

**O HC NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO HOJE  
(O PROBLEMA DA SUBSTITUIÇÃO RECURSAL)\***

**Jacinto Nelson de Miranda Coutinho\*\***

**Não há sistema processual penal que suporte incoerências internas de relevância (mormente se se quer a ele como democrático) porque a tendência é cada um dispor dele da forma que melhor lhe apraz e como se não existissem regras, tudo com um posterior, difícil e complexo controle, não raro deficiente ou indevido.** O resultado – metaforicamente falando – é uma aparente esquizofrenia, com as consequências daí decorrentes.

No Brasil de hoje, quando se vive um concreto conflito entre o sistema de um CPP de 70 anos – que deveria ser *aposentado compulsoriamente* ou *executado por crime de lesa-cidadania* – e a **Constituição da República**, há os que não querem mudanças porque elas são contra seus interesses (para dizer o mínimo), como é o caso dos *repressivistas* de todas as ordens e graus, alguns já sem muita vergonha de dizerem o que são e o que pensam; mas também de alguns grandes advogados, em geral bem situados e acomodados a permissões (demandadas sempre como direitos: Jean-Claude Milner), logo transformadas em prerrogativas. **Para eles é melhor o sistema inquisitório do CPP àquele acusatório da CR/88**, mormente no espaço de uma visível incoerência gerada desde 1941 por *reformas parciais* e *jogos retóricos de uma hermenêutica descompromissada com a cidadania, ou melhor, com a cidadania dos outros*, hoje aglutinados na noção de *excluídos*.

Assim, não lhes interessa mudar e quando as mudanças se impõem, fazem força para que tudo – na mudança – permaneça como sempre foi; da forma eternizada por Lampedusa.

No fundo, o *status quo* lhes é cômodo; e não poderia ser diferente. Por trás de tudo

---

\*. O presente texto foi preparado em outubro de 2011 para o Caderno Jurídico da OAB/PR de novembro daquele ano, o qual acompanha o jornal mensal; e ali apresentado. Agora, com novos dados e decisões que se endereçaram no sentido daquilo que vinha indicado nele, fez-se mister atualizar os dados e novos comentários visando dar a ele maior extensão, tudo para reforçar o viço do que vinha proposto.

\*\* . Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (Universidade de Roma “La Sapienza”). Coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Advogado. Procurador do Estado do Paraná. Presidente da Comissão da Advocacia Criminal da OAB/PR. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

está, de regra, uma descoberta interessante, auferida na prática, especialmente para os que sempre foram *positivistas de formação e particularmente legalistas por interesse*: o Direito, sem ser jusnatural, é muito mais que positivismo e legalismo!

É daí que, por exemplo, alguns advogados deslumbrados pelo trânsito fácil nos gabinetes do Poder, dentre outros de juízes, desembargadores e ministros (mas não todos!), sentem-se na tranquilidade de uma **linguagem protagonista** construtora de “qualquer coisa” em tempos de **solipsismo jurídico**, isto é, de um **magistrado que faz o que quer, que diz qualquer coisa sobre qualquer coisa**, como vem denunciando insistentemente Lenio Luiz Streck e outros, **tudo sem nenhum (ou quase nenhum) constrangimento**. Sendo assim, tudo fica mais fácil, tenha-se direito ou não. Se se tem, ótimo. Se não se tem, dá-se um jeito, sempre na via da hermenêutica, em face da permeabilidade do sistema. É um verdadeiro *direito alternativo às avessas*; esse sim deletério à cidadania, como sempre foi e como sempre souberam todos, ou seja, *um direito no qual se trabalha nas fissuras dele (sistema) para se poder dizer e fazer prosperar as próprias verdades, quando não os próprios interesses*.

Não é de estranhar, porém, que já se tenha reações desmedidas e altamente prejudiciais v.g. com ministros que não permitem a seus assessores falarem com advogados e eles mesmos dificultarem ao máximo qualquer contato, com um alheamento providencial tanto quanto perigoso em um período onde não se lê tudo (e quando se lê) com a devida atenção. E isso em uma Brasília desde sempre conhecida pelo fato de ser, em boa parte dos casos, mais fácil falar com os Ministros do que com alguns Desembargadores, nos Estados e Regiões, e alguns juízes de primeira instância pelo país todo, algo sempre apresentado como sintoma da agitação de fantasmas pessoais e, portanto, marcado por uma outra cena, não raro passível de pena. Os grandes magistrados, em verdade, reconhecidos pelo conhecimento e uma reputação ilibada – e são muitos, para sorte de todos –, nunca tiveram medo de nada, muito menos de advogados; e nem deles mesmos.

Por evidente, **um sistema processual penal coerente desloca as relações pessoais e os contatos eventuais para os seus devidos lugares; e as portas podem estar abertas a todos e não só a alguns.**

Pois bem.

**Uma das maiores incoerências do sistema processual penal atual diz com a situação do *habeas corpus*, o qual principalmente após a CR/88 substituiu, em larga escala, na prática, os recursos do CPP, com prós e contras.**

Sem muito compromisso com as *regras do jogo* (que sabem poder manipular) e

incentivados por uma cultura popular *repressivista* conduzida pelos meios de comunicação e ideologicamente fincada no pensamento neoliberal, **muitos juízes, na falência dos postulados da Filosofia da Consciência (marcada por um “eu’ que diz a Verdade”)**, têm *adotado (ingenuamente ou propositadamente) posturas solipsistas e, como justiceiros, têm – em geral com boas intenções se observadas pelos seus pontos de vista – infligido baixas pesadas à ordem constituída e, em especial, aos direitos e garantias individuais.*

**Para tais situações, o sistema recursal do CPP, idealizado para um juiz “cumpridor da lei”, perdeu efetividade e, assim, contabilizaram-se – e se contabilizam – injustiças inomináveis.** Por conta disso – principalmente – **os próprios magistrados, no sistema de controle dos atos jurisdicionais, viram no HC, após a CR 88, uma saída rápida e eficaz, razão por que, de uma matriz de garantia ao direito de ir e vir acabou ele estendido a qualquer violação de direito.**

Era sintomático que se chegasse, assim e por conta disso (uma extensão tão grande tanto quanto indesejada por seus efeitos óbvios), aonde se chegou, ou seja, na quase superação (pela substituição) do referido sistema recursal.

Paga-se, para tanto, um preço alto, muito alto. Veja-se.

**A substituição camufla o número de recursos (pelos quais não se opta, sempre que possível, porque demorados quando se tem urgência) e mascara a necessidade (inarredável) do aumento do número de juízes (em geral) mas, sobretudo, no STJ, que apresenta dados alarmantes e que dizem muito, da quantidade à qualidade. Só em 2011 foram distribuídos e registrados (conforme consta do *site* oficial), 36.125 *habeas corpus* originários, o que faz deles, por certo, campeões das distribuições, mesmo porque o número de REsp (70.422), Ag (64.475) e AResp (96.209), computam recursos do cível e do crime em todas as demais matérias que não a criminal. Preocupante, em face de tal problema e em razão da *competência* é, no mesmo período, terem sido distribuídos, no STF (conforme consta do *site* oficial), 3.788 *habeas corpus* originários.**

Por elementar e como sabem todos, **quanto mais se criam obstáculos ao REsp e ao RExt em matéria criminal, maior é o número de *habeas corpus* originários, a maior parte substitutivos daqueles.** Sabe-se bem, porém, a razão pela qual se chegou em tal situação; e a importância capital que tem para a cidadania uma via rápida de solução para as questões criminais de maior premência. Como referiu Carnelutti, com precisão, tais questões tratam do *ser* e não do *ter*. Despiciendo, portanto, discutir e demonstrar a relevância.

Antes de tudo, **vê-se logo que se trata de um instrumento processual democrático**

**porque**, mesmo se se considerar que não abarque a todos que poderia abarcar, pelo número já se percebe que **atinge um contingente de cidadãos que, sem qualquer dúvida, necessitam da jurisdição**. Nos 36.125 *habeas corpus originários* do STJ estão, com razoável certeza, aqueles que mais têm e, portanto, contratam advogados para cuidar dos seus direitos e garantias, mas, sem qualquer dúvida, também muitos daqueles que não têm e, por isso, têm uma via de acesso aos tribunais superiores seja pelos seus defensores públicos, seja por aqueles dativos.

O número elevadíssimo de *habeas corpus*, contudo, tem várias causas, mas uma dentre elas é a principal (a dissintonia do CPP com a CR), a qual não se vai alterar sem uma mudança global do CPP e seu sistema inquisitorial. Logo, **os writs, do jeito como estão alojados, hoje, no sistema processual penal, apareceram e são uma solução – embora momentânea – para um seriíssimo problema que envolve direitos e garantias fundamentais da maior relevância**.

Voltar atrás, portanto, é sim possível – em tempos *solipsistas* nos quais quem tem poder faz ou diz quase tudo que quiser – mas sob o preço de negar, mas mais larga extensão, direitos e garantias fundamentais, *aos que mais têm e aos que menos têm*. Para tanto, já começam a aparecer nos tribunais – o que se pode constatar facilmente pela simples leitura dos meandros dos arestos – os que não estão dispostos a trabalhar em favor da causa do *habeas corpus substitutivo* porque o que não querem mesmo é a faina (e para esses seria com qualquer matéria, sem se importar com os efeitos que ela possa ter), mas também aqueles que não suportam mais o excesso de trabalho com tais *habeas corpus*, justo porque se dão ao esforço de tentar lutar por eles em face daquilo que representam para a cidadania. Esses, obviamente, vão à causa e reclamam da substituição (como era previsível desde há muito) olhando, de um lado, para um ajuste técnico da questão (muito difícil quando o problema, sendo como é, seja sistêmico), mas, do outro, na necessidade de efetivação da precitada reforma global do CPP, sem a qual não se consegue vislumbrar solução factível. Os prejuízos para a cidadania são muito altos e inexplicáveis – e vai piorar –, enquanto não se faz o que deve ser feito.

**Compreensível, tanto quanto inaceitável, então, é a referida posição de ministros e desembargadores na direção de tolher, desde logo e sem qualquer mudança do *status quo*, o uso invulgar do HC**, não raro atribuindo-se a responsabilidade pelo excesso aos advogados simplesmente por usarem a garantia que a lei atribui aos pacientes.

Nesta matéria não há segredo: diante de um quadro de excesso de trabalho (embora

ainda pareça pouco em face da estrutura conflituosa reprimida em uma sociedade sem meios de acesso à jurisdição) e restrições absurdas ao REsp e ao RExt, somadas à frequente deficiência da qualidade do controle das decisões nos *tribunais de apelação*, algo há de ser feito; e urgente.

Em verdade, **em tal quadro a saída pelo HC foi uma tentativa paliativa de solucionar um problema que aponta à deficiência na distribuição da Justiça, mas que, por certo, não só não vai resolver muita coisa como, também, tende a colocar (é só verificar os números) em colapso o próprio julgamento do *habeas corpus*; e em risco os cidadãos porque se expõe a garantia fundamental (da qual não se pode abrir mão) às mesmas restrições dos REsp e RExt, além de outras.** Tal risco, agora, vai-se fazendo realidade; e dolorida.

Como parece claro, a tendência dos ministros é caminhar na direção da restrição aos *writs*. Assim, para confirmar a previsão, o recente entendimento do STJ é no sentido de ser necessária (e pelo que se entendeu, imperiosa) a “*racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal*”, de modo que as “*hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.*”<sup>1</sup> Em sendo assim, “*para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória*”, justamente porque – e prossegue – “*o writ não foi criado para a finalidade aqui empregada, a de discutir a dosimetria da pena*”, sob pena de, segundo tal entendimento, o recurso especial se tornar totalmente inócuo.<sup>2</sup>

Argumenta-se, ainda, no sentido de que a utilização do *writ* fora da sua inspiração originária foi muito alargada pelos Tribunais e, diante desse pano de fundo, é preciso impor limites, em homenagem à própria Constituição da República de 1988, tudo para que “*não se*

---

<sup>1</sup> HC 178371/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012.

<sup>2</sup> HC 135846/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011. No mesmo sentido é o entendimento nos seguintes julgados, todos de relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura: HC 222703/MS, 157616/SC, AgRg no HC 240761/DF, AgRg no HC 239957/TO, HC 136079/MS, 139961/SP e 191598/AC.

*perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.*”<sup>3</sup>

Ademais, segundo a Min. Maria Thereza de Assis Moura, o *habeas corpus* não é panaceia (a expressão utilizada é dela), razão por que a usa para justificar que ele “*não pode ser utilizado como um ‘super’ recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos*”, pelo contrário, ele deve – sim – “*se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir*”.<sup>4</sup>

**Que o *habeas corpus* – como se diz – está dentro de uma “*via estreita*” ninguém duvida. Daí sua *excepcionalidade*, a qual se tratou de superar para lhe atribuir uma *estrutura ordinária* que não tem e não deve ter, para fazer as vezes dos recursos. E tudo por uma razão banal: a precitada *via estreita* não acolhe (a não ser que se queira!) discussão em matéria probatória e outras, logo, a questão de fundo só vai apreciada quando o julgador (ou julgadores) quiser(em). Eis por que há tanto registro e distribuição de HCs originários e tão pouca concessão, em considerando o número global.**

Deste modo, **as dificuldades inerentes à estrutura não permitem a todos – em que pese o número elevadíssimo de impetrações – o uso do *writ* (a começar pela questão territorial e localização dos tribunais) e, quando isso ocorre, nem sempre a matéria é apreciada, pelo menos como deveria ser se de um recurso se tratasse, como é despidendo discutir.** Como disse Alexandre Morais da Rosa alhures, “Ele [o HC] cura somente quem possui a receita ministrada por alguns médicos/advogados. O Imaginário do HC promove ainda o modelo. [mas] O ‘mito’ da beleza do HC se desfaz nos votos concretos.”

Por fim, há de se perceber que o STF, pela maioria dos seus ministros, ainda não apontou na direção da restrição, quiçá por força da matriz constitucional, embora a matéria já tenha sido ventilada na corte.<sup>5</sup> O STF, porém, por si só e em tal matéria, não consegue deter o imenso prejuízo que pode advir das decisões restritivas do STJ e outros tribunais, mormente em relação aos menos favorecidos.

**Conclusão 1: mais uma vez os menos favorecidos pagam a conta pela balburdia e**

---

<sup>3</sup> HC 181117/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 24/02/2012. No mesmo sentido, HC 185724/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 20/03/2012. No mesmo sentido é o entendimento nos seguintes julgados, todos de relatoria do Min. Gilson Dipp: HC 200936/RS, HC 183465/MG, HC 236465/SP, HC 238983/SP, HC 223173/SP, HC 223145/SP, HC 222217/SC, HC 222070/ES, HC 239384/SP, HC 240141/RS, HC 215916/MG.

<sup>4</sup> AgRg no HC 239957/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 29/05/2012, DJe 11/06/2012.

o descalabro do sistema processual penal brasileiro, embora, agora, com a tentativa de volta ao *status quo ante* dos *habeas corpus*, todos tendam a pagar, o que é muito pior porque se desloca o problema para outros lugares e implica colocar luz sobre o *modus* de funcionamento dos tribunais.

Conclusão 2: em face da CR o *habeas corpus* pode ter função substitutiva e é conveniente à cidadania, hoje, que, diante dos casos concretos, tenha, de modo que a volta ao seu lugar de origem, como se tenta fazer e se tenda a conseguir, é um retrocesso imenso que se não deve sustentar, pelo menos enquanto não se tem uma reforma global do CPP, com sua adesão ao sistema acusatório.

Conclusão 3: não se duvida que é preciso voltar ao sistema recursal, mas a ele é imprescindível a coerência, algo que se não tem no CPP de 41 e, assim, ofende-se a CR.

Conclusão 4: o sistema recursal só terá coerência, mesmo em uma matriz constitucional e, portanto, acusatória, se partir da maior extensão da presunção de inocência (como tenta fazer, hoje, o STF), de modo a permitir a absoluta prioridade aos casos urgentes e que se não coloque no mesmo patamar tempo razoável do processo com decisões imaturas.

Conclusão 5: mesmo porque se assim não for, as injustiças continuarão e mais uma vez se voltará aos *habeas corpus* substitutivos, com os advogados tentando (mesmo porque estão nos seus papéis e são contratados para tanto) até encontrarem um juiz com condições para os conceder.

Conclusão 6: saber-se-á, então e quem sabe, o que é ou deve ser o *devido processo legal*; e que ele não se presta – nem deve se prestar – tão só para alguns; muito menos para se fugir do enfrentamento às injustiças e de eventuais ofensas aos direitos e garantias individuais.

---

<sup>5</sup> Sobre o tema v., no Consolador Jurídico de 21.05.12 ([www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)), do jornalista Marcos de Vasconcellos, a matéria “Maior quantidade de HCs não justifica restrição”.