



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.964 - SP (2012/0199564-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
- DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LILIAN PATRÍCIA BIGARDE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. OITIVAS SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. NÃO CONHECIMENTO DE PRÉVIO WRIT. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A AGRAVO EM EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DESTA IMPETRAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em substituição a agravo em execução cabível no Tribunal de origem.
2. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.
3. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).
4. Entretanto, na hipótese há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A judicialização da execução penal representa um dos grandes passos na humanização do sistema penal. Como corolário da atividade judicial encontra-se o devido processo legal, de cujo feixe de garantias se notabiliza a ampla defesa. Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento da colheita da prova em procedimento disciplinar para apuração de falta grave, invocando-se a Súmula Vinculante n. 5, implica ilegalidade sob dois aspectos: a) os precedentes que a embasaram não se referem à execução penal; e, b) desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado. Precedentes.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o procedimento disciplinar n.º 01/2011 para apuração de falta grave, em tese, ocorrida em 21/10/2011.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 05 de fevereiro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.964 - SP (2012/0199564-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA
- DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LILIAN PATRÍCIA BIGARDE (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensora Pública em favor de LILIAN PATRÍCIA BIGARDE, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC 0026402-07.2012.8.26.0000).

Narra a impetrante que foi imputado à paciente o cometimento de falta grave, consistente em tentativa de fuga. Apurados os fatos no âmbito administrativo, no procedimento disciplinar n.º 01/2011, homologado pelo Juízo das execuções, concluiu-se pela infração ao art. 50, inciso II, c/c art. 49, parágrafo único, todos da lei de Execução Penal.

Informa que o referido procedimento ocorreu sem que fosse oportunizada à reeducanda a apresentação de defesa técnica, ferindo o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Irresignada, a defesa impetrou prévio *habeas corpus* em favor da paciente, requerendo a nulidade da decisão que reconheceu o cometimento de falta grave, o qual foi indeferido liminarmente pelo Tribunal *a quo*, aos seguintes argumentos (fls. 11 a 13):

(...)

Pelo que se depreende da petição inicial, as impetrantes sequer interpuseram recurso da decisão que reconheceu o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pela paciente, consistente em tentativa de fuga. Porém, optou por impetrar 'Habeas Corpus', que, no momento, não é a via adequada para tal.

À paciente faculta-se a interposição de agravo em execução, visando à reforma da decisão contra a qual ora se insurge, não sendo o "Habeas Corpus" a via adequada para tal.

(...)

A apreciação do pedido aqui formulado, que deveria ter sido apresentado ao MM. Juízo da Vara das Execuções Criminais, acarretaria grave ofensa ao princípio constitucional do juiz natural e estar-se-ia suprimindo um grau de jurisdição.

Desta forma, não sendo o 'Habeas Corpus' a via adequada para satisfazer a pretensão do paciente, a denunciar a falta de interesse de agir, pela inadequação do meio, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL, dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora, sendo desnecessária a manifestação do d. Procurador de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *mandamus*, alega a impetrante que o *habeas corpus* "é instrumento de defesa de todos aqueles que sofrerem ou se acharem ameaçados de sofrer violação no seu direito de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder" (fl. 2).

Assere que, apesar do cabimento do agravo em execução, o manejo do *habeas corpus* "encontra fundamento na urgência da análise da questão formulada", quando o objeto da discussão for matéria de direito, que não demanda dilação probatória (fl. 2).

Colaciona precedentes desta Corte em abono a sua tese (fl. 2).

Aduz que o contraditório e a ampla defesa, além de estarem garantidas na Constituição Federal, também encontram-se implícitas na Lei de Execução Penal, que "traz a necessidade da presença da defesa, toda vez que se verificar a possibilidade de modificação da situação do sentenciado, interferindo-se, assim, na sua esfera de direitos" (fl. 6).

Nesse sentido, argumenta que a "oitiva da sindicada sem o acompanhamento de manifestação de profissional habilitado, macula de nulidade todo o procedimento" (fl. 7).

Entende não se aplicar ao caso em análise o enunciado da Súmula Vinculante n.º 5, do Supremo Tribunal Federal.

Argumenta que os preceitos constitucionais fundamentais não autorizam "a imposição de qualquer penalidade, quer no âmbito administrativo, quer judicial, sem os postulados do devido processo legal, ampla defesa e contraditório" (fl. 9).

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento da nulidade do procedimento administrativo que concluiu pela falta grave.

Subsidiariamente, requer seja determinada a reapreciação do pedido pela autoridade coatora.

O pedido de medida liminar foi indeferido às fls. 20/22, oportunidade em que foram solicitadas informações à autoridade apontada como coatora e ao Juízo de origem, as quais foram prestadas às fls. 31/32, 34/73 e 75/95.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, da lavra do Subprocurador-Geral da República Maurício de Paula Cardoso, opinando pelo não conhecimento da impetração, "por ser substitutivo do recurso cabível" (fls. 100/104).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 254.964 - SP (2012/0199564-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. OITIVAS SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. NÃO CONHECIMENTO DE PRÉVIO *WRIT*. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A AGRAVO EM EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DESTA IMPETRAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em substituição a agravo em execução cabível no Tribunal de origem.
2. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.
3. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).
4. Entretanto, na hipótese há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A judicialização da execução penal representa um dos grandes passos na humanização do sistema penal. Como corolário da atividade judicial encontra-se o devido processo legal, de cujo feixe de garantias se notabiliza a ampla defesa. Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento da colheita da prova em procedimento disciplinar para apuração de falta grave, invocando-se a Súmula Vinculante n. 5, implica ilegalidade sob dois aspectos: a) os precedentes que a embasaram não se referem à execução penal; e, b) desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado. Precedentes.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o procedimento disciplinar n.º 01/2011 para apuração de falta grave, em tese, ocorrida em 21/10/2011.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

O objeto da impetração cinge-se ao pedido de anulação do procedimento disciplinar n.º 01/2011, em face do cerceamento da ampla defesa e do contraditório, em razão da ausência de defensor.

Destaque-se, inicialmente, a imperiosa necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários ou de índole extraordinária, tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

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. Sobre o tema, confirmam-se os diversos julgados desta Corte:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO A PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO SUPERADO. PERDA DO OBJETO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA TER TRANSITADO EM JULGADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ARGUMENTOS A SEREM EVENTUALMENTE DEDUZIDOS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA. ORDEM NÃO CONHECIDA EM PARTE.

I. Passada em julgado a condenação, infere-se a perda do objeto do writ no tocante ao pleito de concessão ao paciente do direito de permanecer em liberdade até a superveniência do trânsito em julgado da sentença, devendo, ainda, ser reconhecida a caducidade da liminar anteriormente deferida.

II. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do writ mostra-se inidônea para desconstituir édito condenatório já transitado em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado, para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

III. A substituição da revisão criminal pelo habeas corpus somente é admitida quando a apreciação do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que não se revela no caso em apreço.

IV. Deve ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, no que se refere ao direito de o réu permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação, não merecendo conhecimento a impetração no tocante aos demais pleitos deduzidos no writ.

V. Pedido parcialmente prejudicado, cassando-se a liminar antes deferida, e ordem não conhecida no demais, nos termos do voto do Relator.

(HC 170.347/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O habeas corpus não se presta à função de sucedâneo de revisão criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO INQUÉRITO POLICIAL E DE PROCEDIMENTO MENORISTA. DEBATE QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. É inviável, na angusta via do habeas corpus, discutir-se matéria que envolve revolvimento fático-probatório. Ademais, in casu, o Pretório Excelso já reconheceu, em sede de Recurso Extraordinário, que o tema em questão - relativo à prova emprestada - teria colorido diferente daquele debate puramente jurídico, típico da discussão a ser empreendida nos Tribunais Superiores. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.

2. Ordem não conhecida.

(HC 160.538/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o habeas corpus seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.

4. Writ não conhecido.

(HC 201.171/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTELIONATO TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR IMPETRAÇÃO DE WRIT PERANTE A CORTE A QUO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA, NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISDICIONAL IMPETRADO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A VIA REVISIONAL SERIA O MEIO PRÓPRIO PARA SANÁ-LA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL IMPETRADO SE MANIFESTE ACERCA DA MATÉRIA LÁ VENTILADA.

1. A alegação de nulidade da dosimetria da pena, decorrente da ausência de fundamentação na fixação da pena-base, não foi analisada pela Corte a quo, sob a alegação de que o habeas corpus não é sucedâneo de revisão criminal. Assim, não há como ser conhecida a presente impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria.

2. Contudo, não há óbice ao manejo do habeas corpus quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso. Outrossim, "a existência de recurso próprio para a 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." (STJ - RHC 21188/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, DJ de 22/10/2007).

3. Cumpre a este Tribunal, entretanto, determinar somente a análise do mérito da impetração originária pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, sob pena de supressão de instância.

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para determinar ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprecie o mérito do habeas corpus originário, como entender de direito.

(RHC 29.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE WRIT. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estreita do *mandamus* não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. Habeas corpus não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

(HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de habeas corpus pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do habeas corpus.

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

No caso, observa-se que, após o Juízo das Execuções homologar o procedimento disciplinar n.º 01/2011, a Defesa formulou prévio writ perante o Tribunal de origem, que não conheceu do pedido, sob o fundamento de ser a via inadequada. Daí a impetração deste *mandamus*. Como se vê, a Defesa não interpôs, perante a Corte *a quo*, o agravo em execução cabível.

Reforce-se a necessidade e urgência de se cumprir as regras do sistema recursal vigente. O *habeas corpus* não foi criado para a finalidade aqui empregada.

A prevalecer tal postura, o agravo em execução na origem tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

A Suprema Corte, sensível a essa problemática, tem pronunciado também a inadequação de impetrações manejadas em substituição ao recurso próprio. Em julgamento realizado em 7 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma assentou:

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 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.

Cumprir 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 misonéismo, a aversão a novas ideias, pouco importante 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

O mesmo órgão julgador, em 21 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 104.045, Relatora a Ministra Rosa Weber, julgou extinta a ordem de *habeas corpus*. Vale trazer a contexto excerto do voto da Relatora:

Assim, é o *habeas corpus* uma garantia da liberdade de locomoção - ir, vir e permanecer -, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física.

Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ("*Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros*") revela atingida naquela data a marca de duzentos mil *habeas corpus* impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 *habeas corpus*, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo ano (38.109).

Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do *habeas corpus*.

Embora restrito seu cabimento, segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão.

A pauta, aliás, desta Primeira Turma, com mais de uma centena de *habeas corpus* sobre os mais variados temas, poucos relacionados à impugnação da prisão ou efetiva ameaça de, é ilustrativa do desvirtuamento do *habeas corpus*.

O desvirtuamento do *habeas corpus* também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De nada adiante a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o *habeas corpus*. A par de notório que a possibilidade de recorrer contra toda e qualquer decisão interlocutória é fatal para a duração razoável do processo também assegurada constitucionalmente, há verdadeira avalanche de *habeas corpus* a submeterem a mesma questão, sucessiva e até concomitantemente, a diferentes tribunais.

O desvirtuamento do *habeas corpus* tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípuas quer do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal - quer desta Suprema Corte - a guarda da Constituição.

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aconselham seja retomada a função constitucional do *habeas corpus*, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

(...)

Admitir o *habeas corpus* como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes.

Em síntese, o *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição.

Ainda com o mesmo norte, podem ser citadas as decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Luiz Fux, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), e pelo Ministro Dias Toffoli, no HC 114.924/RJ (DJe de 28/08/2012).

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção do paciente, o que se verifica na espécie.

Como dito anteriormente, o objeto deste *writ* cinge-se ao pedido de anulação do procedimento disciplinar n.º 01/2011, em face do cerceamento da ampla defesa e do contraditório, em razão da ausência de defensor.

Em caso semelhante esta Sexta Turma, no julgamento do *habeas corpus* n. 135.082/SP, ocorrido em 03.02.2011, de minha relatoria, cassou o acórdão atacado, para restabelecer a decisão de primeiro grau, que anulou a sindicância para apuração de falta grave, em razão da ausência de advogado. O acórdão restou assim ementado:

PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALTA GRAVE. SINDICÂNCIA. INSTRUÇÃO. OITIVAS SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. NULIDADE RECONHECIDA EM PRIMEIRO GRAU. AGRAVO MINISTERIAL. REFORMA. FUNDAMENTO: SÚMULA VINCULANTE 5. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.

1. A judicialização da execução penal representa um dos grandes passos na humanização do sistema penal. Como corolário da atividade judicial encontra-se o devido processo legal, de cujo feixe de garantias se notabiliza a ampla defesa. Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento da colheita da prova em sindicância para apuração de falta grave, invocando-se a Súmula Vinculante n. 5, implica ilegalidade sob dois aspectos: a) os precedentes que a embasaram não se referem à execução penal; e, b) desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado.

2. Ordem concedida para, cassando o acórdão atacado, restabelecer a decisão de primeiro grau, que anulou a sindicância para apuração de falta grave, em tese, ocorrida em 29/11/2007, pelo paciente.

Pois bem, penso ser importante, tecer alguns comentários sobre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicabilidade da Súmula Vinculante n. 5 ao universo da execução penal.

É manifesta a diversidade das situações entre a enfocada neste *mandamus* e aquela que envolveu a edição de referido verbete. Arrimou-se tal consolidação jurisprudencial sobre precedentes vinculados ao Direito Administrativo, *verbis*:

Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 434059, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00736 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 257-279)

A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.

(AI 207197 AgR, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 24/03/1998, DJ 05-06-1998 PP-00006 EMENT VOL-01913-03 PP-00620)

Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.

(RE 244027 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 28-06-2002 PP-00123 EMENT VOL-02075-06 PP-01289)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. I. - A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, "DJ" de 28.6.2002. II. - Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. - Mandado de Segurança indeferido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(MS 24961, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2004, DJ 04-03-2005 PP-00012 EMENT VOL-02182-02 PP-00332 RT v. 94, n. 836, 2005, p. 96-103 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 217-232 RTJ VOL-00193-01 PP-00347)

Por mais que sejam relevantes os cânones que informam tal ramo do Direito, é evidente que se faz necessário reconhecer, aqui, o descrímen. Não se está a tratar de um mero procedimento administrativo disciplinar em que um sujeito, sobre o qual recai a suspeita de uma falta, pode, plenipotenciário de seus direitos e prerrogativas, demonstrar a sua inocência.

Não. Diante das condições a que submetidos os detentos, qualquer tentativa de equiparação com os sujeitos que, do lado de cá das grades, podem, *per si*, fazer valer a dignidade da pessoa humana, soa descontextualizada. Lembre-se com ALEXANDRE ROSA:

Assumindo-se a postura garantista - que nada mais é do que cumprir a Lei Maior, Constituição - não pode ser admitida qualquer situação que afronte os Direitos e Garantias individuais dos indivíduos que se escondem por detrás da figura do *apenado pobre* (...) Dito de outra forma, o argumento deve ser universal, ter sentido em relação ao sistema (coerência e consistência) e ter consequências aceitáveis. (...) Isso porque as decisões jurídicas precisam ter sentido tanto em relação ao sistema jurídico de que se trata quanto em relação ao mundo. [O juiz (garantista) e a execução penal por uma racionalidade consequencialista (MacCormick). *Crítica à execução penal*. Org. Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 413-416].

Ora, é incontroverso o significativo avanço humanitário alcançado com a judicialização da execução penal, não sendo de bom aviso o discurso constante do *decisum* guerreado - que representa, penso, significativo revés.

Colaciona-se, neste sentido, a lição da Professora da Universidade de Coimbra, ANABELA MIRANDA RODRIGUES:

Pode dizer-se que, a partir de certa altura - que corresponde ao período de afirmação dos direitos fundamentais do recluso e do princípio da legalidade na execução -, o que estava em causa já era mais do que estabelecer um controle da execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade por entidade diferente da que tinha por função realizá-la materialmente.

(...)

O que estava em causa era ter-se reconhecido que a tutela efectiva dos direitos dos reclusos supõe que estes possam dirigir-se a órgãos jurisdicionais. Pese embora o labor legislativo de conformação do estatuto jurídico do recluso - ou, de uma certa perspectiva, exactamente por isso - tornou-se essencial a institucionalização de um órgão jurisdicional a que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coubesse fiscalizar o âmbito das limitações àqueles direitos. A não ser assim, estar-se-ia sempre na iminência de que a aplicação prática das leis penitenciárias acabasse por esvaziar princípios garantísticos.

(...)

Entretanto, fortalecido, entre nós, o movimento de afirmação dos direitos do recluso, a sua consolidação impunha uma protecção jurisdicional e um controle da actividade da administração penitenciária de elevado perfil.

(...)

Do que se trata, com efeito, é de converter a intervenção jurisdicional em garante da execução das penas e medidas de segurança privativas de liberdade, na medida em que a sua modelação afecte directamente os direitos do reclusos. (*Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 130-137).

Assim, seja pela questão dos precedentes que suportaram a Súmula Vinculante 5, todos desvinculados da Execução Penal, seja pela necessidade sistêmica de preservação das conquistas democráticas de sua judicialização, é imperioso que se anule o procedimento disciplinar em debate.

Não ignoro a da existência de precedente desta Corte em sentido contrário da posição ora esposada:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. SINDICÂNCIA INSTAURADA PARA APURAÇÃO DOS FATOS. REEDUCANDO REGULARMENTE OUVIDO. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO DA FUNAP. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INEXISTE NULIDADE NA OITIVA DE TESTEMUNHA SEM A PRESENÇA DO REEDUCANDO OU DE SEU ADVOGADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. Não há que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, se a sindicância instaurada para apurar falta grave foi acompanhada pelo próprio reeducando e por seu advogado que apresentou defesa escrita e não alegou, na oportunidade, qualquer nulidade no procedimento disciplinar.

2. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC 136.014/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 29/03/2010)

Todavia, penso ser importante desenvolver uma reflexão mais detida, em harmonia com a situação de vulnerabilidade do encarcerado, à luz do devido processo legal.

No tocante à ampla defesa, é de se perceber que, *in casu*, ela não foi exercida a contento. Já se pontuou que se a autodefesa é renunciável, jamais poderia sê-lo a defesa técnica. O Paciente foi ouvido sem a intervenção do defensor. É impensável admitir-se que tal atuação seja apta a sanar a imprestabilidade da instrução írrita.

Sobre o tema, eis a compreensão firmada por esta Corte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO. NULIDADE. OITIVA DA VÍTIMA. DEPOIMENTO COLHIDO NA AUSÊNCIA DE DEFENSOR CONSTITUÍDO OU NOMEADO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. A nomeação de defensor dativo para a realização dos procedimentos judiciais, quando ausente em juízo o advogado constituído, é ato obrigatório a teor do disposto no art. 265, parágrafo único, do Código de Processo Penal (antes da alteração realizada pela Lei n.º 11.719/2008). Precedentes desta Corte.

2. Ordem concedida para determinar a anulação do processo-crime desde a realização da audiência de oitiva da vítima e, de ofício, a expedição de alvará de soltura em favor do ora Paciente, caso se encontre preso em decorrência do presente feito, em razão do inegável excesso de prazo resultante do fato de ser necessária a renovação da instrução criminal.

(HC 112.658/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 24/11/2008)

PROCESSUAL PENAL. DEFESA. AUSÊNCIA. NULIDADE.

1 - Constatado que foram produzidos atos de instrução (prova oral da acusação) sem que o paciente estivesse assistido por defensor dativo ou constituído, a nulidade do processo é flagrante, conforme a dicção da súmula 523-STF.

2 - Ordem concedida.

(HC 18.117/PE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2001, DJ 18/02/2002 p. 514)

Veja-se que o Pretório Excelso, numa belíssima demonstração de respeito aos cânones constitucionais em foco, chegou mesmo a entender que, diante da complexidade do feito, mesmo a nomeação de defensor dativo não seria suficiente para satisfazer a exigência de defesa técnica, se esta, exercida por defensor constituído, não teve ciência, em prazo razoável, da oitiva de testemunha mediante carta precatória em outro estado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CARTA PRECATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA OITIVA DE TESTEMUNHA NO JUÍZO DEPRECADO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PECULIARIDADE DO CASO: TEMPO INSUFICIENTE PARA DESLOCAMENTO E ATUAÇÃO DO ADVOGADO. DEFENSOR AD DOC. IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA EFICIENTE. 1. A ausência de intimação para oitiva de testemunha no juízo deprecado não consubstancia constrangimento ilegal. Havendo ciência da expedição da carta precatória, como no caso se deu, cabe ao paciente ou a seu defensor acompanhar o andamento do feito no juízo deprecado. 2. Peculiaridade do caso. Efetiva violação do princípio da ampla defesa resultante da impossibilidade de atuação da defesa técnica. O advogado do paciente teve, a partir da ciência da expedição da carta precatória, sete dias úteis para deslocar-se do Rio de Janeiro a Belém do Pará, o que, na prática, inviabilizou seu comparecimento. 3. Nomeação de defensor dativo para atuar em momento importante do processo, cuja inicial contém quatrocentas páginas. Satisfação apenas formal da exigência de defesa técnica ante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impossibilidade de atuação eficiente. Ordem concedida.

(HC 91501, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-03 PP-00448)

Em remate, consigne-se que é inviável pensar em judicialização da execução penal sem devido processo legal e, este, por sua vez, desprovido de respeito à ampla defesa. Esta que não pode prescindir de sua vertente técnica.

Ante o exposto, **não conheço do writ, mas concedo a ordem, de ofício**, para anular o procedimento disciplinar n.º 01/2011 para apuração de falta grave, em tese, ocorrida em 21.10.2011.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0199564-4

HC 254.964 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120000070500 264020720128260000

EM MESA

JULGADO: 05/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MAILANE RAMOS DOS SANTOS RODRIGUES DE OLIVEIRA - DEFENSORA
PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LILIAN PATRÍCIA BIGARDE (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, mas concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.