

**AGRAVO DO PROJETO Nº 156/2009 E POSSÍVEIS REPERCUSSÕES NO  
*HABEAS CORPUS***

***APPEAL FROM PROJECT Nº 156/2009 AND POSSIBLE EFFECTS ON  
HABEAS CORPUS***

Leonardo Costa de Paula

*Professor de Introdução ao Direito da  
Universidade Candido Mendes. Mestre em Direito  
Público e Evolução Social na linha de pesquisa Acesso  
a Justiça e Efetividade do Processo pela UNESA-RJ.  
Bolsista Capes. Pós-graduado em Direito e Processo  
Penal. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior  
pela UCAM-RJ e advogado criminalista com atuação  
centrada no Estado do Rio de Janeiro, Advogado  
integrante do Projeto de Presos Provisórios da  
Associação para Revisão Prisional, Rio de Janeiro.*

**RESUMO:** O presente estudo faz uma análise dentro do Direito Processual Penal, cujo objetivo é analisar as repercussões do *habeas corpus* se houver a entrada em vigor do projeto de Lei nº156/2009. Utilizou-se o método analítico, crítico, dedutivo para a análise e aprofundamento do objeto de pesquisa. Com este pretende-se fazer a reforma global do Código de Processo Penal, se for aprovado e entrar em vigor tem a previsão do recurso de agravo para substituir o atual Recurso em Sentido Estrito do Código de Processo Penal. É este instituto que traz possíveis repercussões no tratamento do *habeas corpus* que tenderia a limitação pelo agravo de instrumento ou retido dentro de algumas situações definidas no projeto, analisadas de maneira superficial para não se perder o objeto de estudo. Em que pese a clara inconstitucionalidade da limitação do *habeas corpus* é possível fazer uma

interpretação conforme a constituição para adequar o futuro tratamento de maneira mais adequada e permitir que haja duas espécies de *habeas corpus* com fundamentações e utilidades distintas não sendo necessário apenas postular por tal inconstitucionalidade.

Palavras-chave: *habeas corpus*, agravo, recurso em sentido estrito, inconstitucionalidade, interpretação conforme

**ABSTRACT:** The present study is an analysis of the Criminal Procedural Law, which aims to analyze the impact of habeas corpus if the entry into force of the Draft Law No. 156/2009. It was used the analytical, critical and deductive method to further the research object. With this was intend to make a comprehensive reform of the Criminal Procedure Code, if adopted and come into force has the ability to forecast injury to replace the current strict sense appeal of the Code of Criminal Procedure. This institute that brings possible repercussions in the treatment of habeas corpus that would tend to limit the bill of review or retained in a few situations defined in the project, witch was discussed superficially to not lose the object of study. Despite the clear unconstitutionality of the limitation of habeas corpus is possible to interpret the constitution as to bring the future treatment more adequately and to permit two species of habeas corpus with different foundations and utilities because it is not only necessary to postulate for such unconstitutionality as it will be show.

Keywords: habeas corpus, appel in strict sense, unconstitucional, interpretation as the constitution.

## INTRODUÇÃO

Por força da limitação para um objeto de estudo mais focado, selecionou-se o recurso que substituirá o atual Recurso em Sentido Estrito, qual seja, o Agravo, presente no Projeto de Lei 156/2009 podendo ser na forma de Instrumento ou Retido.

O Recurso em Sentido Estrito, dentro de nossa codificação ditatorial e autoritária limita o direito recursal do acusado para alguns casos imprescindíveis de re-análise recursal para a defesa, o que gera o alargamento da utilização do *habeas corpus* que deveria ser estreita.

Dessa forma, estudou-se o Agravo, e sua repercussão quanto a elasticidade dada atualmente no ação autônoma de impugnação em comento. Nesse sentido, foi de especial relevo chamar a atenção para o não seguimento da paridade de armas existente no recurso em sentido estrito, que a primeira vista parece estar mais equilibrada pelo Projeto 156/2009.

Outra análise que se depreendeu do objeto de estudo foi repercussão do agravo no *habeas corpus* prevendo uma limitação em sede de legislação infraconstitucional caso vigore com o texto original quanto ao exercício do direito de ação se houve recurso com efeito suspensivo previsto, o que pende para inconstitucionalidade.

### **1 O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E SUA VINCULAÇÃO DITATORIAL**

Para que haja a possibilidade de se tratar da modificação que trata o Projeto 156/2009, sobre a Reforma Global do Código de Processo Penal, no que se refere ao Agravo de Instrumento ou Retido, é imprescindível tratar um paralelo acerca do contexto histórico do atual Código de Processo Penal de 1941 e sua motivação ditatorial.

Sabe-se que a necessidade dos princípios atinentes a um Estado Democrático de Direito é sempre evidente e imprescindível, principalmente quando se trata de Direito Processual Penal, para que haja a possibilidade de um processo que siga a forma dialética,

permitindo a desconstituição da tese acusatória pela defesa, o que impede o Estado de atuar arbitrariamente contra o acusado.

Apesar de sempre ressaltado é necessário asseverar que o Código de Processo Penal foi instituído em um governo autoritário, a Ditadura de Getúlio Vargas, em 1941. Esse governo autocrático tinha especificamente uma vinculação direta com o Fascismo que existia na Europa.

A menção acerca da fonte legislativa utilizada no Código de Processo Penal é expressa na exposição de motivos do mesmo. Foi utilizado o Código editado pelo Ministro da Justiça do Governo de Mussolini, Rocco. Com isso, pode-se buscar identificar a finalidade a que se propõe tal norma processual.

A identificação da finalidade do processo, dentro de um Estado possibilita que se analise e se busque entender como resolver dúvidas ou incongruências legislativas.

O atual código é oriundo de um momento fascista de uma Itália antes da Guerra Mundial, num contexto em que esta ideologia era de extrema direita, preocupada em manter a base social inabalada, que se preocupa em conservar o sistema sócio-econômico e o benefício da parcela dominante da sociedade.<sup>1</sup>

Havia o controle da opinião pública, tanto no Brasil como em todos os outros países no qual o fascismo se implantara. Tudo isso no sentido de influenciar a população a fim de que não se questionasse o governo.

Francisco Campos, signatário da exposição de motivos já define que para a coordenação de um “Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”.<sup>2</sup>

Dentro do momento fascista do estado brasileiro, não resta dúvida de que o Processo Penal era justamente o *locus* ideal para que se efetivasse a ação repressiva do Estado, ou seja, aplicar a lei ao caso concreto, sendo necessário restringir o “tão extenso

---

<sup>1</sup> KONDER, 1991, p. 5.

<sup>2</sup> CAMPOS, 2003, p. 395.

catálogo de garantias e favores que a repressão se torna necessariamente defeituosa e retardatária”.<sup>3</sup>

Identificar a atuação do advogado e vinculação das garantias ao réu já foi visto em outro momento histórico, de grande relevo, qual seja, a inquisição, nela, a presença do Advogado estava incluído no capítulo que trata a respeito dos Obstáculos à rapidez de um processo<sup>4</sup>, tal qual o atual Código de Processo Penal.

Essa digressão é imprescindível para verificar a finalidade do processo, e qual o papel do Estado dentro dessa divisão, ao que tudo indica, tanto pela exposição de motivos quanto pelos resquícios claramente inquisitoriais presente no mesmo código, a finalidade do processo penal era efetivar o aparato repressivo penal, buscando-se a máxima verdade real, não importando o resguardo de garantias, apesar de verdade só existir na cabeça de quem busca algo para legitimar sua fúria inquisidora.

O Recurso em Sentido Estrito, que é o atual foco para a comparação com seu provável substitutivo do projeto segue essa linha ditatorial e arbitrária, diminui a amplitude da defesa, impede, na maioria das vezes, que a defesa se insurja contra atos manifestamente nulos.

Quando se trata do recurso em sentido estrito fica evidente que há grande aviltamento da paridade de armas, note-se que as decisões que a) não receber a denúncia; b) concluir pela incompetência do juízo; c) julgar procedente exceção; d) não conceder requerimento de prisão preventiva; e) revogar prisão preventiva; f) conceder liberdade provisória; g) relaxar prisão em flagrante; h) absolver o réu; i) que anular processo; são recursos adstritos somente à acusação.

Se só a acusação poderá recorrer em sentido estrito no caso do não-recebimento da denúncia e a defesa fica impedida de recorrer por força do recebimento da denúncia, é claro que há uma quebra da paridade de armas, insuperável.

A análise deste recurso permite perceber que há manifesta intenção de conferir ao recebimento da denúncia uma normalidade, ou seja, é a regra. Assim, quando houvesse

---

<sup>3</sup> *idem, ibidem.*

<sup>4</sup> EYMERICH, 1993.

uma acusação, o usual e esperado é que ela fosse recebida, pois, pela sistemática do atual código seria possível o juiz modificar tanto a tipificação quanto a narrativa fática do que estaria sendo processado, isso já na sentença, sem nem mesmo importar a defesa neste processo.

A expectativa é vinculada à uma presunção e normalidade, essa “*expectativa antecipa um preenchimento (...) que, até indicação em contrário será sempre o preenchimento projectado a partir do que se presume expectável, a partir do que convém à noção de normalidade*”<sup>5</sup>.

Portanto, é mais que evidente que o atual Código de Processo Penal, não só faz com que a busca da verdade pelo juiz ocorra, mas até que seja o recomendável, impedindo que se escoe a substância do processo, nos moldes da sua exposição de motivos, que é efetivamente alcançar um decreto condenatório.

A finalidade proposta ao processo penal dentro de tal codificação é a de ser diretamente eficaz, com alto índice de condenações, conforme vimos normalidade é que quando denunciado seja condenado.

Vencendo a idéia de que o Processo Penal é o *locus* para se discutir a questão da impunidade, passando para o ideário que permeia um Estado Democrático de Direito, é necessário que a liberdade seja a regra. E da mesma forma, não ser processado é a regra. Por isso passar a faculdade de recorrer da decisão que recebe a denúncia será de grande mudança para o espectro inquisitorial presente no Código atual, já que atualmente não poderá se utilizar o Recurso em Sentido Estrito para tal.

No sistema atual, permeado pela ideologia legitimada do Estado Novo de Getúlio, na qual a regra deveria ser condenar, somente seria possível se insurgir, pela mesma via processual, quando houvesse o não recebimento da denúncia, ou seja, um recurso nesse caso apenas da acusação.

Isso comprova claramente que a regra era o recebimento da denúncia, quando havia o recebimento o normal foi cumprido, assim como quando havia o não reconhecimento de

---

<sup>5</sup> MARTINS, 2009, p. 544.

alguma exceção, esse não reconhecimento nunca poderia ensejar uma via recursal, pois seria um meandro técnico para se escoar a suposta justiça pretendida.

Cumprir registrar que as políticas penais do fascismo implicam sempre a edição de política punitiva mais severa, aumentando o grau de repressão, sem precedentes, nessa esfera.

O princípio da mera legalidade é o princípio que prevalece em ideologias totalitárias, assim, qualquer conteúdo normativo ganha valor, no qual a forma jurídica não é instrumento ou garantia para assegurar valores ou até interesses externos ao Estado. O princípio da mera legalidade é utilizado de forma irracional e decisionista.<sup>6</sup>

Não é na esfera penal que se resolverá as mazelas da sociedade, das quais não cuida nem o Direito Penal, muito menos o Processo Penal. A identidade da impunidade é sempre um socorro populista fracassado, mas é mais fácil e bem mais aceito pela população, sem ignorar que as “necessidades do grupo politicamente dominante em sua luta para manter o poder sobrepuseram-se a todas as outras considerações e levaram a um grau de repressão sem precedentes somente nessa esfera”.<sup>7</sup>

E isso influencia a dilatação do uso da via estreita do *habeas corpus*, pode-se notar que Estados autoritários carregam essa problemática, a ação autônoma de impugnação passa a ser a pedra de salvação para muitos casos, o *habeas corpus* perde a sua finalidade precípua, que é a de apresentar o corpo, quando custodiado, que é a de ser utilizado para aqueles que têm ameaça direta ao direito da liberdade, passando a ser utilizado preventivamente.

Com o atual sistema, portanto, vários pedidos diretamente atinentes ao processo serão requeridos ao grau recursal através do *habeas corpus* simplesmente porque não há a previsibilidade de utilização do próprio processo para impugnação das decisões.

O atual código quando trata do *habeas corpus* como um recurso, coloca que a coação ilegal a que se poderá utilizá-lo é a) ausência de justa causa; b) prisão por mais tempo que o determinado por lei; c) coação por autoridade não competente; d) cessou

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, 2004, p. 230-231.

<sup>7</sup> RUSCHE, 2004, p. 281-282.

motivo da coação; e) inadmissão da fiança; f) processo manifestamente nulo; g) extinta a punibilidade.

Praticamente o *habeas corpus* é atualmente a antítese ao recurso em sentido estrito, enquanto que este teria o foco de alcançar praticamente a identificação de um recurso privativo da acusação, aquele é uma ação autônoma de impugnação a qual irá conter pedidos que tocam a defesa.

A utilização do *habeas corpus* é uma fuga, um paliativo, mas não é o mais adequado. Os assistidos pela defensoria pública não detém a mesma atenção, o que permite um déficit de confecção e acompanhamento dessa ação. Isso por si cria uma limitação da atuação para os acusados, impedindo muitas vezes a revisão das decisões que ferem direitos dos jurisdicionalizados.

## **2 O NOVO PARADIGMA PROCESSUAL – A CONSTITUIÇÃO E O AGRAVO**

Com o novo paradigma constitucional dado em 1988, verifica-se significativa evolução na perspectiva de perseguição do injusto penal. O Estado brasileiro passa a assumir a função de Estado Constitucional Democrático de Direito<sup>8</sup>, doravante tratado de Estado Democrático de Direito, e não mais deveria se ignorar os ditames substanciais proscritos na carta maior.

Com esta mudança ideológica representada pela Constituição de 1988 é imperioso que haja a mudança de tratamento da esfera processual penal, no sentido de permitir a satisfação de todo um arcabouço para preservar as garantias do réu.

---

<sup>8</sup> De acordo com Canotilho, o Estado Constitucional moderno não se limita a um Estado de direito, eis que *ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo*. O mesmo autor acrescenta que *A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa assim, que o poder do Estado deve organizar-se a se exercer em termos democráticos* (CANOTILHO, 2003, p. 98). Pode-se utilizar em consonância a esta a definição de Estado de Direito Social, que abarca a idéia de democracia substancial, no qual incorpora a prestação positiva dada pelo princípio da legalidade no tocante a garantir positivamente direitos sociais, de acordo com FERRAJOLI, , 2004, 861-864.



O Garantismo Penal não se preocupa com o mero legalismo, formalismo ou processualismo; antes disso, cuida de tutelar os direitos fundamentais à vida, liberdades pessoais, civis e políticas, na senda dos direitos individuais e coletivos, por se encontrar alicerçado na tutela dos direitos fundamentais.<sup>9</sup>

Dessa forma, no processo penal deve estar presente a idéia de racionalidade, de modo que o processo possibilite ao debilitado o mínimo sofrimento possível, seja a vítima de um delito, seja o acusado no curso do processo penal. Com base nessa premissa, criam-se leis, orientadas à máxima tutela dos direitos e, na falibilidade do juízo e da legislação, tem a intenção de tolher o poder punitivo, evitando qualquer tipo de violência arbitrária.<sup>10</sup>

O modelo garantista, *per se*, não seria suficiente, eis que demanda “uma reestruturação do sistema penal, de forma que a legalidade processual não mais potencialize a seletividade ou propicie o surgimento das cifras ocultas”.<sup>11</sup>

Assim, vencendo a ideologia que embasou a edição do Código de Processo Penal de 1941, de cunho fascista, cumpre superar a herança de Getúlio que trouxe codificação que, quando importada, já estava ultrapassada.

Especial relevo recebe a contribuição de Thomas Hobbes<sup>12</sup> que baseava seu contrato social no medo da população, definindo a máxima o homem é o lobo do próprio homem. Assim, quando o homem abre mão de sua liberdade, o faz para poder ter uma vida mais satisfeita, excluindo a condição de guerra natural que teria o homem sem a existência do Estado, o que limitaria a manifestação de suas paixões, permitindo que não prosperasse somente a lei do mais forte.<sup>13</sup>

Enquanto que sistemas repressivos penais autoritários se vinculam ao princípio mera legalidade, conforme já esclarecido, dentro de um Estado que se afirme Democrático e embasado pelo Direito, é imprescindível a ampliação da interpretação da legalidade, através da estrita legalidade, que definirá a reserva absoluta da lei, dirigida a quem

---

<sup>9</sup> FERRAJOLI, 2004, p. 28-29.

<sup>10</sup> CARVALHO, 2003, p. 84.

<sup>11</sup> CASARA, 2004, p. 100.

<sup>12</sup> MALMESBURY, acessado em 04 de agosto de 2009.

<sup>13</sup> *idem, ibidem*, p. 59.

prescreve a taxatividade, o legislador e definindo com precisão empírica as formulações legais.<sup>14</sup>

No caso específico, pela estrita legalidade deveria ter ocorrido a reparação da utilização do próprio Recurso em Sentido Estrito adequando o mesmo com a possibilidade de o acusado, ou indiciado, poder se insurgir contra todos os atos atinentes a este recurso quando o prejudicasse.

A paridade de armas consiste em permitir as mesmas oportunidades e até a utilização de instrumentos iguais. Efetivar esta paridade de armas é colocar a defesa, “no mínimo, em pé de igualdade com a acusação”<sup>15</sup>. Nenhuma razão consiste em dar uma proteção maior ao Estado, beneficiando a parte mais forte desta relação, já que no plano real sua posição já é manifestamente superior.<sup>16</sup>

Nesse sentido, a própria exposição de motivos do Projeto de Lei 156/2009, esclarece que o agravo superará a utilização massiva do *habeas corpus* para se insurgir contra a própria decisão do recebimento de denúncia, entre outros.

É justamente neste sentido que caminha o Agravo de Instrumento e Retido que vem prescrito no Projeto de Lei 156/2009, ou seja, a paridade de armas poderá ser efetivada nessa via recursal, compensando o crasso equívoco que ainda existe por força da ideologia fascista.

O Agravo, via de regra, será retido, ou seja, só será analisado caso haja a revisão em sede de apelação de acordo com o projeto do Código de Processo Penal, devendo ser requerido sua análise expressamente nas razões ou resposta do recurso de Apelação para que seja apreciado.

Qualquer decisão poderá ser agravada, mas, por força do princípio da oralidade este agravo será retido e só será analisado no futuro grau recursal, o que impedirá que haja interrupção desnecessária no rito processual, o que causa um prejuízo sob a análise da imediação, da identidade física do juiz e ainda, no sentido de se resguardar a substância apreendida em sede de instrução por ele, preservando ao máximo a audiência una.

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI, 2004, p. 35.

<sup>15</sup> KARAM, 2008, p. 401.

<sup>16</sup> *idem, ibidem*, p. 402.

Para que o agravo seja tratado como de instrumento, deverá se adequar ao artigo 463 do projeto citado, que de forma taxativa define os casos em que se poderá utilizar esta via recursal.

O recurso de recebimento da denúncia deixa de ocorrer somente no não recebimento, ou seja, somente pelo membro ministerial, possibilitando que quando ocorra o recebimento já se impugne de forma instrumental e possa ter a revisão da matéria pelo grau recursal competente, sem a necessidade de utilização do que vige hoje, o ingresso com uma ação autônoma de impugnação, o *habeas corpus*.

Assim como a declaração da competência ou incompetência, rejeição de exceção processual, pronúncia do acusado, questões referentes a medidas cautelares, independente de ser deferimento ou indeferimento, no caso de serem medida pessoal ou real poderão ser agravadas por qualquer das partes.

Com isso, vemos que a via do *habeas corpus* como pedra de salvação se restringirá naturalmente. A defesa sempre que achar cabível, e sem sair da esfera de atuação do próprio processo existente poderá requerer a revisão da matéria tratada no aludido artigo.

O agravo de instrumento além de receber o efeito devolutivo sempre, terá facultado seu efeito suspensivo, enquanto que o retido somente será devolutivo. Sendo efeito suspensivo se permitirá alcançar os mesmos efeitos pleiteados em sede de ação autônoma de impugnação.

Para que se confira ao agravo de instrumento o efeito suspensivo será necessário que seja relevante a fundamentação do pedido neste sentido, desde que resulte lesão no caso da não suspensão do processo, entretanto, no âmbito do Processo Penal, as decisões arroladas pelo artigo 463 fica inerente o prejuízo, já que infere diretamente aos direitos de liberdade e de ser processado, não podendo ficar simplesmente adstrito a um juízo de admissibilidade do efeito suspensivo pelo juiz.

Ocorre que, se assim for, o *habeas corpus* perderá a sua identificação atual, em princípio, uma vez que o mesmo é utilizado em grande parte atualmente para sanar a falha que o recurso em sentido estrito permite, dentro desta codificação autoritária.

Por si só poderá se readequar a via de impugnação de decisões interlocutórias, alinhando o sistema recursal atualmente vigente pela codificação que impede a paridade de armas, possibilitando, inclusive, que o acusado patrocinado pela Defensoria ou advocacia do interior se insurja contra as decisões, de maneira a fazer a decisão ser efetivamente revista pelo grau recursal.

Com isso, incidentalmente deve-se falar acerca do tratamento do *habeas corpus* no Projeto 156/2009, a primeira parte do artigo 635 é praticamente idêntica ao artigo 5º da CRFB. Entretanto, a parte final do citado artigo do projeto há uma fracassada tentativa de restringir a utilização do *habeas corpus* no caso de punição disciplinar, enquanto que no inciso constitucional não há tal restrição, além de que poderá ocorrer por força de ilegalidade ou abuso de poder.

O Projeto em comento, além disso, restringe a coação ilegal a um rol taxativo que se encontra no artigo 636, o que não é suficiente, onde não coube ao constituinte originário distinguir, não cabe ao legislador ir além, ainda mais restringindo a utilização da via do *habeas corpus*.

Nos moldes da exposição de motivos se diz que só nos tempos autoritários que tem a necessidade da interpretação ampla do cabimento do *habeas corpus*, que seria um “*subrogado universal das impugnações recursais*”<sup>17</sup>.

O que nos remete diretamente ao ponto de maior discordância analisada no presente estudo, que se dá no Parágrafo Único do artigo citado, no qual se impede a admissão do *habeas corpus* quando há a previsão de recurso com efeito suspensivo.

Quando se verifica que o defensor público ou advogado, utilizem a via do *habeas corpus* poderia se pensar que seria uma maneira a tumultuar o processo originário, ou até alcançar a consecução de uma decisão mais rápida podendo se fundamentar, sem análise técnica suficiente, tal tipo de restrição.

Entretanto, cabe analisar que para que haja o recebimento de um recurso de agravo, quando da vigência do Projeto de Lei 156/2009, é imperioso que para a sua utilização o advogado ou defensor sejam bastante procuradores do acusado.

---

<sup>17</sup> CARVALHIDO, 2009.

Já o *habeas corpus*, por se tratar de uma ação autônoma de impugnação cuja legitimidade para a propositura do mesmo é universal, ou seja, qualquer um pode ingressar em juízo no sentido de requerer a prestação jurisdicional para coação ou ameaça a direito, tanto em se tratando de ilegalidade ou abuso de poder, independente de ter procuração no processo originário não há restrição da via.

Com isso, é patente de inconstitucionalidade a limitação processual de impedir o cabimento de *habeas corpus* quando houver a possibilidade de utilização de recurso com efeito suspensivo. E nesse sentido se repete que não cabe ao legislador infraconstitucional distinguir onde o legislador constitucional não distinguiu e muito menos limitar a utilização de tal ferramenta de ingerência contra as violações às garantias que possa sofrer o foco de proteção estatal, o cidadão.

Vale lembrar que, limitação ou suspensão do *habeas corpus* já ocorreu recentemente no Brasil, pelo artigo 10 do Ato Institucional número 5 de 13 de dezembro de 1968: “*Fica suspensa a garantia de habeas corpus , nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.*”

Portanto, apesar da exposição de motivos se definir que só em regimes autoritários o *habeas corpus* tem sua utilização alargada, a sua exclusão ou limitação pende, da mesma forma, para o autoritarismo, sendo uma garantia política inerente ao cidadão e não poderá ser suspensa, nem limitada. Sendo uma idiosincrasia falar o contrário, ou até a universalização da ignorância.

Dessa maneira, fica evidente que, tentando o efeito suspensivo do agravo, o defensor e não alcançando, continuará facultado ao mesmo utilizar o *habeas corpus* com base constitucional, já que é um direito constitucionalmente garantido, independentemente da redação citada no projeto de lei.

O Estado não subsiste sozinho, ele depende do cidadão, por isso, o fim da efetivação do poder judicial não se dá diretamente relacionado ao poder pelo poder, mas direcionado para a proteção dos cidadãos, uma vez que estes são o fim cujo Estado é o meio. A inversão

da concepção teleológica, passando o Estado a fim e o cidadão o meio resulta no totalitarismo hegeliano, base teórica do Estado Nazista.<sup>18</sup>

Não há portanto o que se falar em limitação do direito de ação em sede de *habeas corpus*, mesmo que a parte tenha procuração para tanto, a escolha entre uma decisão recursal dentro do processo ou uma decisão em sede de *habeas corpus* é indiferente, uma vez que há repercussão diferente em escolher uma via ou outra, e ainda, no tocante à legitimidade das partes.

Não basta o projeto ser aplaudido e ter acertado na mudança ocorrida no agravo para vir posteriormente tentando expressar uma inconstitucionalidade, tentando limitar o aludido direito de ação, que não é possível já que se trata de uma cláusula pétrea a utilização de tal ação autônoma de impugnação.

Mas, não precisa ser definido que a limitação da utilização do *habeas corpus* seja inconstitucional. Isso não é necessário. Observa-se que com a identificação desta identidade pelo legislador infraconstitucional poderemos utilizar uma leitura conforme a constituição.

Vigorando o atual projeto de lei, o que será visto é um gênero com duas espécies. Ou seja, a garantia política do *habeas corpus* poderá ser utilizada com sua fundamentação constitucional, cuja a legitimidade é irrestrita e o uso se dá para qualquer possível vulneração ao ir e vir, e no caso da utilização da fundamentação infraconstitucional, que seria a do projeto, teremos uma outra espécie de *habeas corpus* cuja utilização ficará condicionada às definições já tratadas.

### **3 À GUIA DE CONCLUSÃO**

No que tange a edição do Projeto de Lei 156/2009, referente ao substitutivo do recurso em sentido estrito, se nota que terá uma profunda mudança a respeito do desrespeito à paridade de armas das partes no processo penal.

---

<sup>18</sup> FERRAJOLI, 2004, p. 888.

Em princípio, o recurso em sentido estrito limita o direito recursal da parte mais fraca do processo no principal ato de instauração do processo, só sendo possível haver recurso sobre o recebimento da denúncia, pelo membro ministerial quando houvesse seu não recebimento, ou no tocante à liberdade do acusado.

Pelo agravo, tanto do instrumento como retido, ter-se-á melhora substancial no tocante à revisão da análise das condições para o regular exercício do direito de ação e sua aceitação, adequando a paridade de armas aviltada pelo recurso em sentido estrito.

Essa mudança paradigmática trará reflexos no tocante a utilização do *habeas corpus*, que era a pedra de salvação contra qualquer ameaça a direito presente antes e durante um processo instaurado.

A citada ação autônoma de impugnação é até então a única maneira de fazer ser re-analisado o recebimento da denúncia e a maioria dos constrangimentos pessoais que um indiciado ou acusado podem sofrer.

Há um extravasamento da vontade do legislador originário pela edição deste projeto, tendendo a limitar o *habeas corpus* através do futuro Código de Processo Penal às medidas constritivas pessoais e quando não houver recurso com efeito suspensivo previsto para o caso, que, sendo aprovado, deverá ser ignorado tal limitação.

A limitação no direito de agir do cidadão não poderá suplantar a Constituição que permite essa legitimidade de maneira universal, podendo o *habeas corpus* ser exercido por qualquer do povo a que se propõe defender os direitos fundamentais do indiciado, acusado ou quem quer que possa sofrer violações aos seus direitos de locomoção.

Nesse aspecto, sustentando-se a constitucionalidade desta limitação, faz-se crer que existirão dois tipos de *habeas corpus*, um, embasado em sede constitucional, e o outro em sede processual, caberá, portanto, ao defensor escolher sua fundamentação legal quando do exercício do direito de ação. Esta ação autônoma de impugnação é uma das máximas proteções políticas que detém o cidadão, sendo impossível pensar que o *habeas corpus* constitucional poderá ser limitado.

Apesar do grande avanço existente nesse projeto, essa limitação tende à inconstitucionalidade, uma vez que mesmo que o exercedor do direito de ação possa utilizar-se da via do futuro agravo do Projeto de Lei 156/2009, jamais poderá ter limitado seu direito de agir, independente do que diga a lei.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código e Processo Penal. *in Constituição federal, código penal, código de processo penal*. Org. Luiz Flávio Gomes, 6 ed. rev. atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHIDO, Hamilton e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Exposição de motivos do Projeto 156 – Código de Processo Penal*, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASARA, Rubens. *Interceptação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Comentários Francisco Peña; Trad. Maria José Lopes da Silva. 2 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoria Del garantismo penal*, 6 ed. Madrid: Trota, 2004.

KARAM, Maria Lucia. *O direito à defesa e a paridade de armas*. In PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas, *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*, Rio de Janeiro, 2008

KONDER, Leandro. *Introdução ao fascismo*. 3 ed. São Paulo: Graal, 1991.



MALMESBURY, Thomas Hobbes. *Leviatã*. Disponível em:  
<<http://download389.mediafire.com/igeerh3lnhlg/0ygymbfmjfy/LEVIAT%C3%83+-THOMAS+HOBBES+DE+MALMESBURY.pdf>> acessado em 04 de agosto de 2009.

MARTINS, Rui Cunha. *Estado de direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas*. In Brandão, Cláudio *et all*. *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2 ed. Trad. Gizlener Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

---