

O PREQUESTIONAMENTO E O HABEAS CORPUS¹

Segundo notícia da Assessoria de Comunicação do Superior Tribunal de Justiça não se pode exigir, como condição para conhecimento de Habeas Corpus contra acórdão de apelação, que a matéria tratada no pedido tenha sido previamente discutida na instância anterior, se a ilegalidade que se pretende corrigir resultou da própria realização do julgamento em segundo grau. Para o ministro Rogério Schietti Cruz essa exigência – a título de prequestionamento ou para evitar supressão de instância – implicaria “*negar a própria essência*” do Habeas Corpus. As considerações do Ministro foram feitas na Sexta Turma da Corte, no julgamento Habeas Corpus impetrado contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que confirmou a condenação de um réu por crime tributário. Na publicação da pauta da sessão do TRF1, não constou o nome do réu nem o de seu advogado, o que levou a Sexta Turma a anular o julgamento. **Mas a votação foi apertada: dois a dois. Diante do empate, prevaleceu a decisão favorável ao réu.**

Para os Ministros que ficaram vencidos, o conhecimento – agora pela via do Habeas Corpus – da mesma controvérsia tratada no recurso especial, não admitido por falta de prequestionamento, configuraria supressão de instância, o que é rejeitado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (pasmen!).

No entanto, segundo o Ministro Rogério Schietti, não se deve confundir o requisito do prequestionamento, “*imprescindível para o conhecimento do recurso especial*”, com a supressão de instância, muitas vezes apontada pelo STJ como razão para não conhecimento de habeas corpus, especialmente depois que a jurisprudência passou a rejeitar o HC substitutivo de recurso ordinário. O ministro – cujo voto foi o condutor da decisão – afirmou que a nova posição do

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), FUFBA e Faculdade Baiana. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013) e “A Nova Lei de Organização Criminosa”, publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não impede a concessão de ofício do HC, quando verificada ilegalidade flagrante. Nesses casos – disse –, “*sobrepor o óbice formal do prequestionamento, mediante o argumento de supressão de instância, à declaração de flagrante constrangimento ilegal*” significaria contrariar “*a própria essência desta ação constitucional*”. O prequestionamento, segundo ele, não pode ser exigido no caso, uma vez que a ilegalidade se configurou não a partir dos debates do TRF1, mas com a realização do próprio julgamento “*sem a observância das regras que homenageiam os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade dos atos processuais*”. Para Rogerio Schietti, a exigência de prequestionamento, a título de prestigiar as instâncias ordinárias, num caso como o dos autos, deixaria a defesa sem saída. “*Como exigir a impetração na origem se a autoridade coatora é o próprio tribunal?*”, indagou. Segundo ele, a situação não deixava alternativa à defesa senão entrar com o HC diretamente no STJ. O ministro fez ainda duras críticas à decretação de sigilo judicial em processos sobre crimes tributários, “*atitude infeliz e injustificadamente comum nesses feitos*”. A falta de publicação dos nomes do réu e do advogado na pauta de julgamentos, por causa do sigilo, foi exatamente a causa da nulidade, pois privou a defesa, por exemplo, de fazer sustentação oral. Na opinião de Schietti, o sigilo nas ações penais tributárias “*deve alcançar os documentos acerca dos dados fiscais ou bancários dos acusados, nada além disso*”. Ao contrário do segredo previsto para processos que envolvem menores ou que tratam de crimes sexuais (para preservação da vítima), a ocultação do nome dos réus em casos de crime tributário é “desprovida de amparo legal”, afirmou o ministro. Com a concessão do habeas corpus de ofício, a Sexta Turma anulou o julgamento da apelação e determinou nova publicação da pauta. (Processo nº. 212457).

Louvemos a lucidez do Ministro Schietti, oriundo, aliás, do Ministério Público do Distrito Federal, onde foi, inclusive, Procurador-Geral de Justiça.

Ora, como se sabe, para que seja conhecido o recurso especial, indispensável o prequestionamento, consistente “*no prévio tratamento do tema de direito federal pela decisão recorrida*.”².

Assim, “*o prequestionamento da matéria é pressuposto indispensável ao conhecimento do recurso interposto sob o fundamento da letra a, do inciso III, do art. 105 da CF.*” (STJ – 2ª. Turma – Resp. nº. 9.402/SP – Rel. Ministro Peçanha Martins, Diário da Justiça, Seção I, 30/09/91).

Na verdade, o prequestionamento nada mais é senão a necessidade de que tenha havido no Juízo recorrido o debate e a decisão sobre a matéria federal objeto do recurso especial, “*emitindo juízo de valor sobre o tema*”³. Se tal circunstância não ocorreu deverão ser utilizados os embargos declaratórios⁴ visando a provocar efetivamente a discussão do tema objeto do recurso, pois “*em sede de recurso especial não se decide sobre matérias não discutidas e nem julgadas nas instâncias ordinárias.*” (STJ – 1ª. Turma – Resp. nº. 59.256-9/RS – Rel. Ministro

² Ada, Scarance e Magalhães Gomes Filho, obra citada, p. 271.

³ Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil Interpretada, São Paulo: Atlas, 2002, p. 1.401.

⁴ Observa-se, contudo, que “*os embargos declaratórios não servem de expediente para forçar o ingresso na instância extraordinária, se não ocorreu omissão do acórdão, que se limitou a examinar o pedido tal como foi formulado, sob o aspecto da legalidade do ato.*” (STJ, ED no MS 632-0, DJU 25/05/92, p. 7.352).

Demócrito Reinaldo, 05/04/95), “*não bastando, obviamente, sua argüição pela parte durante o processo ou nas razões do recurso ordinário.*”⁵

O prequestionamento é considerado pela doutrina e pela jurisprudência como um verdadeiro requisito de admissibilidade do recurso especial. No entanto, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que no juízo de admissibilidade é possível e, muitas vezes, necessário, apreciar o mérito do recurso especial.⁶

Para a interposição deste recurso extremo faz-se necessário, além do pré-questionamento, a indicação expressa do dispositivo legal contestado, mesmo porque “*a referência genérica à lei federal porventura vulnerada, sem a particularização de qualquer artigo, bem como a falta de indicação de arestos visando a demonstração da dissidência jurisprudencial, torna inviável o recurso especial, dado a ausência de pressupostos básicos a sua admissibilidade, pelas alíneas ‘a’ e ‘c’, do permissivo constitucional (...). Na interposição do recurso especial fundado na letra ‘a’ do permissivo constitucional é necessária a indicação do dispositivo de lei federal supostamente violado, para a exata compreensão da controvérsia, possibilitando o exame do apelo na instância especial.*” (STJ – 5ª. Turma – Resp. nº. 43.037/SP – Rel. Ministro Cid Flaquer Scartezini, Diário da Justiça, Seção I, 29/04/96, p. 13.427).

O Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, vem admitindo o chamado pré-questionamento implícito, “*exigindo apenas que a questão tenha sido posta na instância de origem*” (Resp. 2.336-MG, RT 659/192). “*É chamado de prequestionamento implícito o que reputa uma questão implicitamente apreciada, em razão de expressa apreciação de questão outra, que daquela é decorrente. Um exemplo de prequestionamento implícito consiste na questão da competência do Juiz: se ele julga a questão de mérito, implicitamente reconhece sua competência*”, segundo o ensinamento de Bruno Mattos e Silva.⁷ Considera-se ocorrido o pré-questionamento implícito, quando a matéria tratada no dispositivo tido por violado tiver sido apreciada e solucionada pelo Tribunal de origem, de tal forma categórica e indubitosa, que se possa reconhecer qual norma direcionou o decisum objurgado⁸.

Ora, mas o que tem a ver o Recurso Especial e o Habeas Corpus? Nada, absolutamente nada!

⁵ Ada, Scarance e Gomes Filho, ob. cit. p. 271.

⁶ AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 709.014-MG - Rel.: Min. Jorge Scartezini/4.ª Turma.

⁷ Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10. Sobre o assunto, conferir a obra de José Miguel Garcia Medina, “O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª. ed., 2002.

⁸ AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 769.722-RS - Rel.: Min. Aldir Passarinho Júnior/4.ª Turma.

Pontes de Miranda, se vivo, espernearia! Rui Barbosa, pior! Pedro Lessa ficaria ruborizado... Óbvio que não falarei de João Sem-Terra, nem dos barões ingleses, pois estes, muito possivelmente, não tinham ideia do bem que faziam àquela altura para a liberdade humana (Carta Magna , 1215).

É lamentável como o habeas corpus vem sendo achincalhado pelos nossos juízes, tribunais e, incrivelmente, pela Suprema Corte (veja, por exemplo, o esdrúxulo Enunciado 691 da súmula do Supremo Tribunal Federal).

Desde logo devemos atentar para a diferença abissal entre os recursos constitucionais e o habeas corpus, tendo em vista a tutela por ambos visada. Comparar jurisprudência aplicável ao recurso especial com o habeas corpus é olvidar os direitos por elas garantidos.

Como se sabe, o habeas corpus deve ser necessariamente conhecido e concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, pois se visa à tutela da liberdade física, a liberdade de locomoção do homem: *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*. Como já ensinava Pontes de Miranda, em obra clássica, é uma ação preponderantemente mandamental dirigida “*contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir.*”⁹

Para Celso Ribeiro Bastos “*o habeas corpus é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de se locomover em razão de violência ou coação ilegal.*”¹⁰

Aliás, desde a Reforma Constitucional de 1926 que o habeas corpus, no Brasil, é ação destinada à tutela da liberdade de locomoção, ao direito de ir, vir e ficar.

Não por menos, Julian Lopez Masle e Maria Inês Horvitz afirmam que “*(...) el principio de inocência no excluye, de plano, la posibilidad de decretar medidas cautelares de carácter personal durante el procedimiento. En este sentido, instituciones como la detención o la prisión preventiva resultan legitimadas, en principio, siempre que no tengan por consecuencia anticipar los efectos de la sentencia condenatória sino asegurar fines del procedimiento*”¹¹

Interessante artigo doutrinário de Renato Stanzola Vieira e Fernando Gardinali Caetano Dias, publicado sob o título “Geni”, no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRim nº. 240 (novembro de 2012), merece ser transcrito em parte:

⁹ História e Prática do **Habeas Corpus**, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1999, p. 39.

¹⁰ Comentários à Constituição do Brasil, Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 312.

¹¹ Derecho Processual Penal Chileno, Tomo I, Santiago do Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 83.]

“O entendimento está errado. A mera previsão de recursos cabíveis (como, por exemplo, o vetusto recurso em sentido estrito do Código de Processo Penal) nunca foi óbice às impetrações de habeas corpus. Quando não porque o constrangimento ilegal (cujas hipóteses estão previstas no art. 648 do CPP) independe de haver ou não outro recurso apto a debelar o mal, porque há situações em que existe o recurso mas não tem ele efeito suspensivo (por exemplo, o decorrente de não reconhecimento de causa extintiva de punibilidade ou, ainda, o decorrente de decisão de pronúncia). Da mesma forma, é sabido nos precedentes que matérias de direito que desafiem recursos também são cognoscíveis em habeas corpus, a depender da densidade da argumentação jurídica e da clareza da ilegalidade. Por essa perspectiva, o erro está na constatação empírica de que o manejo do habeas corpus não pode ser, de forma alguma, subsidiário, isto é, só admissível em situações nas quais não haja recurso. É irônico. Às vésperas do Ato Institucional 5, em julgamento havido pouco depois do golpe militar, dizia-se da necessidade do remédio para amparar a maldade e a injustiça. Hoje, com a Constituição em vias de completar um quarto de século, em plena democracia formal, atiram-se antigas pedras no mais importante remédio constitucional. O habeas corpus é, hoje, a Geni. Outro prisma, ainda, chama a atenção. No desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, sobretudo da segunda metade do século passado para cá, a doutrina ocidental – entre a qual, inclusive, a brasileira mais atenta – vangloria-se por compreender como cláusula inerente a todo e qualquer deles a da proibição do retrocesso. Nessa cláusula, em também muito singela lembrança, o que vale lembrar é que não se admite andar para trás, ou seja, uma interpretação que amesquinhe o direito fundamental, dando-lhe eficácia menor do que a conquistada. Por isso, além de erradas as duas decisões do Supremo, perigosamente caminham por um retrocesso na interpretação do habeas corpus. Retrocesso que advém de um raciocínio jurídico perigoso, porque limitador de acesso ao STF nas matérias que lá chegarem via habeas corpus. Veja-se: por esse entendimento, contra a denegação de ordem de habeas corpus por um Tribunal de segunda instância, o correto seria interpor recurso ordinário ao STJ (art. 105, II, a, da Constituição Federal). Se a tal recurso for negado provimento, contudo, não será possível levar a matéria ao STF, pois não cabe recurso ordinário contra acórdão denegatório de outro recurso ordinário de habeas corpus (pelo art. 102, II, a, da Carta Magna, o recurso só é cabível para habeas corpus decidido em última instância pelo Tribunal Superior). Cria-se, com isso, um claro e insuperável fator limitador de acesso ao STF, sem previsão legal. Pior: sem previsão constitucional, dada a competência estrita da Corte, advinda da Carta Maior, pois ali se prevê às claras o cabimento de habeas corpus se o “coator for Tribunal Superior” (art. 102, I, i). Talvez, com essa interpretação que parece não ter amparo na Constituição, alcance-se o objetivo de diminuir o acervo de habeas corpus na Corte Suprema. Mas o resultado se dará, inevitável e lamentavelmente, à custa da redução da própria prestação jurisdicional em afronta à competência do Supremo prevista na Constituição da República (art. 102, I, i). Havia, entre os Ministros do Supremo, quem repetisse, para a alegria dos cultores dos direitos fundamentais e do manejo do habeas corpus, que se tratava de remédio que “não pode sofrer qualquer peia”. Hoje, o bastião da liberdade do habeas corpus, obedecida sua história de dignidade constitucional e defesa da liberdade, passou de mão. O habeas corpus é a Geni. Talvez seja, por enquanto, aquela Geni que é boa de apanhar, boa de cuspir. O problema é que, como remédio constitucional historicamente mais importante do Brasil, o mais fundamental instrumento de garantias no processo penal, depois alguém pode sair correndo atrás do prejuízo, pedindo para ele (ou para

ela, a Geni): você pode nos salvar, você vai nos redimir. Pobre liberdade, órfã do instrumento maior para garanti-la.”

O problema, no fundo no fundo, ainda é o nosso Código de Processo Penal (e não só ele, óbvio...). A propósito, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, afirma que *“a questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do Codice Rocco de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da persecutio criminis, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. (...) Lá, como é do conhecimento geral, ninguém duvida que o advogado de Mussolini, Vincenzo Manzini, camicia nera desde sempre, foi quem escreveu o projeto do Codice com a cara do regime (...)”*¹²

Afinal de contas, como já escreveu Cappelletti, *“a conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todas.”*¹³ Devemos interpretar as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! Como magistralmente escreveu Frederico Marques, a Constituição Federal *“não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.”*¹⁴

James Goldshmidt¹⁵ já afirmava no clássico *“Problemas Jurídicos e Políticos del Proceso Penal”* que a estrutura do processo penal de um país indica a força de seus elementos autoritários e liberais.¹⁶

Abaixo, portanto, aos chavões, meramente retóricos e fascistas, tais como *“vulgarização na utilização do habeas corpus”*.

Não vamos confundir uma garantia constitucional do porte do Habeas Corpus com uma mera outra pretensão. Leiam, então, Pontes de Miranda: *“História e Prática do Habeas Corpus”*, Tomos I e II, cuja última edição foi publicada pela Editora Bookseller, Campinas, em 1999. Aliás, a primeira edição desta obra é de 1916, quando o autor só tinha vinte e três anos! Mirem-se, portanto, no exemplo, como diria Chico Buarque...

Evoé Ministros das Liberdades Públicas!

¹² O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 11.

¹³ **Apud** José Frederico Marques, **in** Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1998, Vol. I, p. 79.

¹⁴ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 79.

¹⁵ Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *“nunca foi tão importante estudar os Goldschmidt, mormente agora onde não se quer aceitar viver de aparências e imbrogli retóricos.”* (O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 175, junho/2007, p. 12).

¹⁶ **Apud** José Frederico Marques, **in** Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 37.

