (COCURUTTO, 2004, p. 31). O Direito deve, acima de tudo, ser justo, principalmente no âmbito penal, devendo garantir o duplo grau de jurisdição, a fim de se evitar o que se viveu no período de inquisições (MACHADO, 1994, p. 494).

Conforme o princípio lógico – e este é espécie dos princípios informativos do processo – proposto pelo jurista italiano Mancini, o legislador deve priorizar o trabalho com simplicidade e segurança. Ao fazê-lo, deve considerar os meios adequados,

eficazes e céleres para a resolução da lide, desde que isso não induza ao erro, prejudicando a verdade. Logo, a lógica deve estar presente em todas as fases de solução do conflito (COELHO, 2004, p. 55).

Atualmente, a tendência da humanidade é observar o respeito aos princípios democráticos, por inversão aos direitos do homem em si. Hoje, “a democracia, [...] é erigida enquanto sistema político universal; ela se apropriou, se podemos falar dessa forma, do universalismo que anteriormente era reservado apenas aos direitos do homem” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 122).

### **3.1 Princípio da fungibilidade recursal**

O Direito Processual contemporâneo, baseado no Processo Civil, defende que o princípio da instrumentalidade das formas significa dizer que se um ato solene foi executado sem o comprometimento das formalidades legais, porém logra sucesso ao atingir seu principal objetivo, esse ato deve ser considerado hábil. Isso porque, antes de se observar a forma, deve ser analisado seu conteúdo. A nulidade dos atos inválidos deve somente quando esses contiverem vícios capazes de causar prejuízo à parte contrária (*pás de nullité sans grief*) (REDONDO, 2011, p. 14). Afinal, o art. 244 do Código de Processo Civil prima pelo princípio da instrumentalidade das formas, mediante a regra geral de que o juiz deve sempre se ater à conversão para o rito adequado. Ele é impedido de indeferir a inicial liminarmente, a menos que se revele

impossível não fazê-lo (CPC, art. 295, inc. V c/c art. 284) (SILVEIRA NETO; PAIVA, 2001, p. 21).

Vejam-se os dispositivos do referido diploma processual:

**Art. 244.** Quando a lei prescrever determinada forma, **sem cominação de nulidade**, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade (VADEMECUM, 2013, p. 386, grifo nosso).

**Art. 295.** A petição inicial será indeferida:

**I** - quando for inepta;

**II** - quando a parte for manifestamente ilegítima;

**III** - quando o autor carecer de interesse processual;

**IV** - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (Art. 219, § 5º);

**V** - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

**VI** - quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284 (VADEMECUM, 2013, p. 391, grifo nosso).

**Art. 284.** Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias (VADEMECUM, 2013, p. 390).

Pelo viés do princípio da efetividade, o processo deve ser capaz de cumprir seus objetivos, estando hábil a conceder tutela jurídica às partes de modo adequado, efetivo e tempestivo (CHIOVENDA, 1930 apud REDONDO, 2011, p. 9), não podendo, claro, a fungibilidade causar insegurança jurídica (REDONDO, 2011, p. 9). Ainda a respeito da efetividade, Uadi Lammêgo Bulos e Eliana Calmon (2003, p. 266) elucidam que o processo deve se amoldar aos objetivos do direito material, de modo a não apenas ocupar-se com a solução do litígio e a reparação do direito lesado, mas a oferecer o melhor e mais rápido deslinde da controvérsia, tornando-se então efetivo.

Nelson Nery Junior afirma que os princípios são regras de norma geral que provêm do sistema jurídico, prescindindo que estejam expressamente aludidos em normas, a fim de que alcancem validade e eficácia (NERY JUNIOR, 2004 apud BRUSCHI, 2010, p. 50). Nesse mesmo diapasão entende Celso Ribeiro Bastos, que ensina:

é extremamente mais grave a lesão a um princípio do que o ferimento a uma norma isolada. Esta pode significar um aspecto menor, secundário (...). Entretanto, a lesão ao princípio consiste em ferir as próprias estruturas desse Direito, a ossatura que compõe esse feixe normativo” (BASTOS, 1996 apud SILVEIRA NETO; PAIVA, 2001, p. 22).

Nelson Nery menciona que a dúvida a respeito do recurso adequado é suficiente para a incidência do princípio da fungibilidade (NERY JUNIOR, 2004, p. 161). Mas afirma que, se houver erro grosseiro, não deve haver fungibilidade. Essa deve ocorrer apenas se houver erro desculpável (2004, p. 167), ou seja, a má-fé jamais pode se fazer presente (NERY JUNIOR, s/d apud BRUSCHI, 2010, p. 50). Na visão do processualista, haverá erro grosseiro quando não houver dúvida objetiva (NERY JUNIOR, 1997 apud GOMES; RODRIGUES, 2010, p. 48).

A dúvida objetiva vem a ser aquela que leva a uma equivocada interpretação da sistemática processual; quando há uso de recurso inapropriado e erro grosseiro; quando, por exemplo, for utilizado recurso na hipótese de haver exposto apontamento de outro pela lei (PARIZ, 2011, p. 60). Nesse último sentido, também entende Tereza Arruda Alvim Wambier, segundo a qual ocorrerá erro grosseiro quando jurisprudência e doutrina forem completamente discrepantes quanto ao cabimento de outro recurso, que não o interposto (WAMBIER, 2006 apud REMONATO F. 2009, p. 59). Da mesma

inteligência compartilha Marinoni, para quem, em algumas hipóteses, é possível considerar a dúvida objetiva entre alguns recursos; entretanto, sobre ela não pode incidir a fungibilidade, se a parte utiliza de recurso inteiramente inadequado na espécie (MARINONI, 2006 apud REMONATO, 2009, p. 59). Ora, é evidente que se a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal admite a figura do *Habeas Corpus* substitutivo, então fica subentendido que esse não é considerado inteiramente inadequado para obter o mesmo efeito do Recurso Ordinário e dos demais recursos. Ao reverso, se é aceito o *Habeas Corpus*, então não há dúvida objetiva sobre sua interposição. Logo, há que se inferir, conseqüentemente, que não há erro na utilização de um pelo outro, ou, se houver, esse não é grosseiro, posto que, de certa feita, o erro grosseiro implica necessariamente erro.

Portanto, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina assinalam a tese majoritária de que deve haver requisitos para que incida a fungibilidade: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso seja protocolado no prazo que se entende correto para a interposição do recurso próprio (WAMBIER; MEDINA, 2008 apud PARIZ, 2011, p. 59).

No que tange ao prazo recursal, tal fator não configura de forma alguma óbice, haja vista que o HC não possui prazo prescricional, podendo ser interposto a qualquer momento, a critério do paciente. Inclusive, grandes processualistas entendem que a tempestividade não deve ser óbice para impedimento da apreciação do recurso utilizado, posto que, se o erro se justifica, então é evidente que a parte utilizar-se-á dos moldes do recurso erroneamente interposto (SIMARDI FERNANDES, 1999 apud SILVEIRA NETO; PAIVA, 2001, p. 24).

E ainda que o prazo fosse requisito a ser analisado na questão, Tereza Wambier ensina que, na fungibilidade recursal, o que ocorre não é um recurso convertido em outro – afastando de vez a discussão sobre o prazo –, mas sim o julgamento do recurso que foi escolhido como tal, e não como se fosse o outro. Isso se aplica a todas as situações, inclusive com as ações (WAMBIER, 2006, p. 136). Essa autora reitera, ao dispor que – ao que chama de “figuras inventadas” do Direito – há convenções jurídicas que servem apenas para tornar o sistema operativo e funcional. Entretanto, outros avanços da humanidade devem ser prioritários – no caso de se fazer opção –, avanços que traduzem respeito aos valores que propiciam ao ser humano uma vida de maior qualidade. Como exemplo, no primeiro caso, a autora cita as regras de competência (de valor instrumental); no segundo, as regras pertinentes à citação (referentes ao enfoque político-jurisdicional do Estado Democrático de Direito, que merecem maior destaque) (WAMBIER, 2006, p. 136-137).

Nesse mesmo sentido, consente Rosa Maria Aranovich, ao asseverar que o intuito maior das partes é o de ter tutelados seus interesses recursais. Ora, se o indivíduo conseguir, apesar de irregularidades, pronunciamento de órgão recursal, não haverá qualquer lesão devido à conversibilidade. Mas o mesmo não ocorre se houver infringência de prazo recursal para o recurso específico; ter-se-á, então, descumprimento de norma indisponível, como a preclusão e a coisa julgada. Logo, a violação levaria à nulidade absoluta. Porém, se a interposição do recurso acontece no prazo estabelecido para o recurso próprio, não há qualquer desonra à norma indisponível (ARANOVICH, 1978, p. 43-44). Isso tudo porque o atual Código de Processo Civil não estabeleceu o princípio da singularidade/unirrecorribilidade, como

fazia o anterior; esse restou implícito em nosso ordenamento jurisdicional (ARANOVICH, 1978, p. 10).

### 3.2 Críticas à “jurisprudência defensiva”.

Jurisprudência defensiva é o nome que se dá ao embaraço que Tribunais Superiores impõem – mediante súmulas e entendimentos pacificados – para evitar o abarrotamento de processos nos tribunais. Criam, portanto, empecilhos no momento de conhecer de recursos, sobretudo Extraordinários (FARINA, 2012, p. 106). A Suprema Corte e a Corte Superior possuem, como corolário, a defesa da Constituição e das leis federais, respectivamente, no intuito primordial de afastar decisões que venham de encontro a elas, bem como sanar discrepâncias jurisprudenciais no tocante ao Direito objetivo que procuram assegurar (FARINA, 2012, p. 108). Ocorre que a jurisprudência defensiva, ao se utilizar de medidas de urgência, reagindo ao congestionamento dos tribunais, julga recursos de maneira patológica, distorcidos da real efetividade a que se deveria ater (FARINA, 2012, p. 124).

Nesse diapasão, os arts. 102, III, e 105, III da Constituição determinam que as duas Cortes Superiores devem primar pelo direito objetivo, conforme as respectivas competências preestabelecidas (MEDINA, 2009 apud FARIA, 2012, p. 265). Por esse motivo, processualistas têm procurado a tal **efetividade** (CAPPELLETTI, 1988 apud FARIA, 2012, p. 264), pois de nada é válido um sistema sofisticado de instrumentos

processuais e procedimentais se a apreciação do direito material – principal meta da ciência jurídica – não for satisfatória (FARIA, 2012, p. 264).

Portanto, há posições doutrinárias que apontam para uma maior relativização dos requisitos de admissibilidade dos recursos, em prol da análise do mérito e em detrimento de requisitos de ordem processual. Nesse sentido, forte é a corrente jurídica defensiva que aprecia mais as exigências processuais do que o direito material, insinuando aos operadores do Direito que tais requisitos são prejudiciais ao sistema jurídico, por rezar que o processo tem mais importância do que a matéria (JORGE, 2013, p. 14).

Cumprido realçar que o recurso nada mais é que uma continuação do direito de ação e de defesa, posto ser evidente a relação entre condições de ação e admissibilidade dos recursos. Na realidade, as condições exigidas para a interposição da ação são transferidas para a fase recursal (JORGE, 2013, p. 15); a diferença é que, no momento de ajuizamento da ação, os requisitos são avaliados de acordo com aspectos externos e preexistentes ao processo, enquanto no recurso, os requisitos de admissibilidade são verificados com base no próprio processo (MOREIRA, 2006 apud JORGE, 2013, p. 15).

O próprio Código de Processo Civil versa que os requisitos a incidir em todos os recursos para sua validação são: cabimento, legitimidade para recorrer, interesse em recorrer, tempestividade, regularidade formal, preparo, bem como que não haja fatos impeditivos ou extintivos desse direito. Vale dizer que a tempestividade e o preparo (custas judiciais) são inexigíveis em sede de *Habeas Corpus* (JORGE, 2013, p. 19).

Por todo o exposto, a fim de enfrentar a jurisprudência defensiva, o Projeto de Lei nº 8.046/2010 – que visa alterar o Código de Processo Civil – busca valorizar as decisões paradigmáticas dos tribunais, bem como implementar o incidente de resolução de demandas repetitivas (MONTEIRO, 2012, p. 273) e livrá-los do excesso de recursos. Como exemplo, as últimas alterações do Direito Processual Civil vigentes que buscam esse escopo têm como mecanismos: súmula vinculante, repercussão geral, recurso especial repetitivo, súmula impeditiva de recursos, possibilidade de decisão monocrática pelo relator do recurso e julgamento liminar de improcedência (MONTEIRO, 2012, p. 267-268).

A maior novidade do PL nº 8.046/2010 seria o art. 930, que menciona:

é admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes (MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 402).

Ademais, o art. 934 do referido PL menciona que o juízo de admissibilidade do incidente implicará – na própria sessão que julgará o incidente – “suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição” pelo Presidente do Tribunal (MORAES, 2012, p. 239). Caso seja instaurado, o incidente de resolução de demandas repetitivas será amplamente divulgado e acompanhado pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio de registro eletrônico (art. 931, *caput*), podendo a suspensão ser estendida a todo território nacional pelo STJ e STF a pedido das partes, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou de qualquer interessado (MONTEIRO, 2012, p. 271).

De fato, o projeto para o novo Código de Processo Civil, em determinados pontos, aposta na manutenção jurisprudencial defensiva desenvolvida pelos tribunais e institutos, como ocorre com o incidente de resolução de demandas repetitivas por amostragem, a ser pleiteado perante o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal (art. 988, § 1º). Por outro lado, em vários dispositivos, o projeto procura evitar a jurisprudência defensiva. O art. 76, § 2º, do projeto, aponta que a regra do atual art. 13 se mantém relativamente à instância recursal (STF e STJ), ou seja, na hipótese de incapacidade para postular ou de irregularidade de representação, o relator deverá admitir a correção do erro em prazo razoável, a fim de não lesionar a parte. Já o art. 1020, § 2º, do novo projeto, estabelece que o erro no preenchimento da guia de custas, não penalizará o postulante por deserção. Ao contrário, esse terá prazo deferido pelo relator para sanar a falha (OLIVEIRA JÚNIOR *et al.*, 2013).

Além disso, o Projeto de Lei nº 8.046, constituído de 1008 artigos, traz um acréscimo de oito princípios a serem honrados em detrimento de apenas dois artigos que fazem referência a eles no atual CPC. Os que mais merecem destaque são (PASSONI; SILVEIRA, 2012, p. 247):

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código (MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 225).

Art. 6º. Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 225).

Art. 119. O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o

caso, valer-se da analogia e dos costumes (MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 248).

Art. 477. [omissis]

Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas (MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 317).

Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

[omissis]

IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia (MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 394).

Consoante Nelson Nery Júnior, é certo que o Direito Processual é um só sistema harmonioso, o que facilita sua interpretação e o torna hábil a solucionar vilipêndios a direitos. Todavia, é reconhecível a divisão didática referente a um Direito Constitucional Processual que vem a ser um sistema normativo de Direito Processual, inserido na Magna Carta, paralelo a um Direito Processual Constitucional. Esse significa o conjunto de princípios que objetiva normatizar a chamada jurisdição constitucional (1996 apud PASSONI; SILVEIRA, 2012, p. 242).

Não obstante, tanto o STF como o STJ têm recebido severas críticas quanto à recepção da jurisprudência defensiva em seus repositório. Isso porque suas portas já são seletivas por exageros no momento de analisar pressupostos recursais na admissão, como o requisito do prequestionamento (FARIA, 2013, p. 11). Nos dizeres do então Ministro Presidente do STJ, Humberto Gomes de Barros, em sua posse: “Para fugir a tão aviltante destino, o STJ adotou a denominada “jurisprudência defensiva” consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhes são dirigidos” (BARROS, 2008).

## 4. A SUBSTITUIÇÃO DO *HABEAS CORPUS* NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 4.1. A inconstitucionalidade da substituição do *Habeas Corpus* na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal

A princípio, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal se mostrou favorável à substituição do *Habeas Corpus* pelo Recurso Ordinário. Posteriormente, contudo, revelou-se contrária, com a publicação em 11 de setembro de 2012 do *Habeas Corpus* nº 109956/PR. Veja-se:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. **Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus.** PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las (HC 109956/PR, 1ª Turma, 07/08/2012, grifo nosso).

Nesse julgamento, conforme mencionou a Ministra Rosa Weber, houve uma “guinada de jurisprudência”, em que foi acolhido, por maioria, o voto de relator (Min. Marco Aurélio), sendo vencido apenas o voto do Ministro Dias Toffoli (que presidiu o julgamento), que manteve decisão anteriormente acatada. Segundo ele, toda vez que houver qualquer ilegalidade, o instrumento do *Habeas Corpus* deve ser concedido (BRASIL, 2012).

Porém, consoante inteligência do Min. Marco Aurélio, é inadequada a utilização do *Habeas Corpus* quando a situação implica Recurso Ordinário Constitucional. "A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada

a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão", mencionou ele. Isso se deve ao fato de que, em ambas as instâncias superiores, é enorme o número de processos de *Habeas Corpus*.

Em voto do Min. Marco Aurélio, foi mencionado pelo por ele que, nos primeiros seis meses de 2012, foram recebidos, apenas no STF 2.181 *Habeas Corpus* e 108 Recursos Ordinários. Já no STJ, foram protocolizados 16.372 *Habeas Corpus* e 1.475 Recursos Ordinários, ou seja, praticamente doze vezes mais da garantia constitucional em ambas as Cortes Superiores (VIEIRA, CONSULTOR JURÍDICO, 2013).

E houve mais no julgamento do HC109956/PR a ser decidido. Foi considerado, pela maioria da 1ª Turma, que, a fim de se insurgir contra decisão de instância anterior que denegara HC, o meio cabível é o Recurso em *Habeas Corpus*, em vez de um novo pedido de *Habeas Corpus*. Por sua vez, a 2ª Turma tem permanecido contrária à restrição do remédio. Celso de Mello relembrou a abordagem mais abrangente do início da República, a iniciar pela atuação de Pedro Lessa e Enéas Galvão, como Ministros, e Ruy Barbosa, como advogado. Da mesma opinião compartilha Gilmar Mendes. Contudo, cumpre ressaltar que posicionamento diferente da 2ª Turma é adotado com rigor pelo STJ, que apoia a 1ª Turma do STF(CONSULTOR JURÍDICO, 2013).

Há que se notar a parcialidade nas decisões da 1ª Turma dessa Egrégia Corte, a seguir:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**  
SUBSTITUTIVO DE **RECURSO ORDINÁRIO** CONSTITUCIONAL.

COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR **HABEAS CORPUS**: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI 11.343/06). PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME INICIAL ABERTO (ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CP). IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS SEVERO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 719-STF. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44 DA LEI 11.343/06). INCONSTITUCIONALIDADE. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL**. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO (HC 111015/MS, 1ª Turma, 21/05/2013, grifo nosso).

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE **RECURSO ORDINÁRIO** CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR **HABEAS CORPUS**: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI 11.343/06). PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME INICIAL ABERTO (ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CP). IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS SEVERO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 719-STF. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44 DA LEI 11.343/06). INCONSTITUCIONALIDADE. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL**. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO (HC 114100/MG, 1ª Turma, 21/05/2013, grifo nosso).

EMENTA **HABEAS CORPUS**. SUBSTITUTIVO DO **RECURSO** CONSTITUCIONAL. **INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA**. LATROCÍNIO TENTADO. QUADRILHA ARMADA. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA. 1. Contra a denegação de **habeas corpus** por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o **recurso ordinário**. Diante da dicção do art. 102, II, “a”, da Constituição da República, a impetração de novo **habeas corpus** em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. Havendo condenação criminal, ainda que submetida à apelação, encontram-se presentes os pressupostos da preventiva, a saber, prova da materialidade e indícios de autoria. Não se trata, apenas, de juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, mas, sim, de julgamento condenatório, precedido por amplo contraditório e no qual as provas foram objeto de avaliação imparcial, vale dizer, de um juízo efetuado, com base em cognição exaustiva, de que o condenado é culpado de um crime. Ainda que a sentença esteja sujeita à reavaliação crítica por meio de **recursos**, a situação difere da prisão preventiva decretada antes do julgamento. 3. Se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam a periculosidade e o risco de reiteração **delitiva está justificada decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública**, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria, como na hipótese. 4. **Habeas corpus** extinto sem resolução do mérito. Prejudicado o agravo regimental manejado contra o indeferimento da liminar (HC 115877/SP, 1ª Turma, 21/05/2013, grifo nosso).

Note-se que a 1ª Turma não é apenas contrária à substituição do *Habeas Corpus* pelo Recurso Ordinário, como também o é pelo Recurso Especial, a seguir:

Ementa: PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ATO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. NECESSIDADE DO PRÉVIO ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. CRIME DE RECEPÇÃO. **ANÁLISE DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE.** PRECEDENTES. **ORDEM DE HABEAS CORPUS EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA** (HC 113468/SP, 1ª Turma, 19/03/2013, grifo nosso).

No caso acima (*Habeas Corpus* nº 113468/SP), foi impetrado HC no STF, em razão de o Ministro Sebastião Reis Júnior ter negado provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão que não admitiu o Recurso Especial na origem. Por isso, foi entendido, pelo impetrante, que houve constrangimento ilegal. Todavia, “A via do *habeas corpus*, que tem por objeto a tutela da liberdade de locomoção, não pode ser utilizada para o reexame de pressupostos de admissibilidade de recursos”; é o que consta de seu acórdão. Como visto anteriormente, não obstante o Diploma Processual Penal estabelecer a Revisão Criminal e o *Habeas Corpus* juntamente com os demais recursos, esses institutos não o são, posto que possuem natureza de ações autônomas, que intencionam modificar decisão judicial (SOUZA; SILVA, 2010, p. 567).

E ainda:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O CABIMENTO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE TRANSITOU EM JULGADO PELA NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ATO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. **O recurso especial não é pressuposto necessário ou critério para admissibilidade de habeas corpus.** Precedentes. 2. Ordem concedida para determinar à Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que

examine o mérito do Habeas Corpus n. 206.236 (HC 110947/RS, 1ª Turma, 29/05/2012, grifo nosso).

Conforme se depreende do resultado do julgamento do HC nº 112784/MT da relatoria do Min. Luiz Fux, “A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, **taxativamente**, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, afigurando-se paradoxal conferir interpretação extensiva para abranger hipóteses ali não previstas”.

Fundamentos não faltam à 1ª Turma, com o intuito de criticar o cabimento do HC em detrimento do Recurso Ordinário, quando compete a esse demandar algo em juízo. Primeiramente, o *Habeas Corpus* não seria um meio adequado para discutir a majoração da pena, fato que cabe, sim, às instâncias ordinárias. Nesse sentido, houve decisões nos *Habeas Corpus* seguintes: 110900, Relator Ministro Luiz Fux; 111668, Relator Min. Dias Toffoli; 101892, Rel. Min. Luiz Fux; 107626, Rel. Min. Cármen Lúcia; 87684, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Outro ponto a se destacar é o revolvimento de matéria fático-probatória, o que torna a ordem de *Habeas Corpus* extinta por inadequação da via eleita. Precedentes: HC nº108135, Primeira Turma, Relator o Min. Luiz Fux, DJ de 27.06.12; Recurso de *Habeas Corpus* nº 105150, Primeira Turma, Relator o Min. Dias Toffoli, DJ de 04.05.12; HC nº 101265, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Min. Joaquim Barbosa, DJ de 06.08.12; RHC nº 107860, Primeira Turma, Relatora a Min. Rosa Weber, DJ de 25.09.12.

Não somente o instituto do HC é inadequado para discutir majoração de pena, como também é pacífica, na 1ª Turma, a impossibilidade de conhecer desse

recurso, se não fora antes interposto recurso cabível que possuísse intenção de reexaminar matéria objeto da impetração. No *Habeas Corpus* nº 110152/MS da relatoria da Min. Cármen Lúcia, foi pacificada a inteligência de que, ao remédio do HC, não competiria o debate sobre reprovabilidade de conduta a fim de decidir qual seria a pena ideal em concreto do paciente.

O mesmo se aplica ao Recurso Especial (2007, p. 151). Bernardo Pimentel Souza menciona que o Resp pode ser interposto, tanto com fulcro em apenas uma alínea, como em todas, cumulativa e simultaneamente. Logo, de fato, percebemos que é rol taxativo, não podendo ser ampliado. O mesmo se aplica à vedação do referido recurso contra julgado de magistrado de 1º grau (ainda que não caiba recurso para tribunal de segundo grau) e, de igual forma, à vedação na interposição do citado Recurso contra acórdão prolatado por Turma Recursal e órgão de 2ª grau dos Juizados Especiais (Súmula 203 do STJ). Tudo isso porque tais órgãos não são tribunais (SOUZA, 2007, p. 151).

Foi considerado “paradoxal”, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 109012/PR, da relatoria do Ministro Luiz Fux, haver interpretação extensiva para acolher casos não afetos à jurisdição precípua da Suprema Corte. Isso porque o acolhimento iria representar uma afronta aos “meios de contenção dos feitos”, quais sejam: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, contrariando o papel de guardião da Constituição conferido à Suprema Corte (BRASIL, 2013). Nesse acórdão, foi dito que *Habeas Corpus*, no ato, não caberia, uma vez que não foi comprovada ilegalidade no fato praticado pelo órgão coator ou a ocorrência de matéria de ordem pública hábil de questionamento anterior nas instâncias ordinárias (prequestionamento). Como já fora

conhecido no HC nº 112784/MT supracitado, o relator Min. Luiz Fux afirma, com veemência, que as hipóteses conferidas ao art. 102, inc. I, alíneas “d” e “i” são taxativas. O Ministro dispõe que, em prol da organização do direito, a causa nobre do instituto do HC não pode nem deve ser vulgarizada sob o pretexto de defender “pseudonulidades”, ainda que possua atingimento no direito da liberdade de locomoção (BRASIL, 2013).

Como bem lembrou o Ministro Marco Aurélio no mencionado *Habeas Corpus* nº 109.956/PR:

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática.

Na mesma ocasião, o Ministro entendeu que o direito é contrário a sobreposições, e a impetração de *Habeas Corpus*, ainda que dirigido a tribunal diverso, solicitando a manifestação dos julgadores em idêntica matéria, torna inviável o exercício da jurisdição, caso seja diferente o entendimento (BRASIL, 2012).

É evidente, entretanto, que a 1ª Turma do Egrégio STF decidiu que, apesar de não mais acatar o deferimento da substituição do *Habeas Corpus*, haveria ressalva quanto às impetrações anteriores a 07/08/2012, quando foi decidido, pela turma, a mudança de entendimento de concessão do *writ* para não concessão (HC nº 111294/SP, São Paulo, Relator(a): Min. Luiz Fux, Julgamento: 19/03/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma). Não obstante, deve-se observar que o não cabimento sofreria exceções também apenas nos casos de flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, de abuso de poder ou teratologia (HC nº 107521/PR, Paraná,

Relator(a): Min. Dias Toffoli, Julgamento: 19/02/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma). Cumpre ressaltar que decisões teratológicas vêm a ser decisões absurdas, deformadas, mal concebidas (DICIONÁRIO INFORMAL, 2013).

É de grande valia demonstrar julgamento do Tribunal Pleno do STF a seguir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS: CABIMENTO. C.F., art. 5º, LXVIII. I. - O habeas corpus visa a proteger a liberdade de locomoção - liberdade de ir, vir e ficar - por ilegalidade ou abuso de poder, não podendo ser utilizado para proteção de direitos outros. C.F., art. 5º, LXVIII. II. - H.C. indeferido, liminarmente. Agravo não provido (HC 82880 AgR/SP, Tribunal Pleno, 23/04/2003).

Ainda que a alegação no caso fosse sobre “ofensa à normalidade funcional do seu organismo do ponto de vista psíquico”, foi decidido pelo Pleno daquela Egrégia Corte, que tal menção não era suficiente à concessão do *Habeas Corpus*, uma vez que não houve efetiva “violência ou coação em sua liberdade de locomoção, requisito indispensável para a proposição da ação. O mesmo entendimento se deu no HC 88047 AgR/PB, posto que a impetrante pretendeu manejar a ação com a intenção de substituí-la pela pretensão rescisória na via do *Habeas Corpus*.

E nota-se que a jurisprudência praticamente totalitária do TJDFT é no mesmo sentido, ao deduzir que o STF e o STJ são contrários a tal substituição. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS QUE INDEFERIU PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. UTILIZAÇÃO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO DE AGRAVO. INADMISSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. PACIENTE CONDENADO DEFINITIVAMENTE PELA PRÁTICA DE CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA DE 05 ANOS E 04 MESES DE RECLUSÃO. COMPORTAMENTO CARCERÁRIO ENTENDIDO COMO INSATISFATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE FALTAS NOS 06 (SEIS) MESES QUE ANTECEDERAM O PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. COMPORTAMENTO SATISFATÓRIO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA

ANÁLISE DOS REQUISITOS OBJETOS E SUBJETIVOS DO ARTIGO 83 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM NÃO ADMITIDA. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. (grifo do autor)

**1. Na linha da novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se admite a utilização do habeas corpus como substitutivo de recurso próprio ou de revisão criminal, sob pena de desvirtuamento da essência da ação constitucional e de desordenação da lógica recursal, devendo o seu emprego ser racionalizado.** (grifo nosso).

2. No caso em exame, verifica-se que o impetrante formulou o presente habeas corpus com o escopo de impugnar decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Substituto da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal que indeferiu pedido de livramento condicional, em razão do não preenchimento do requisito subjetivo de bom comportamento carcerário, utilizando-o em nítida substituição ao recurso de agravo, de modo a não ser possível admiti-lo.

**3. Não obstante a inadequação do writ na espécie, não há óbice à análise da questão suscitada, haja vista a possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício nas hipóteses de ilegalidade manifesta, desde que não haja necessidade de exame de provas e que se tenha prova pré-constituída.** (grifo nosso).

4. Para a aferição do comportamento carcerário satisfatório, requisito exigido para a concessão do livramento condicional, deve ser observada a existência de transgressões disciplinares nos 06 (seis) meses que antecedem a análise do pedido do benefício, prazo previsto no artigo 42 do Regime Interno do Sistema Penitenciário do Distrito Federal para classificação do comportamento carcerário do apenado.

5. No caso dos autos, o cometimento de falta grave há mais de 01 (um) ano não pode obstar a concessão do livramento condicional, caso preenchidos os demais requisitos objetivos e subjetivos, nos termos do artigo 83 do Código Penal. (grifo do autor).

6. Não constando dos autos documentação necessária à análise dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 83 do Código Penal, não há como ser concedido o livramento condicional nesta via, cabendo ao Juízo das Execuções Penais, uma vez afastada a análise do comportamento carcerário insatisfatório, decidir se o paciente preenche os demais requisitos para a obtenção do benefício. (grifo do autor).

7. Ordem não admitida. Concedido habeas corpus de ofício, para, afastada a análise insatisfatória do comportamento carcerário do paciente como óbice à concessão do livramento condicional, determinar ao Juízo das Execuções Penais que examine o preenchimento dos demais requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 83 do Código Penal (HBC 20130020167030, 2ª Turma Criminal, 01/08/2013, grifo do autor).

Na década de 80, logo após a publicação da atual Constituição Federal, a Suprema Corte entendia que essa possuía competência originária para processar e julgar *Habeas Corpus*, quando a coação provém de outro tribunal (de Justiça; de Alçada; de Justiça Militar estadual; Tribunais Regionais Federais e Superiores da União). Porém, o âmbito de sua competência não compreendia a hipótese de pedido

originário como substituição de Recurso Ordinário cabível ao Superior Tribunal de Justiça, quando a esse também competia a apreciação. Precedentes: Reclamação 317/DF (BRASIL, 1989) e HC 67710/SP (BRASIL, 1989).

#### *4.1.1 Breves considerações a respeito da substitutividade na visão do Superior Tribunal de Justiça*

A 1ª Turma do STJ pacificou o entendimento de que o “alargamento” do *Habeas Corpus* é inadmissível, conforme pensamento do então vice-presidente da Corte, Ministro Gilson Dipp. Do mesmo entendimento compartilha o presidente da 5ª Turma do STJ, Marco Aurélio Bellize, ao dizer ser imprescindível a restrição dos recursos substitutivos de *Habeas Corpus*, haja vista que muitas vezes questões sobre dosagem da pena ou nulidades nem sequer foram verificadas em instâncias inferiores. Todavia, acha que devem ser julgados aqueles que versam sobre liberdade, apesar da morosidade que isso traz. Maria Thereza de Assis Moura (presidente da 6ª Turma do STJ) se apoia nas estatísticas, quando postula a contrariedade do uso indiscriminado do HC, ao dispor que: “Em 2006, estávamos por volta do HC número 60.000. Hoje, estamos no número 260.000. É preciso devolver o HC ao seu trilho constitucional” (CONSULTOR JURÍDICO, 2013).

A 5ª e a 6ª Turmas Criminais (que compõem a 3ª Seção de Direito Penal) do STJ também seguiram o caminho traçado pela 1ª turma do STF, no sentido de não mais admitir a substitutividade, excepcionando apenas as causas de violência,

ilegalidade, abuso ou coação. Não obstante, os pedidos já recepcionados e que tramitam na Corte serão normalmente avaliados, como ocorre na 1ª Turma da Suprema Corte. Assim, ao se depararem com ilegalidade, não conhecerão do pedido, mas concederão o remédio de ofício. Isso para frear o excesso de volume do instituto que, em 2012, atingiu o número de 32.427 pedidos de *Habeas Corpus* na Corte (CONSULTOR JURÍDICO, 2013, p. 158).

Na 5ª Turma, o Min. Jorge Mussi entende que o uso do HC deturpado prejudica a celeridade, o que devia ao mesmo ser inerente (CONSULTOR JURÍDICO, 2013, p. 162). Campos Marques (Desembargador convocado) alega que o juiz deve analisar caso a caso. Se houver ilegalidade constatada, deve-se conceder substituição, ainda que seja de Revisão Criminal (CONSULTOR JURÍDICO, 2013, p. 164).

Na 6ª turma, o Min. Og Fernandes preserva a tese de que o remédio somente deve tutelar a liberdade de locomoção, quando houver ofensa direta a ela, como na prisão preventiva (CONSULTOR JURÍDICO, 2013, p. 167) ou também, é claro, quando houver ataque à ilegalidade (CONSULTOR JURÍDICO, 2013, p. 167). O Min. Sebastião Reis Júnior é favorável à mesma inteligência, ao dizer que ainda que aconteça a substituição, a preocupação deve, preferencialmente, ser com as ilegalidades flagrantes (CONSULTOR JURÍDICO, 2013, p. 170). Por fim, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada) compartilha do que ficou acordado majoritariamente na Corte Superior: “Nos casos de réu preso, verificada a manifesta ilegalidade da prisão, concede-se o HC de ofício. É o que tem sido adotado no STJ”, ainda que em seus dizeres tenha ocorrido “indevida extensão à nobre ação constitucional” (CONSULTOR JURÍDICO, 2013, p. 171).

Como exemplo, vislumbramos o julgamento do atualíssimo HC nº 177312 AC da relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura (6ª Turma), no qual o *writ* não foi conhecido por impropriedade da via eleita, em 6 de agosto de 2013, ao tentar a parte substituir o Recurso Especial (BRASIL, 2013). No intuito da mesma postulação, em diversa ocasião, ao ser impetrado o *Habeas Corpus* nº 269425/SP, esse, objeto da mesma relatoria, em 18 de junho de 2013, não foi conhecido pelo mesmo motivo acima exposto (BRASIL, 2013). De igual maneira, foi postulado em sede do *Habeas Corpus* nº 232734/DF em detrimento de Recurso Especial, no qual aquele não foi conhecido, em 26 de fevereiro de 2013. Nas palavras da Min. Maria Thereza de Assis Moura, utilizada nas três jurisprudências:

É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial (BRASIL, 2013).

Note-se que, muito embora as decisões sejam atinentes a matérias diversas - primeiro caso: tráfico de drogas; segundo caso: execução penal; terceiro: Lei Maria da Penha - nenhum foi óbice para que houvesse o impedimento da aplicação da jurisprudência pacificada na Corte. Portanto, conclui-se que o entendimento do STJ é praticamente idêntico ao da 1ª Turma do STF.

#### **4.2 Divergências jurisprudenciais no Supremo Tribunal Federal – posição da 2ª Turma**

Heráclito Antônio Mossin (2005, p. 455) esclarece que, ao verificar a norma

da Constituição Federal em matéria atinente ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, alínea “a”), não existe nenhum impedimento quanto à substituição desse pelo pedido original.

Como já mencionado acima, a 1ª Turma modificou sua jurisprudência de favorável a contrária. Ocorre, entretanto, que os julgamentos da 2ª Turma permaneceram a favor. Vejam-se ementas que ilustram tal questão:

Ementa: **HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERE LIMINARMENTE WRIT MANEJADO NO STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. UTILIZAÇÃO DO HC COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ORDINÁRIO OU EXTRAORDINÁRIO CABÍVEL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.** I - No caso sob exame, verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, que pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior. II – Esta Turma possui entendimento diverso do esposado pelo Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a utilização do **habeas corpus** como sucedâneo do **recurso ordinário** ou extraordinário cabível não obsta sua apreciação. Precedentes. III – Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a decisão atacada e determinar a apreciação do mérito pelo colegiado competente. Prejudicado o exame do pedido de liberdade provisória (HC 116225/SP, 2ª Turma, 14/05/2013, grifo nosso).

E ainda:

Habeas corpus. **2. Writ substitutivo de recurso ordinário em habeas corpus. Conhecimento do remédio heroico em razão da possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. Preliminar de não cabimento superada.** 3. O acórdão impugnado denegou a ordem de habeas corpus que objetivava desconstituir decisão condenatória, nos termos da revisão criminal proposta no Tribunal a quo. 4. A jurisprudência do STF aceita a confissão extrajudicial quando corroborada por outros meios de provas, admitindo, também, o testemunho de policiais na fase judicial. 5. Ordem denegada (HC 116437/SC, 2ª Turma, 04/06/2013, grifo nosso).

Ementa:

Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. **Peculiaridades do caso concreto.** Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus,** desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ conheça e aprecie o mérito do HC 165.768/MG (HC 108994/MG, 2ª Turma, 15/05/2012, grifo nosso).

É importante salientar que a 2ª Turma conheceu da ordem do julgado acima por unanimidade. Isso porque foi acertado, entre os julgadores, que uma vez peticionada pela defesa a aplicação de causa de diminuição de pena e alteração de regime, tal fato certamente influi na liberdade de locomoção, devido à pena e ao regime de cumprimento estabelecidos. Ora, ao falar-se em liberdade de locomoção, pensamos imediatamente em *Habeas Corpus!* Roberto Mangabeira Unger (2004, p. 142) acredita que o principal objetivo da análise jurídica é ser atrelada ao contexto social da incidência da norma - levando-se em conta a circunstância em que ocorreu o fato – a partir da análise de leis e decisões jurídicas anteriores.

Ementa: Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus,** desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS (HC 110118/MS, 2ª Turma, 22/11/2011 grifo nosso).

Nesse caso, relata a impetrante que a Constituição Federal e as demais normas não vedam a utilização do *Habeas Corpus*, ainda que seja adequada a impetração de recurso. Isso porque o remédio está inserido no artigo 5º, inciso LXVIII, da CF/1988 e tutela a liberdade de ir e vir do cidadão brasileiro e estrangeiro.

Como mencionou o Min. Celso de Mello, o importante na controvérsia era a questão da admissibilidade e pertinência do *writ*. Em sua opinião, esse não deveria ser prejudicado em sua eficácia e utilização por razões de puro pragmatismo. Segundo o Ministro, no voto do Min. Gilson Dipp do Colendo Tribunal Superior de Justiça no julgado, houve perigosa restrição quanto ao uso do *Habeas Corpus* que visa à manutenção do regime de proteção e amparo “à liberdade de locomoção física das pessoas”. Consoante relatou o Min. Gilmar Mendes na mesma ocasião, o remédio, de fato, jamais deve ser usado para rever matéria probatória. Contudo, se as provas já foram analisadas no momento oportuno, não haveria por que não conhecer do *Habeas Corpus*; afinal, o princípio que se zela no caso é o da “efetividade da proteção jurisdicional”. O Min. ainda adiciona que não há preclusão para impetração da ação; somente deve haver a observação do preenchimento dos requisitos. Outrossim, defendeu o uso do *writ*, pouco importando se foi manejado diante de decisão com trânsito em julgado ou não. Vejamos o raciocínio do Min. Ayres Britto no mesmo julgado:

entendo que esse epíteto de banalização do **habeas corpus** é como que incabível, e me parece que a natureza jurídica do **habeas corpus** é meio - digamos assim - incompatível com esse apodo, com esse epíteto de manejo banalizado, e parece-me inadequado, a não ser quando se faz uso sucessivo de **habeas corpus** com o mesmo objeto, com os mesmos argumentos para a mesma autoridade, aí é reiteração de pedido (grifo do autor).

Ele continua alertando que o instituto do HC tem por fim promover a maior das liberdades, que é a de locomoção, liberdade física, corporal e de usufruir do próprio corpo, até mesmo no momento de procurar um advogado.

Ementa: HABEAS CORPUS. CABIMENTO. NÃO-CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO DEDUZIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÃO PROCESSUAL PARA O TRÂMITE DA AÇÃO CONSTITUCIONAL DE HABEAS CORPUS. ORDEM CONCEDIDA. **1. Não se**

**pode estabelecer, como uma espécie de condição processual para o conhecimento do HC ajuizado no STJ, a prévia interposição de recurso especial** contra o acórdão proferido pelo tribunal de segundo grau, em sede de apelação. Condição processual, essa, que não recai do art. 105 da Constituição Federal de 1988, no sentido de que é da competência da Casa Superior de Justiça processar e julgar, originariamente, “os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da justiça Eleitoral” (alínea “c” do inciso I do art. 105 da Constituição Federal de 1988). Precedentes. 2. Ordem concedida para determinar que a autoridade impetrada conheça e julgue, como entender de direito, o pedido veiculado nos autos do HC 186.140 (HC 112186/PE, 2ª Turma, 14/02/2012, grifo nosso).

Nas palavras da impetração do HC acima:

Não se pode trazer como limite para a impetração do *habeas corpus* a simples condição de que haveria recurso cabível, pois, desta forma, tolher-se-á o direito a garantias postas e sobretudo ao *status libertatis*, haja vista que esse remédio serve justamente para combater ilegalidades que irão atingir a liberdade do ser humano, ainda mais necessário quando se constata, como no presente caso, o defenestrar de normas e princípios básicos (BRASIL, 2012).

Em outra ocasião, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 76182/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, foi ventilado sobre o real e possível cabimento do HC, “ainda quando o fundamento da impetração nem tenha sido aventado no Recurso Ordinário, nem dele se haja ocupado a decisão impugnada” (BRASIL, 1998). No julgamento do HC 110118/MS, vemos que o impetrante ajuizou o remédio do STF porque na instância inferior - o STJ - houve o não conhecimento do *writ*, por utilização inapropriada, em vez de se elegerem os recursos previstos na legislação ordinária (BRASIL, 2011). No julgamento do HC 112836/SE (BRASIL, 2013), o STF concedeu a ordem a fim de determinar ao STJ que analisasse o mérito do HC lá impetrado. Como também decidido no HC 110118/MS, o cabimento de recurso não impede admissão de HC.

Idêntico acordo teve o resultado de HC 76381/SP de 1998 – Rel. Min. Carlos Velloso, pertencente a 2ª Turma, no qual foi acertado que a regra acima (cabimento de HC ainda que matéria não tenha sido ventilada em via de Apelação) apenas não teria

validade em casos, por exemplo, de apelação que não possuíssem efeito devolutivo pleno<sup>3</sup>, e em hipóteses de apelação contra decisão de Tribunal de Júri, entre outras.

Observa-se:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA: APELAÇÃO: JULGAMENTO. POLICIAL. TESTEMUNHA: VALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA. PROVA: EXAME: IMPOSSIBILIDADE. I. - Julgando o Tribunal a apelação, dando-lhe ou negando-lhe provimento, nos casos em que o efeito devolutivo é pleno, torna-se ele coator, para futuros pedidos de habeas corpus, mesmo se as questões postas neste não foram ventiladas na apelação. Somente nas hipóteses em que a apelação não tem efeito devolutivo pleno, como, por exemplo, no caso de apelação interposta de decisão do Tribunal do Júri, é que essa regra não teria aplicação. II. - O simples fato de ser policial não torna suspeito ou inválido o seu testemunho. Precedentes do STF. III. - Inocorrência de cerceamento de defesa. IV. - A negativa de autoria e a alegação de que inexistente nos autos prova de sua participação no delito implicam o exame de todo o conjunto probatório, o que é inviável em sede de habeas corpus. V. - HC indeferido (HC 76381/SP, 2ª Turma, 16/06/98).

No HC nº 79551/SP – Rel. Min. Nelson Jobim - do ano seguinte (07/12/1999), por sua vez, indefere-se a substituição do *Habeas Corpus* por Recurso Ordinário somente porque não houve ventilação da matéria na instância anterior, STJ. Qualifica-se, então, supressão de instância, uma vez que o STF apenas conhece de HC de decisões de Tribunais Superiores.

Note-se, então, que essa tendência jurisprudencial da 2ª Turma é antiga.

Não apenas é admitida a substituição – ainda que a decisão sugere a interposição de outros recursos –, como já foi concedida a ordem em caso de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* intempestivo, como *Habeas Corpus* substitutivo. Veja-se:

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Recorrente condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 28 dias-multa, por ter praticado, no dia 3.2.2002, o crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 10, §§ 2º e 4º, da Lei 9.437/97) e o delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311, § 1º, do CP). **3. Possibilidade de**

<sup>3</sup> Efeito devolutivo é a capacidade dos recursos de modificar a ideia da matéria questionada. (ELIAS, 2010, p. 12).

**conhecimento de recurso ordinário em habeas corpus intempestivo como habeas corpus substitutivo. Precedentes.** 4. A independência das esferas administrativa e penal foi reafirmada pelo Tribunal Pleno, no julgamento da repercussão geral no ARE 691.306, rel. Min. Cezar Peluso, DJe (11.9.2012). 5. Recurso ordinário conhecido como habeas corpus, ao qual se denega a ordem (RHC 111931/DF, 2ª Turma, 04/06/2013, grifo nosso).

Entretanto, cabe ressaltar que muito embora o colégio aprecie a substituição do *Habeas Corpus* pelos Recursos Ordinário e Especial, a 2ª Turma não admite a substituição por determinados outros, como o Agravo Regimental, conforme segue:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTEMPESTIVIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. NÃO CABIMENTO DE HABEAS CORPUS. PROVA DE CAUSA DE PRORROGAÇÃO DE PRAZO JUNTADA APÓS O RECURSO INADMITIDO – NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO INTERPOSTO. ORDEM DENEGADA. 1. Não configura constrangimento à liberdade de locomoção decisão monocrática que não conhece recurso especial, cabendo à parte interessada interpor agravo regimental, com a finalidade de reexame dos pressupostos de admissibilidade recursal. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 626.358/MG firmou, por maioria, nova orientação jurisprudencial segundo a qual “pode a parte fazer eficazmente, perante o Supremo, em agravo regimental, prova de causa local de prorrogação do prazo de interposição e da consequente tempestividade de recurso extraordinário.” **3. O habeas corpus não é substitutivo recursal**, razão pela qual a prova de causa local de prorrogação do prazo de interposição de recurso **deve ocorrer em agravo regimental** contra a decisão monocrática que reconhecer a intempestividade do recurso especial. 4. Ordem denegada (HC 108901/SP, 2ª Turma, 02/04/2013, grifo nosso).

No julgamento do HC nº 109596/RJ de 05/02/2013, a 2ª Turma realçou o mesmo acordo, ao negar a substituição do *Habeas Corpus* pela Revisão Criminal, a não ser que ocorresse manifesta ilegalidade ou teratologia no momento da fixação da pena. Não seria, portanto, viável o reexame de elementos fundamentais nessa sede, pois tal fato dependeria da real apreensão das circunstâncias. Ao utilizar-se de igual fundamento, no HC nº 109004/SC foi entendido que o impetrante não seria merecedor da concessão da ordem, uma vez que: “Não configura constrangimento à liberdade de locomoção decisão que não conhece agravo de instrumento, pela ausência de seus

requisitos, não se prestando o habeas corpus ao reexame dos pressupostos de admissibilidade recursal” (BRASIL, 2013).

## CONCLUSÃO

Na realidade, há discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais a partir do conceito de *Habeas Corpus* e hipóteses de cabimento. Conclui-se que, de fato, não há um consenso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à substitutividade do instituto do *Habeas Corpus*. Na realidade, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais desde o conceito de *Habeas Corpus* e hipóteses de seu cabimento. Isso se dá porque cada Turma é um Colégio integrante e soberano da Casa, e os magistrados que lá operam têm liberdade jurídica - merecidamente outorgada - para se expressar consoante o que lhes parecer adequado.

Entretanto, podemos afirmar que a 1ª Turma – contrária à substituição – prioriza a formalidade processual: seus requisitos, suas exigências previstas em lei. A 2ª Turma, por sua vez, opta por valorizar o garantismo. Ou seja, o sujeito que se acha ou entende estar ameaçado – em baixa ou alta intensidade – merece buscar no Judiciário a resposta para o que o aflige, simplesmente por ser pessoa humana dotada das faculdades que o Direito lhe confere.

Não sendo relevante, agora, o posicionamento de cada Ministro, ressalte-se permanece a intenção de proteger a legislação e o que ela dispõe, sem se deter em posicionamentos pessoais aplicados em cada situação. Ou seja, de um modo ou de outro, o objetivo maior é de, sobretudo, fazer valer a ciência do Direito, o respeito maior a ele, seja observando os recursos – a lei escrita e restrita – seja moldando-o (eventualmente com certo esforço) às tão veneradas e procuradas garantias processuais. O que importa é, sim, garantir, ao menos, o acesso ao recurso

jurisdicional, a fim de garantir os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e outros.

É fato que, indubitavelmente, a jurisprudência geral acompanha a posição da 1ª Turma (contrária à substituição). São elas: o STJ, em concordância majoritária por todas as Turmas, e o TJDFT, em posição de plena aceitação da inteligência das duas Cortes Superiores. Torna-se então curiosa tal manifestação, uma vez que é contraditório esse posicionamento, já que contraria os princípios tão aclamados de Direito Constitucional e Processual Penal, que se constituem em sustentáculos da lei. Em outras palavras, os vários argumentos favoráveis à submissão dos recursos pelo *Habeas Corpus* (apoiados pelos princípios e pelas Declarações de Direitos Humanos) são esquecidos para dar vazão, unicamente, a uma fonte de Direito: a lei em sentido estrito, posterior àqueles, menos ampla e, principalmente, menos humanitária. Urge dizer que é como se os princípios não tivessem qualquer influência no momento de dizer o direito na prática.

## REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. *O princípio da fungibilidade dos recursos no novo código de processo civil*. Porto Alegre: Livraria editora Porto Alegre LTDA, 1978.

BARROS, Humberto Gomes de. *Discurso de posse*. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=551&tmp.texto=87057](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=551&tmp.texto=87057)>. Acesso em: 25 set. 2013. 20:15.

BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 108901/SP. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 02/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+108901%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+108901%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b4332qa>>. Acesso em: 12 jul. 2013. 19:01.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 109956/PR. Notícias STF: 1ª Turma muda entendimento sobre recurso em HC. Brasília, 08 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=214346>>. Acesso em: 05 ago. 2013.18:33.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 110118/MS. Ementa: Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM . Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília/DF, 22/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+110118%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+110118%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d4b6rkq>>. Acesso em: 12 jul. 2013. 18:38.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 110947/RS. CONSTITUCIONAL. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Órgão julgador: Primeira Turma. Brasília, 29/05/2012. Brasília, 29/05/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+110947%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+110947%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dxs4llg>> Acesso em: 12 jul. 2013.16:37.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 111015/MS. Processual Penal. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Órgão Julgador: Primeira Turma. Brasília, 21/05/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+111015%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+111015%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bsdmcx9>>. Acesso em: 12 jul. 2013. 16:52.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 113468/SP. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. Relator(a): Min. LUIZ. Órgão Julgador: Primeira Turma. Brasília, 19/03/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+113468%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+113468%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pml73lt>>. Acesso em: 12 jul. 2013. 16:24.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 114100/MG. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Órgão Julgador: Primeira Turma. Brasília, 21/05/2013. Disponível em: 12/07/2013. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+114100%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+114100%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l659oj>> Acesso em: 12 jul. 2013. 16:02.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 115877/SP SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. Relator(a): Min. ROSA WEBER. Órgão Julgador: Primeira Turma. Brasília, 21/05/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+115877%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+115877%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b9cq7a>>. Acesso em: 12 jul. 2013.16:12.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 116225/SP. CONSTITUCIONAL. PENAL. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 14/05/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+116225%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+116225%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/br8l8mm>>. Acesso em: 12 jul. 2013. 17:14.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 116437/SC. Writ substitutivo de recurso ordinário em habeas corpus. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Órgão Julgador: Segunda Turma, Brasília, 04 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+116437%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+116437%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8vo2fy>>. Acesso em: 05 ago. 2013>.17:05.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 3983/MG, Livro de registros de andamentos de *Habeas Corpus* - Supremo Tribunal Federal, nº 687, p. 128. 1916.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 67710/SP. HABEAS CORPUS ORIGINARIO. UTILIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO ORDINÁRIO, INCOMPETENCIA DO STF - NÃO CONHECIMENTO - REMESSA AO STJ. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Órgão Julgador: Primeira Turma. Brasília, 15/12/1989. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+67710%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+67710%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/apc7pln>. Acesso em: 04 out. 2013. 18:34.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 76381/SP. EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA: APELAÇÃO: JULGAMENTO. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 16/06/1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+76381%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+76381%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o3sajt7>>. Acesso em: 27 out. 2013. 19:17.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 82880 AgR/SP. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS: CABIMENTO. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, 23/04/2003. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82880%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82880%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ndxgy38>>. Acesso em: 12 jul.2013. 16:51.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RECLAMAÇÃO 317/DF. Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, 08/11/1989. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+317%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+317%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qef9aqs>>. Acesso em: 09 ago. 2013. 12:14.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. HABEAS CORPUS 20130020167030 DF. Relator(a): Min. Roberval Casemiro Belinati. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS QUE INDEFERIU PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal. Brasília, 01/08/2013. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23891085/habeas-corp-hbc-20130020167030-df-0017576-8320138070000-tjdf>>. Acesso em 26 out. 2013. 13:18.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS 177312 AC. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, 06/08/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23941836/habeas-corp-hc-177312-ac-2010-0116715-8-stj>>. Acesso em: 04 out.2013. 16:10.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS 232734/DF. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, 26/02/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23072824/habeas-corp-hc-232734-df-2012-0023476-7-stj>>. Acesso em 04 out. 2013. 16:32.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS 269425/SP. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO PENAL. Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura. Órgão julgador: Sexta Turma. Brasília, 18/06/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23555567/habeas-corp-hc-269425-sp-2013-0126016-0-stj>>. Acesso em 04 out. 2013. 16:20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 108994/MG. Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 15/05/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+108994%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+108994%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aqnnczr>>. Acesso em: 12 jul. 2013. 17:28.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 109004/SC. EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 14/05/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+109004%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+109004%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nbuy77h>>. Acesso em: 15 out. 22:05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 112186/PE. CABIMENTO. NÃO-CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO DEDUZIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator(a): Min. AYRES BRÍTTO. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 14/02/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+112186%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+112186%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bkz5jeg>> Acesso em: 12 jul. 2013. 18:49.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 112836/SE. EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 25/06/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+112836%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+112836%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pmyqrut>>. Acesso em: 15 out. 2013. 21:49.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 76381/SP. EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 16 de jun. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+76381%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+76381%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/76381>>. Acesso em: 12 jul. 2013. 17:28.

2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o3sajt7. Acesso em: 25 de out de 2013. 16:17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 79551/SP. EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. ACÓRDÃO DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. Relator(a): Min. NELSON JOBIM. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 07/12/1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+79551%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+79551%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cu4njla>>. Acesso em: 15 out. 2013. 21:56.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 111931/DF. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Órgão Julgador: Segunda Turma. Brasília, 04/06/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+111931%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+111931%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jwtugcm>>. Acesso em: 15 out. 2013. 22:01.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. O princípio da fungibilidade recursal – agravo de instrumento e apelação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 87, p. 49-64, jun., 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo; CALMON, Eliana (Coord.). *Direito Processual, inovações e perspectiva*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. v.4. 1. ed. Campinas: BOOKSELLER, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTELO BRANCO, Tales. *Teoria e Prática dos Recursos Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COCURUTTO, Ailton. *Fundamentos de Direito Processual*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

COELHO, Fábio Alexandre. *Teoria geral do processo*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus Liberatório, Preventivo, Profilático*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2001.

CONSULTOR JURÍDICO. Anuário da Justiça – *Explosão de direitos*, 2013.

CONSULTOR JURÍDICO. *A jurisprudência mudou para rejeitar o HC substitutivo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-10/anuario-mostra-jurisprudencia-mudou-rejeitar-hc-substitutivo>>. Acesso em: 17 set. 2013. 16:07.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias Processuais nos Recursos Criminais*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Art. XVIII. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 04 out. 2013. 17:06.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Art. VIII. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 04 out. 2013. 17:03.

DELMAS-MARTY, Mireille (Coord.). *Processo penal e direitos do homem - Rumo à consciência europeia*. Barueri: Manole, 2004.

DICIONÁRIO INFORMAL. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/teratol%C3%B3gico/>>. Acesso em: 09 out. 2013. 19:27.

DIDIER JÚNIOR, Freddie (Org.). *Ações Constitucionais*. 3. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2008.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Apelação – Os Limites Objetivos do Efeito Devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIA, Márcio Carvalho, O acesso à justiça e a jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores. *Revista do instituto dos advogados de Minas Gerais*, v. 16. Disponível em: <[http://www.academia.edu/3499271/O\\_acesso\\_a\\_justica\\_e\\_a\\_jurisprudencia\\_defensiva\\_dos\\_Tribunais\\_Superiores\\_-\\_Revista\\_do\\_Instituto\\_dos\\_Advogados\\_de\\_Minis\\_Gerais\\_v.\\_16](http://www.academia.edu/3499271/O_acesso_a_justica_e_a_jurisprudencia_defensiva_dos_Tribunais_Superiores_-_Revista_do_Instituto_dos_Advogados_de_Minis_Gerais_v._16)>. Acesso em 25 set. 2013. 20:11. s/d

FARIA, Márcio Carvalho. O novo Código de Processo Civil vs. a jurisprudência defensiva. (Coord: Tereza Arruda A. Wambier). *Revista de processo*, São Paulo, v. 37, n.210, p. 263-300, ago./2012.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e a função dos Tribunais Superiores. *Revista de processo*, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 105-144, jul./2012.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Habeas Corpus Doutrina, Prática e Jurisprudência*. 1. ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

FERREIRA, Fernando Amâncio. *Manual dos Recursos em Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: livraria Almedina, 2001.

GOMES, Magno Federici; RODRIGUES, Marco Aurélio Abrantes. Dúvida objetiva e fungibilidade recursal. *Revista da faculdade de direito do sul de Minas*, Pouso Alegre, V. 26, n. 1, p. 41-49, jan-jun., 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Habeas Corpus Crítica e Perspectiva*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

JORGE, Flávio Cheim. Requisitos de admissibilidade dos recursos: entre a relativização e as restrições indevidas (jurisprudência defensiva). (Coord: Tereza Arruda A. Wambier). *Revista de processo*, São Paulo, v. 38, n. 217, p. 13-39, mar./2013.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis – Teoria Geral e Recursos em Espécie*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LINTZ, Breno Linhares. *Prática Processual Penal – Doutrina, Jurisprudência e modelos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MACHADO, Nélio Roberto Seidl. *Liberdade, liberdade, habeas corpus sobre nós*. v. 2. Rio de Janeiro: N.R.S Machado, 1994.

MALCHER, José Lisboa de Gama. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo (Coord. Nelson Nery Júnior; Tereza A. Alvim). *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MESSINAS, Trajano Moriz. *Manual Prático dos Recursos do Código de Processo Civil*. vol. 1. 2. ed. Santa Cruz da Conceição: Vale do Mogi, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no Processo Civil*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTEIRO, André Luís. Duas providências do Projeto de Novo Código de Processo Civil para o fim da chamada jurisprudência defensiva – Uma evolução rumo ao pleno acesso à Justiça. (Coord: Tereza Arruda A. Wambier). *Revista de processo*, São Paulo, v. 37, n. 204, p. 263-280, fev./2012.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Projeto do novo Código de Processo Civil – Confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Kelly Cardoso Mendes de. Inclusão de incidente de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista jurídica Direito e paz*, Lorena/SP, ano XIV, n. 26, p. 227-250, 1º sem. 2012.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Recurso em matéria criminal - Doutrina, Jurisprudência, Modelos de petição*. 4. ed. Barueri: Manole, 2006.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 7. ed. Barueri: Manole, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios Constitucionais*. Barueri: Manole, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

NUNES, Rodrigues. *Habeas Corpus: completo e moderno manual pesquisa recente*. 2.ed. São Paulo: RG Editores, 1997.

OLIVEIRA JÚNIOR *et al.* CONSULTOR JURÍDICO, *A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo CPC*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2013-set-](http://www.conjur.com.br/2013-set)

06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>. Acesso em: 25 set. 2013. 19:22.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2011.

OLIVEIRA, Juarêz Cordeiro de. *Habeas Corpus - Manual Completo*. São Paulo: Éfeta, 1998.

PACHECO, José Hernani de Carvalho. *Habeas Corpus, Doutrina, Legislação, Jurisprudência e Prática*. v. 2. 7. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. Fungibilidade recursal no processo civil. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. XV, n 349, p. 59-60, ago., 2011.

PASSONI, Marcos Paulo; SILVEIRA, Fábio Guedes Garcia da. Breve abordagem sobre alguns princípios constantes no projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, São Paulo, ano 37, n. 211, p. 239-260, set. 2012.

PETRY, Marcelo José da Costa. *Habeas Corpus: aspectos políticos e jurídicos*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PIMENTEL, Francisco Mendes (Propriedade e direção) e PINTO, Estevão L. de Magalhães (escriptório e redacção). *Revista Forense*. Doutrina, Legislação e Jurisprudência, Bello Horizonte, vol. XXII, Fascículo 127-132, pag. 306, jul a dez. 1914.

REDONDO, Bruno Garcia. Fungibilidade no âmbito recursal: requisito para sua aplicação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36 n. 194, p. 13-33, abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Fungibilidade recursal: revisando seu requisito. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 100, p. 9-14, jul. 2011.

REMONATO. Da subsistência do princípio da fungibilidade recursal no Código de Processo Civil. *Revista perspectiva*, Erechim, v. 33, n. 122, p. 53-63, jun., 2009.

Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 136, pag. 1226, jun. 1991.

Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 178, pag. 1231, dez. 2001.

Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 186, n. 1, pag. 261-262, out/dez. 2003.

Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 197, n. 2, pag. 587-588., jul/set. 2006.

Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 197, n. 2, pag. 587-588, jul./set. 2006.

Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v.135, pag. 593, fev. 1991.

Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v.180, n. 3, pag. 962, abr./jun. 2002.

Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 152, pag. 140, abr. 1995.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. v. 3. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1991.

SIDOU, José Maria Othon. *Habeas corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA FILHO, José Paulino da. *Habeas Corpus nas constituições latino-americanas e especialmente no Brasil*. Belo Horizonte: inédita, 2002.

SILVEIRA NETO, Antônio; PAIVA, Mário Antônio Lobato. Fungibilidade recursal no processo civil – um modelo jurídico implícito. *Revista Consulex*, v. 5, Brasília, n.97, p. 21-24, jan., 2001.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos Recursos Constitucionais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

SOUZA, José Barcelos de. *Doutrina e Prática do Habeas Corpus*. 1. ed. Belo Horizonte: Sigla, 1998.

SOUZA, Sérgio Ricardo; SILVA, Willian. *Manual de Processo Penal Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TÁVORA Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Palavras do amigo aos estudantes de direito*. 1. ed. São Paulo: Juarez de oliveira, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal 4*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4.ed. São Paulo: RT, 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004.

VADEMECUM. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIEIRA, VÍCTOR. *STF recebe 20 vezes mais HCs que recursos ordinários*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-mai-22/supremo-recebe-20-vezes-habeas-corpor-recursos-ordinarios> >. Acesso em: 17 set. 2013. 16:00.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. *Revista de processo*, v. 31, n.137, p. 134-138, jul./2006.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. *Recursos no Código de Processo Civil- Teoria, Jurisprudência, Legislação e Prática*. Leme: EDIJUR, 2003.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. *Considerações sobre a “nova” vedação do habeas corpus substitutivo de recurso*. Tribuna Virtual, ano 01, ed. n. 3, abr. 2013. Disponível

em: [http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Edicao03\\_01\\_daniel.PDF](http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Edicao03_01_daniel.PDF). Acesso em: 02 set. 2013. 20:16.