

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Inicialmente, aponto a existência de pronunciamento de Colegiado indeferindo a ordem. Consigno a óptica sobre a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional.

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão – o *habeas corpus*. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada – praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição –, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, 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 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

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 a sistemática. O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior,

não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea “a”, e 105, inciso II, alínea “a”, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumprе implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importando a justificativa plausível destas – no caso, constitucional –, salvando-se, e esta é a expressão própria, o *habeas corpus* em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira – na espécie, o inexistente, normativamente, *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina

judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à possibilidade de concessão da ordem de ofício, até aqui, a defesa não encontrou ressonância, no Juízo, no Tribunal de Justiça e no Superior, no tocante às diligências buscadas. Observem a organicidade do Direito.

O Juízo, ao indeferir as diligências múltiplas pleiteadas pela defesa, fez ver que o médico-legista prestou esclarecimentos, o mesmo acontecendo considerado o Instituto de Criminalística. Além de inexistir divergência, relativamente a estes, no que diz respeito ao modo alusivo à prática do crime, não houve a explicitação da justificativa para a prova pretendida. Os peritos teriam asseverado a ausência de descompasso a respaldar nova perícia. O Juízo apontou que, se fosse preciso proceder à reconstituição do crime, isso ocorreria, devendo-se, antes, ouvir o acusado.

Em relação à problemática da trajetória do projétil, ter-se-ia o laudo pericial, presente o exame das fotos e a necrópsia implementada. Sob o ângulo do número de disparos, haveria ficado elucidado que as duas feridas verificadas corresponderiam à entrada e à saída do projétil. O Juízo afastou a exumação do corpo, porque desnecessária ante os elementos colhidos.

Ressaltou, mais, a óptica do perito atinente ao lapso temporal decorrido entre a data do fato e a atual, aspecto a inviabilizar a idoneidade de análise do local da prática criminosa. Fez ver a possibilidade de ouvir os peritos em Juízo, sendo que o delegado de polícia elucidara as dúvidas reveladas nos itens 5 e 6 do requerimento. Nesse ponto, determinou oficial-se ao Instituto de Criminalística para apresentação dos laudos periciais no tocante aos quais poderia a defesa pleitear esclarecimentos.

Ante o contexto, não há campo para o deferimento de ordem de ofício.