

AO

EMINENTE MINISTRO PRESIDENTE DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL.

De São Paulo, SP, para Brasília, DF,
em 17 de Setembro de 2012

*Ref. : Manifestação do Movimento de Defesa da Advocacia –
MDA a respeito do posicionamento da C. Primeira Turma nos
autos dos HC n. 109.956/PR, que prevê a abolição do habeas
corpus substitutivo de recurso ordinário*

O MOVIMENTO DE DEFESA DA ADVOCACIA – MDA, entidade fundada no ano de 2003 em São Paulo, SP, integrada por um Conselho composto por 66 (sessenta e seis) Conselheiros e de que fazem parte aproximadamente 400 (quatrocentos) Associados, todos Advogados militantes, unidos, sobretudo, pela defesa intransigente das prerrogativas profissionais e pela valorização da Advocacia, vem, pelo presente Ofício, manifestar preocupação com a decisão tomada pela C. Primeira Turma desta E. Suprema Corte, no último dia 07.08.2012, no julgamento do HC n. 109.956/PR, de relatoria do eminente Ministro MARCO AURÉLIO, a respeito da mudança da jurisprudência – ao menos daquele C. Órgão fracionário – acerca da restrição, ou mesmo abolição, do habeas corpus substitutivo do recurso ordinário.

Para a melhor elucidação acerca da matéria, transcreve-se abaixo a ementa do referido julgado:

“Ementa. 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.

Decisão

Decisão: Por maioria de votos, a Turma julgou inadequado o habeas corpus como substitutivo de recurso ordinário, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Dias Toffoli, Presidente. Falaram: o Dr. Matheus Gabriel Rodrigues de Almeida, pelo Paciente, e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. 1ª Turma, 7.8.2012.”

Passa-se, assim, às razões do inconformismo por parte da Advocacia acerca do posicionamento adotado recentemente pela C. Primeira Turma deste Excelso Pretório, nos autos do aludido HC n. 109.956/PR, vencido o seu Presidente o Ministro DIAS TOFFOLI.

Em um país com proporções continentais como o Brasil, o *habeas corpus* vem desempenhando há mais de um século o importante encargo de reparar as ilegalidades e abusos de poder por parte das autoridades locais, garantindo acesso igual à Justiça para todos os cidadãos e cidadãs, independente do local onde se encontram.

Nesse contexto, é preocupante a sujeição de tão importante garantia constitucional ao procedimento moroso e burocrático dos recursos ordinários, mormente porque estamos a falar do bem mais caro do cidadão, que é a liberdade.

É verdade que alguns países não ostentam um sistema de *habeas corpus* tão amplo como o nosso, mas isto se dá porque são sensivelmente menores as distorções regionais verificadas nas democracias mais antigas, sobretudo as do velho continente,

em comparação com a nossa democracia, há pouco chegada à maioria.

Em virtude da recente redemocratização vivenciada no Brasil, e mesmo no tocante a tema tão relevante como o da liberdade de ir e vir, ainda é excessivamente oscilante a interpretação das leis e da Constituição de região para região, de juiz para juiz, de tribunal para tribunal, a exigir das Cortes Superiores --- vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça e este Pretório Excelso --- ainda o exercício de um papel insubstituível na salvaguarda da liberdade individual dos nossos cidadãos e cidadãs.

Prova disto é a recente decisão do Pleno deste STF, tomada em 10/05/2012, nos autos do HC n. 104.339/SP, que julgou inconstitucional a vedação abstrata à concessão de liberdade provisória em crimes de tráfico de drogas, invalidando parcialmente a provisão da espécie contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que obrigava o réu a responder preso ao processo por tráfico de entorpecentes independentemente das particularidades pessoais do indivíduo e do caso concreto.

Em outras palavras: o sistema jurídico que regula a liberdade de locomoção dos cidadãos brasileiros mostra-se ainda jovem demais para emancipar-se tão abruptamente dos auspícios desta Suprema Corte, obrigando sua constante vigilância, o que só é possível ocorrer mediante o conhecimento dos reclamos dos particulares postos em situação de ilegalidade ou abuso de poder.

Sabe-se que o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, embora não encontre previsão na legislação infraconstitucional, constitui remédio oriundo de embasada construção jurisprudencial tanto deste Pretório Excelso quanto do Superior Tribunal de Justiça, posto que amparado na própria garantia do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição, *verbis*:

“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”.

Como se verifica, o referido dispositivo da Constituição não traz qualquer impedimento ao uso do *habeas corpus* contra decisão que indefere outro *habeas corpus* em tribunal inferior --- o chamado “*habeas corpus* substitutivo de recurso

ordinário” ---, sobretudo quando a decisão atacada acarretar grave e patente constrangimento ilegal na liberdade de ir e vir do paciente. Ora, por se tratar dispositivo que traduz garantia de tutela da liberdade, jamais pode ser interpretado restritivamente em prejuízo do acusado; pelo contrário, tal como se dá com as normas penais e processuais benéficas, a interpretação deve dar-se, sempre, de forma a melhor assegurar a validade da garantia constitucional.

Por outro giro, a garantia do recurso ordinário de *habeas corpus*, prevista nos arts. 102, II, “a”, e 105, II, “a”, da Constituição --- ao contrário do quanto se sustentou no voto condutor proferido pelo eminente Ministro Relator MARCO AURÉLIO no HC n. 109.956 ---, não afasta, no entendimento da Advocacia, e com a devida vênia, o cabimento do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Isso porque o fato dos dispositivos acima referidos preverem o recurso ordinário de *habeas corpus* --- para o STF ou para o STJ --- não implica a proibição do manejo do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, sobretudo nos casos de grave e patente ilegalidade. No caso, e como já dito, o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário encontra respaldo na própria garantia do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal.

O *habeas corpus*, nesse contexto, sempre constitui ação constitucional autônoma, de defesa da liberdade, estando absolutamente desvinculada do instituto recursal. Tanto isso é verdade que --- corretamente --- não se sujeita a prazo ou forma, podendo até mesmo ser apresentado por quem não se reveste de capacidade postulatória.

A abolição do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, em prol exclusivamente do recurso ordinário de *habeas corpus*, trará consequências gravíssimas --- e ainda incalculáveis --- aos jurisdicionados da área penal, especialmente nos casos de patente ilegalidade na liberdade de ir e vir, que, por razões evidentes, não podem aguardar o trâmite moroso de um recurso ordinário, sob pena de adiamento indevido do conserto da ilegalidade que se busca sanar, e a consequente ineficácia da própria garantia constitucional.

Solicitamos vênia para prosseguir nos argumentos, haja vista que a matéria é delicada e extremamente preocupante.

As razões constantes do acórdão oriundo do julgamento sobre o qual se dá a presente manifestação --- HC nº 109.956 ---, data vênia, não se sustentam a uma análise mais aprofundada. Afora a fundamentação de que (i) o *habeas corpus*

substitutivo de recurso ordinário não encontra previsão infraconstitucional, tratando-se de mera construção jurisprudencial; e de que (ii) a Constituição não admite o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, senão o recurso ordinário de *habeas corpus* (art. 102, II, “a” e art. 105, II, “a”) --- questões estas acima já enfrentadas ---, o acórdão ora em debate traz a razão maior da pretensão de se abolir o *habeas corpus* substitutivo, qual seja, a alegada “sobrecarga de processos hoje notada”. Aduz-se simplesmente que “*atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de habeas corpus – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 habeas e 109 recursos ordinários e aquele, 16.372 habeas e 1.475 recursos ordinários*” (conferir voto do Min. MARCO AURÉLIO no HC nº 109.956).

Ora, com a máxima vênia, pretender-se aliviar a sobrecarga de processos justamente com a restrição do uso do *habeas corpus* --- que é o mais importante instrumento da liberdade --- constitui, com o devido respeito, providência que não se coaduna com a função maior da Suprema Corte, que é a defesa intransigente da Constituição.

De outra banda, tem-se que a alegada sobrecarga de processos no STF e no STJ --- o que, infelizmente, constitui fato verdadeiro e notório ---, não é causada pelo manejo do *habeas corpus*, senão pelo grande número de ações e recursos interpostos de outra natureza (não criminal) por pessoas físicas e jurídicas, inclusive de direito público.

É relevante notar que, conforme informação oficial constante do sítio desse Supremo Tribunal Federal (Assessoria de Gestão Estratégica – sítio acessado em 13.9.2012), no ano de 2012 foram autuados (ou seja, entraram pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal) 25.374 processos, sendo 4.592 de ações de classe Originária (onde se incluem os HC e os RHC) e 20.782 de ações de classe Recursal (incluem apenas os RE, ARE e AI). Ou seja, comparando-se tais dados com aqueles mencionados no voto condutor do HC nº 109.956, têm-se que, dos 25.374 processos autuados em 2012, somente 2.181 referem-se a *habeas corpus*, ou seja, os *habeas corpus* substitutivos de recurso ordinário --- que se pretende abolir --- representam somente cerca de 8,6% dos processos autuados em 2012 no STF.

Em poucas palavras: a abolição dos *habeas corpus* substitutivos de recurso ordinário reduzirá, quando muito, os processos em apenas 8,6%, mas o preço que se pagará por isso --- sob a ótica de direitos e garantias individuais --- será enorme e

desproporcional, não parecendo ser esse o melhor caminho para o Estado Social e Democrático de Direito que o Brasil constitui. Isto sem mencionar a avalanche de medidas cautelares inominadas que certamente invadirá o Supremo nos casos de urgência inadiável (prisão ilegal, p. ex.), em que o paciente não poderá aguardar todo trâmite --- moroso e burocrático --- do recurso ordinário no STJ.

Sob outro enfoque, é curioso lembrar que, no julgamento do *habeas corpus* sobre o qual se dá a presente manifestação --- HC nº 109.956 ---, acena-se, após julgar-se inadequada a via eleita, com a possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício, o que não deixa de constituir, data vênia, um paradoxo.

Isso porque a ilegalidade --- sanável, agora, por *habeas corpus* de ofício --- somente chegou ao conhecimento da Corte por meio do manejo do remédio tido por incorreto. Em outras palavras: não fosse o *habeas corpus* substitutivo, jamais a ilegalidade poderia ser sanada imediatamente, devendo o paciente aguardar todo o processamento do recurso ordinário na instância inferior (STJ), inclusive com a colheita de contrarrazões e juízo de admissibilidade (ou de processamento), dentre outros procedimentos incompatíveis, muitas vezes, com a urgência na solução de certos casos.

O mesmo ocorreu no julgamento do HC n. 108.715, também da C. Primeira Turma, em que, não obstante tenha julgado inadequado o *habeas corpus* substitutivo, houve por bem **conceder a ordem de ofício**, de modo a fazer cessar a ilegalidade sob cujo jugo se encontrava o cidadão (o excesso de prazo da prisão cautelar). **Ou seja, não fosse o manejo na espécie do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, os eminentes Ministros deste Pretório Excelso sequer teriam tomado conhecimento da ilegalidade praticada pelo Tribunal coator, o que inviabilizaria o saneamento do constrangimento ilegal verificado !**

Ora, o cabimento de *habeas corpus* de ofício constitui solução remediadora que não resolve, e que se tornará obviamente impraticável se barrados forem os *habeas corpus substitutivos* de recurso ordinário apresentados, sem qualquer análise acerca da urgência do pedido ou a manifesta e grave ilegalidade do caso concreto.

Daí porque, efetivamente, pretender-se impedir o manuseio do *habeas corpus* tão somente porque existe previsão legal acerca do recurso ordinário constitui,

sem dúvida e com o devido respeito, um enorme atentado para o Estado Social e Democrático de Direito.

A prevalecer no Pleno deste Pretório Excelso o entendimento exarado pela C. Primeira Turma nos autos do HC n. 109.956 --- decisão que, é bom lembrar, foi tomada por maioria de votos ---, haverá um verdadeiro retrocesso em termos de direitos e garantias individuais, uma vez que eventuais ilegalidades praticadas pelos Tribunais inferiores (Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais) ou mesmo pelo STJ, não obstante a sua gravidade, somente poderão ser sanadas por meio do recurso ordinário de *habeas corpus*, sujeito a prazo e procedimento próprio, muitas vezes incompatível com a urgência do caso concreto.

Contudo, as distorções e as injustiças que poderão decorrer da eventual alteração da jurisprudência acerca do tema não param por aí.

Veja-se, por exemplo, a questão da Súmula 691 desta Suprema Corte, segundo a qual *“não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de Habeas Corpus impetrado contra decisão do relator que, em Habeas Corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”*. Sabe-se que, não obstante a validade da referida Súmula, a jurisprudência deste Pretório Excelso a tem relativizado, admitindo-se o processamento do *habeas corpus* contra indeferimento de liminar no tribunal inferior, nos casos excepcionais de patente e manifesta ilegalidade.

Pois bem, tal matéria não foi enfrentada pelos Ministros da C. Primeira Turma por ocasião do julgamento do HC nº 109.956/PR, o que revela que S.Exas. não deixaram de admitir alguma contradição entre a proibição do uso do *habeas corpus* contida na Súmula e a necessidade de se examinar o caso concreto para decidir se a hipótese é ou não de mitigação do verbete.

Daí porque, a prevalecer o entendimento da C. Primeira Turma, toda a jurisprudência que se formou acerca da superação da Súmula 691 para permitir o conhecimento dos *habeas corpus* em caso de patente ilegalidade, em tese, cairia por terra. Assim, o cidadão atingido pela ilegalidade (indeferimento da liminar no STJ, por exemplo), estaria terminantemente impedido de manusear o *habeas corpus* para o STF, tendo de aguardar o julgamento do mérito para, somente a partir daí, ingressar com o recurso ordinário de *habeas corpus* ! Ocorre que, conforme a gravidade do caso, tal recurso poderá ser tardio demais.

O posicionamento adotado pela C. Primeira Turma, vencido o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, traduz, com a devida vênia, precedente daqueles que acabam por conferir larga margem para distinções e interpretações indevidas, pois, em vez de se impor uma regra clara, aplicável *erga omnes*, como se espera que sejam as diretrizes do STF, passa a admitir, em casos de extrema e patente ilegalidade, o *habeas corpus* de ofício.

Sim, pois sendo verdade que, caso a caso, o recente posicionamento da C. Primeira Turma poderá ser mitigado, como mitigado foi no próprio julgamento daquele caso concreto (HC n. 108.715), é de se inferir que o cabimento do *habeas corpus* substitutivo deverá ser casuisticamente considerado, o que não se pode evidentemente admitir.

A presente manifestação não poderia se encerrar sem a transcrição do breve e correto voto vencido proferido pelo Ministro DIAS TÓFFOLI, nos autos do aludido HC n. 109.956/PR, segundo o qual não se pode restringir ou inviabilizar o manejo do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, *verbis*:

“VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE): *Peço vênia à douta maioria formada para me alinhar à jurisprudência da Corte, tanto da Primeira Turma, até o dia de hoje, quanto da Segunda Turma, entendendo viável e cabível a via do **habeas corpus**. Desde o Código Processual Penal do Império, é previsto que, sempre que um juiz, ou tribunal, se depare com uma ilegalidade, ele deve conceder a ordem, mesmo que de ofício, se for o caso de constrição à liberdade de ir e vir do cidadão. Não vejo como colocar peias à viabilização do acesso do **habeas corpus** como substitutivo do recurso ordinário. Mas me curvarei à douta maioria, a partir dos próximos julgamentos; porém, consigno o meu voto vencido. E proclamo o resultado, que - desde já registro - consigna uma alteração da jurisprudência desta Primeira Turma, razão pela qual até chamo a atenção do setor de comunicação deste Tribunal, e dou o destaque necessário, para que dê publicidade a este julgamento,*

*exatamente para dar a publicidade devida aos senhores advogados, aos operadores do Direito e aos cidadãos, que também podem impetrar a ordem de **habeas corpus**".*

Por ser inato à profissão de Advogado o contato diário com as insatisfações e queixas mais corriqueiras advindas dos usuários da Justiça, e por ser a Advocacia a carreira --- tradicionalmente e por vocação constitucional --- interlocutora dos anseios do cidadão comum perante o Poder Judiciário, o MDA se vê no dever de externar preocupação com o recente entendimento adotado pela C. Primeira Turma, nos autos do aludido HC n. 109.956.

Isto porque em um país onde --- lamentavelmente --- a desigualdade ainda é a maior chaga da vida social, sendo indiscutível que a questão a respeito do acesso à Justiça é uma das que mais evidenciam este mal, será um retrocesso perigosíssimo para a cidadania estatuir posicionamentos que restrinjam, de qualquer forma, a garantia do *habeas corpus*, ainda quando apresentados em processos nos quais caberia o recurso ordinário, posto que o trâmite deste é moroso e, por isso, muitas vezes incompatível com a urgência do reclamo trazido no *habeas corpus*.

Em conclusão, a Advocacia entende que se mostrará mais salutar a manutenção do sistema atual, que de atual não tem nada, pois remonta ao início do século XIX, e segundo o qual as ilegalidades e os abusos de poder denunciados ao STF são examinados caso a caso, garantindo-se, assim, o acesso indistinto de todos os cidadãos à Justiça, sem peias formais à petição mandamental.

Por todas estas razões, o **Movimento de Defesa da Advocacia – MDA** vem, com o devido respeito, se manifestar contrariamente ao posicionamento formado pela C. Primeira Turma do STF, nos autos do HC nº 109.956, requerendo, à luz dos fundamentos ora trazidos à colação, e considerando a seriedade e gravidade envolvidas na questão em debate, seja o assunto rediscutido e apreciado, com a costumeira serenidade e inigualável sabedoria, pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal.

Com os votos de elevada estima e distinta consideração e agradecendo desde já a atenção que ao presente Ofício for dispensada, subscrevemo-nos,

Cordialmente,

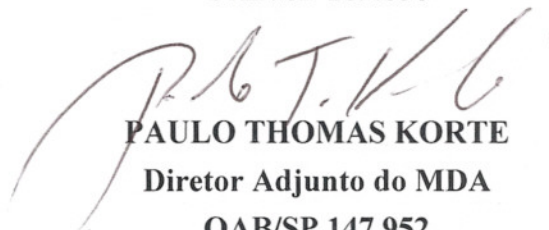
MDA – MOVIMENTO DE DEFESA DA ADVOCACIA



MARCELO KNOEPFELMACHER

Diretor Presidente do MDA

OAB/SP 169.050



PAULO THOMAS KORTE

Diretor Adjunto do MDA

OAB/SP 147.952



FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO

Presidente da Comissão de Assuntos Penais do MDA

OAB/SP 146.720



FABIO TOFIC SIMANTOB

Membro da Comissão de Assuntos Penais do MDA

OAB/SP 220.540