

Toron: O HC substitutivo de Recurso Ordinário e a 3ª Seção do STJ

Uma questão instrumental sacudiu o julgamento do HC nº 535.063 realizado pela 3ª Seção do STJ na sessão desta quarta-feira (10/6). O ministro Sebastião Reis Jr. trouxe um tema da maior importância: saber se o conceito de insignificância aplicável pela jurisprudência aos tributos federais sonogados também o pode no caso dos impostos estaduais. O assunto foi ventilado pelo conceituado advogado Leonardo Massud e, de saída, o presidente da seção, ministro Nefi Cordeiro, adiantou que, ressalvada a posição do ministro Rogério Schietti, o colegiado estava a conceder a ordem. O advogado, inteligentemente, abriu a sustentação oral.

Spacca



Ocorre que o ministro Reynaldo Soares da Fonseca levantou

uma questão de ordem sustentando que o Habeas Corpus não deveria ser conhecido porque se tratava de impetração substitutiva do recurso ordinário, mas "concedido de ofício". Houve um acendrado debate, apesar da advertência de vários ministros de que o quórum não estava completo para se decidir a questão de ordem. O ministro Rogério Schietti, como noticiou a **ConJur** ("[3ª Seção do STJ acolhe questão de ordem para negar jurisprudência sobre HC](#)"), ponderou (corretamente, diga-se) que o não-conhecimento "*cria um embaraço até para fins estatísticos. Temos dificuldade de identificar quando houve a denegação ou o efetivo não-conhecimento, além das hipóteses de manifesto descabimento*".

Deixemos de lado o problema estatístico, que é real e importante, e também o igualmente relevante fato, sobretudo para uma corte que se pretende "de precedentes", de que o Pleno do STF, ao julgar o HC 152.752, relatado pelo ministro Edson Fachin, firmou o entendimento de que "*é admissível, no âmbito desta Suprema Corte impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional*" (DJe 27/6/2018). Esqueçamos também a estranheza de se conceder uma ordem de ofício, mas nos termos em que pedida.



Poderia ser que os defensores do não-conhecimento da ordem substitutiva do recurso ordinário tivessem algum argumento de natureza dogmática, científica, a alicerçar seu posicionamento. Mas não! O que se ouviu é que a 1ª Turma do STF, embora majoritariamente, continuava a "não conhecer" e que, na 2ª, talvez a ministra Carmen Lúcia tivesse o mesmo posicionamento. Decepcionante. Argumento de autoridade por autoridade, melhor seria seguir a orientação definida pelo Pleno do STF no citado HC nº 152.752 (caso Lula). Quanto à ministra Carmen Lúcia, é bom dizer que no julgamento do HC nº 157.627, do famigerado caso da cronologia da entrega dos memoriais, que a 5ª Turma do STJ não havia conhecido, ela *conheceu e concedeu* a ordem.

Mas o ponto é outro! A gênese da confusão está em querer ressuscitar pela via exegética uma proibição que não existe na Constituição de 1988. Foi com o AI-6, de 1º de fevereiro de 1969, que se mudou o processamento do Habeas Corpus. Das decisões denegatórias proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelo Tribunal Federal de Recursos (lembremo-nos que os Regionais Federais só vieram com a Constituição Federal de 1988) era perfeitamente possível impetrar-se Habeas Corpus originário substitutivo do RHC. A jurisprudência o admitia desde 1951, como percucientemente anotou o ministro Moreira Alves no voto que proferiu no RHC nº 67.788 (STF, Pleno, DJ 22/2/1991).

Como todos sabemos, o regramento constitucional em vigor, estabelecido pela Constituição de 1988, não reproduziu a proibição constante do AI-6 e por essa razão passou-se a admitir o manejo do Habeas substitutivo do RHC. Elucidativo a esse respeito o acórdão relado pelo ministro Costa Lima:

"A Constituição em vigor não opõe restrições à impetração originária de habeas corpus, visando a substituir o recurso ordinário" [1]. No STF, a jurisprudência construída pelo pleno, em julgamento realizado em 1º de agosto de 1990, relatado pelo ministro Moreira Alves, foi clara nesse sentido:

"Ora, se a atual Constituição se omitiu quanto a essa proibição, quer quanto ao S.T.F. quer quanto ao S.T.J., nos casos em que admite recurso ordinário de Habeas Corpus para eles, o sentido normal dessa omissão é o de ter deixado de haver a proibição, que tanto não era infensa ao sistema processual do Habeas Corpus que o Supremo Tribunal Federal, de 1951 a 1969, admitiu pacificamente essa substituição (RHC nº 67.788)".

Todavia, no julgamento do HC nº 109.956, em 2011, da relatoria do ministro Marco Aurélio em razão da "sobrecarga de processos", uma questão funcional, revigorou-se a proibição pela via interpretativa. O próprio ministro Marco Aurélio voltou atrás no julgamento do HC nº 115.601, mas os demais membros da turma, não.

A 2ª Turma do STF não acompanhou o movimento restritivo da 1ª Turma. Em sentido oposto: *"Possui entendimento consolidado no sentido da possibilidade de impetração de Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário (HC 122.268, relator ministro Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe de 4/8/2015; HC 112.836, relatora ministra Carmen Lúcia, 2ª Turma, DJe de 15/8/2013; HC 116.437, relator ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 19/6/2013)" [2].* No julgamento do HC nº 106.566, o ministro Gilmar Mendes trouxe à colação o voto proferido no HC 111.670, no qual sustentou o cabimento do Habeas Corpus substitutivo do recurso ordinário. Nesse julgamento, o ministro Gilmar Mendes trouxe um argumento irrefutável e que deveria iluminar essa discussão:

"O valor fundamental da liberdade, que constitui o lastro principiológico do sistema normativo penal, sobrepõe-se a qualquer regra processual cujos efeitos práticos e específicos venham a anular o pleno exercício de direitos fundamentais pelo indivíduo. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião das



liberdades fundamentais asseguradas pela Constituição, cabe adotar soluções que, traduzindo as especificidades de cada caso concreto, visem reparar as ilegalidades perpetradas por decisões que, em estrito respeito a normas processuais, acabem criando estados de desvalor constitucional" [3].

Soa especiosa a criação de limites artificiais, ainda mais quando descolados da lei e da Constituição, para se restringir a discussão de temas fundamentais ligados à liberdade quando se proclama, mais e mais, a instrumentalidade das formas, ou será que tal forma de pensar só vale quando se trata de flexibilizar direitos e garantias preteridos?

O sistema de proteção judicial efetiva reclama que as ilegalidades sejam discutidas sem peias e, obviamente, repudia artificialismos que não se compadecem com outras garantias constitucionais (CF, artigo 5º, e Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 25).

[1] STJ, 5ª T., HC nº 1.733-PA, DJ 12/4/93. Na mesma linha, entre muitos outros: HC nº 447-MA, rel. ministro William Patterson, DJ 1º/10/90.

[2] STF, 2ª T., HC nº 130.636, rel. ministro Teori Zavascki, DJe 12/5/2016.

[3] DJe 19/3/2015.