

Habeas Corpus estã; sendo grosseiramente amesquinhado no novo CPP

Em que pese a retórica garantista da Comissão que elaborou o Projeto do Código de Processo Penal, expressa com eloquência na Exposição de Motivos, o Habeas Corpus, a garantia mais importante do cidadão em face do poder punitivo estatal, vem, pesa dizê-lo, grosseiramente amesquinhado. Sem exagero, pode-se dizer que o Estado Novo getulista, no ponto, produziu não apenas algo afinado *avant la lettre* com a Constituição de 1988, mas melhor em termos de disciplina do *writ*, mais liberal e consistente em termos de defesa do cidadão. Tem-se a decepcionante impressão que a busca por maior agilidade no caminhar do processo penal, na propalada luta contra a impunidade, só valeu para incrementar os esforços repressivos. No que diz, porém, com a preservação de um instrumento ágil em defesa do cidadão diante de abusos dos agentes estatais (delegados de polícia, membros do ministério público e juizes), suprime-se a possibilidade de se questionar a falta de justa causa para a instauração do inquérito policial ou da ação penal. A prevalecer o Projeto, os advogados deverão manejar um agravo. Recurso mais lento e com balizas mais restritas. Evidente o prejuízo como desde logo se percebe.

Para a extirpação da “falta de justa causa” como fundamento para a impetração do Habeas Corpus alega-se que o remédio heróico tem se prestado à procrastinação ou protelação das ações penais. O argumento, além de manifestamente improcedente, enganoso mesmo, parece ecoar o apelo feito por pequenos (e poucos) déspotas (juizes de primeira instância), de que o Habeas Corpus não poderia ter o condão de interromper o curso de uma ação em virtude de liminar concedida por desembargador ou ministro de Tribunal Superior. É preciso, em alto e bom som, dizer que o Habeas Corpus não tem efeito suspensivo e passa ao largo da ação penal, pois tramita em outro grau de jurisdição. Só mesmo quando, examinando o caso concreto, é que, a autoridade judiciária superior, presentes os pressupostos autorizadores da concessão de uma medida cautelar, em caráter excepcional, concede a medida cautelar para suspender a ação penal e evitar prejuízos irreparáveis ao cidadão. Do contrário, que é a regra, a ação penal tramita sem qualquer embaraço.

Não bastasse a amputação do Habeas Corpus no que diz com a conjuração do constrangimento ilegal decorrente da falta de justa causa, outra monstruosidade foi praticada pelo Projeto. Não se pode pela via expedita do *writ*, salvo se o paciente estiver preso, argüir a nulidade da ação penal. O artigo 636 do Projeto estabelece que a coação será considerada ilegal: VI- “quando o processo a que se refere a prisão ou sua decretação for manifestamente nulo”. Assim, abstraída a questão da nulidade da própria prisão, teremos uma dualidade no mínimo estranha, para não dizer inconstitucional: se a ação penal for nula e o réu estiver solto o Habeas Corpus não se presta a tutelar o devido processo legal. Se, porém, tratar-se de réu preso, o *writ* tem serventia. Afinal, qual é a lógica de se tutelar o devido processo legal de forma rápida apenas quando se tratar de réu preso? Por que terão os outros que suportar os vexames (e os perigos) de uma ação nula para só depois (muito tempo depois) verem-se conjuradas as ilegalidades?

Se a Constituição da República, de modo amplo e claro, estabelece, como garantia do cidadão, que se concederá “*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*”, não pode o texto legal diminuir-lhe o alcance para excluir a hipótese da ação penal destituída de justa causa ou a que ostente



nulidade, mesmo que o acusado esteja solto. Admiti-lo representaria ignorar a ameaça de prisão que uma ação penal sem justa causa ou nula representa. É, enfim, emascular a garantia constitucional.

Valha-nos, em remate e em prol da manutenção de mecanismos eficazes em defesa do cidadão diante do poder punitivo estatal, a prudente advertência de Frederico Stella de que no mundo de hoje há uma dupla dimensão da necessidade de segurança: contra as agressões externas e contra o próprio Estado^[1].

Os pontos críticos:

Habeas Corpus e recurso com efeito suspensivo:

O Projeto em exame proíbe o manejo do Habeas Corpus “nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo” (artigo 636, parágrafo único). Deixando, por ora, de lado a duvidosa constitucionalidade da restrição pretendida pelo Projeto, que a Constituição Federal de 1988 não contempla, imagine-se o caso de condenação em primeiro grau carente de justa causa com réu preso preventivamente. Se, a despeito do efeito suspensivo da apelação, a constrição cautelar subsistir (artigo 471, §3º), no caso de estarmos diante de um fato atípico ou carente de indícios, o cidadão será obrigado a aguardar o demorado trâmite da apelação para, preso, ver examinada a matéria que poderia sê-lo expeditamente apreciada manejando-se o Habeas Corpus. Curioso é que a jurisprudência, sabiamente, já havia, de há muito, sedimentado a possibilidade de se impetrar Habeas Corpus na pendência de apelação ou outro recurso. Como lembrou o Des. Dante Busana (TJSP) “*Garantia constitucional e ação de direito processual constitucional, o Habeas Corpus não conhece outros limites que os estabelecidos na Carta Magna. Inaceitável sustentar, como faz a ilustrada Procuradoria de Justiça, seu não cabimento em hipótese em que haveria constrangimento ilegal à liberdade física porque prescrita a pretensão punitiva, a pretexto de que quem a sofre apelou da sentença condenatória e no julgamento do recurso a eventual extinção da punibilidade poderá ser melhor apreciada*”. (JTACRIM 74/140–142). No julgado em questão, o grande jurista que engrandeceu o TJSP vindo dos quadros do Ministério Público paulista, trouxe o brado de alerta de Philadelpho de Azevedo que bem se aplica ao Projeto em exame:

“entendemos que, durante o curso do processo e independentemente de despachos ou sentenças, com quaisquer recursos, deve ser concedido o Habeas Corpus sempre que ficar provado incontinenti a nulidade substancial de qualquer espécie ou a carência da ação penal intentada; devem ser suprimidas da legislação quaisquer referências à dita Lei (Lei 2.033, de 1831), que, disfarçando uma regulamentação do texto constitucional amplo e liberal, há cinquenta anos e sob o regime imperial originava veementemente protestos e hoje constitui verdadeira aberração; assim, fazemos votos para que no mesmo sentido se uniformize a jurisprudência do STF em respeito à liberdade individual e como lição aos Tribunais e Juízes dos Estados Federados (Habeas Corpus em concorrência com os demais recursos p. 63 – destaques da transcrição)”. De resto, não custa lembrar que é princípio sedimentado na jurisprudência brasileira de que a recorribilidade da decisão ou a efetiva pendência de recurso contra eles não inibe a admissibilidade paralela do Habeas Corpus. Precedentes (STF, HC n.º 82968/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.06.2003 e STJ HC n.º 77703/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 29.06.2007). Idem: “É cabível habeas-corpus mesmo quando pendente julgamento de recurso de apelação que veicule a mesma questão” (HC n.º 77858/AM, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.02.1999); “Evidenciado o constrangimento ilegal, cabe o writ, ainda que pendente apelação da sentença condenatória”. (RTJ 125/157, Carlos Madeira). “Habeas Corpus. Apelação pendente. Cabimento do writ. Não se há de remeter ao juízo de apelação, ainda que idêntica a matéria do Habeas Corpus evidenciadora



do constrangimento ilegal. Recurso de Habeas Corpus provido” (RTJ 109/144, Rel. Min. Rafael Mayer). “Recurso de Habeas Corpus. (...) Por si só não o impede a pendência da apelação, se presente o constrangimento ilegal e o exame da matéria se comporta no âmbito de writ. Recurso de Habeas Corpus provido”. (RTJ 108/590, Rel. Min. Oscar Corrêa); *A existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do Habeas Corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu*” (RHC n.º 20624/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 19.03.2007); “II – O fato de haver recurso de apelação ainda pendente de julgamento perante o e. Tribunal a quo, não impede que esse aprecie a presente ordem (Precedentes)” (HC n.º 29450/PR, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., DJ 18.4.2005). Também a 6ª Turma do STJ, em decisão da lavra do eminente Ministro Hamilton Carvalhido, já reconheceu que, salvo nos casos em que as peculiaridades da espécie recomendam a consideração do conjunto da prova, impróprio à via heróica, “nenhum óbice há em que se conheça de pedido de Habeas Corpus impetrado à Corte de Justiça Estadual simultaneamente com a interposição de recurso de apelação” (RHC 12244/MA, v.u., DJ 21.6.2004).

Resta saber se o Projeto pretende, como se fez outrora, restringir por meio de lei o cabimento da garantia que a Constituição regulou de forma ampla. Se esse for o intuito, o vício da inconstitucionalidade é manifesto.

A falta de justa causa:

Como já dissemos, do artigo 636 do Projeto foi excluída a possibilidade de se impetrar *Habeas Corpus* por falta de justa causa como ocorre hoje (CPP, art. 648, I). A cláusula genérica em questão, que tem permitido sanar os mais diferentes tipos de constrangimentos, desde o relativo à ação penal ou condenações abusivas, até os casos de erro de identidade quanto à pessoa, passando pelo indiciamento indevido ou mesmo a quebra de sigilos ilegais, não deveria jamais ser retirada do rol do cabimento do Habeas Corpus. Dir-se-á que a falta de justa causa para a ação penal pode ser atacada pela via do Agravo previsto no art. 463, I, do Projeto. Mesmo que este recurso seja processado por Instrumento, hipótese em que, somente a critério do juiz, poderá ter efeito suspensivo (art. 464), dois aspectos, de chofre, demonstram a deficiência da nova sistemática se comparada à atual:

i. no Habeas Corpus a medida cautelar requerida é apreciada pelo juiz de gradação superior e não a própria autoridade que praticou o ato impugnado. Parece evidente que se a liminar para paralisar a ação já é difícil de ser obtida quando apreciada por outro juiz, que dizer se apreciada pelo próprio magistrado que hoje é apontado como coator;



ii. O Agravo de Instrumento, diferentemente do Habeas Corpus, não comporta sustentação oral e tem curso mais lento. Assim, a defesa fica duplamente prejudicada: primeiro porque o efeito suspensivo quando se aponta o constrangimento ilegal, por exemplo, na instauração de ação penal, ficará doravante nas mãos do próprio magistrado que praticou o ato; depois, o recurso, que é mais lento, não tem revisor (artigo 509). Mesmo que os artigos 461 e 510 do Projeto contemplem a possibilidade de sustentação oral nos agravos, o processamento destes é mais lentos. Veja o que acontece hoje na jurisdição civil. Portanto, o estreitamento do campo defensivo é nítido. Restaria dizer aos navegantes, boa sorte. Sim, porque a sistemática do Estado Novo getulista era mais *condescendente* para com a defesa; ao menos, deu-lhe instrumentos mais eficazes para atuar.

Nulidade processual:

Também foi excluída do Projeto a possibilidade de se impetrar Habeas Corpus em razão de nulidade processual. O remédio em questão, nos termos do disposto no artigo 636, VI, só será cabível “*quando o processo a que se refere a prisão ou sua decretação for manifestamente nulo*”. Quer dizer o seguinte: réu solto não poderá mais argüir nulidades por meio do Habeas Corpus; deverá fazê-lo primeiramente ao juiz da causa e, da decisão que indeferir o pedido, caberá Agravo (art. 462). Só o preso poderá manejar desde logo o *writ*. Aqui, com nitidez, se vê o amesquinamento da garantia constitucional em foco a partir de uma distinção entre acusados presos e soltos, que não deveria existir para fins de impetração. As mesmas observações que se fizeram supra quanto à desvantagem para a defesa do Agravo se comparado com o Habeas Corpus valem aqui (concessão do efeito suspensivo pelo mesmo juiz que não reconheceu a nulidade e, comumente, é o seu causador; lentidão na apreciação e impossibilidade de sustentar oralmente o pleito).

Em resumo, o Habeas Corpus não pode e não deve ter vedado o seu manejo quando, como previsto desde 1941, i. houver falta de justa causa para a coação e ii. O processo for nulo. A idéia da Comissão de impedir que o Habeas Corpus seja uma espécie de sub-rogado universal das impugnações recursais, ié, confiná-lo apenas aos casos de prisões ilegais “tendo em vista a possibilidade de interposição de agravo” (cf. Exposição de Motivos, n. VI), pode até reforçar o poder dos juízes de primeiro grau, mas ao amputar o mais importante e eficaz meio de defesa, o Habeas Corpus, desprotege o cidadão. O ideal seria manter a previsão do agravo para os casos de recebimento de ilegal de denúncias ao lado do Habeas Corpus. Aos Tribunais caberá aferir, caso a caso, tal como se faz hoje, quando não se deve conhecer o remédio heróico e, à defesa, decidir quando deve interpor agravo e não manejar o Habeas Corpus. Do jeito que se organizou o sistema do processo penal, perdem a defesa e a própria justiça que, no mínimo, não vão poder coarctar abusos com a velocidade que hoje ocorre.

O Projeto não previu a intervenção do Querelante no Habeas Corpus nos moldes do que tem admitido o STF quando se trata da argüição de falta de justa causa para a queixa-crime. Ainda que isso possa guardar coerência com o fato de o Habeas Corpus, à luz das novas disposições, não ter cabimento para se trancar ação penal, o fato é que não se poderia ter deixado o tema em aberto. Idem quanto ao Assistente do MP. Sua participação deveria estar prevista nos mesmos termos em que recebe a ação penal.

Andou bem o Projeto em fixar prazo para a apresentação do parecer ministerial e, melhor ainda ao



permitir que o Habeas Corpus seja julgado sem ele (artigo 646 e parágrafo 1º). A mesma previsão de julgar sem parecer deveria existir para as informações.

Nas ações de impugnação não veio regulada a reclamação. Omissão que deve ser sanada, pois se trata de instrumento da maior importância.

[1] “Giustizia e modernità. La protezione dell’incente e la tutela delle vittime”, Milão, ed. Giuffrè, 2002, p. 7.