

**O HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NA
ADMISSIBILIDADE DO WRIT PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

**THE HABEAS CORPUS AS AN INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF
FUNDAMENTAL RIGHTS: CRITIQUE OF DEFENSIVE JURISPRUDENCE IN THE
ADMISSIBILITY OF WRIT BY HIGHER COURTS**

Rafael Santos De Oliveira¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo realizar uma análise crítica acerca das limitações impostas pelos Tribunais Superiores brasileiros ao conhecimento do *habeas corpus*, suas causas e conflitos. Bem como sintetizar o processo decisório que ladeou a formalização desses precedentes mitigadores, bem como, seu impacto na proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: habeas corpus, tribunais superiores, conhecimento, limitação, garantias.

ABSTRAC

The present work aims to carry out a critical analysis of the limitations imposed by the Brazilian Superior Courts on the knowledge of habeas corpus, its causes and conflicts. As well as synthesizing the decision-making process that accompanied the formalization of these mitigating precedents, as well as their impact on the protection of fundamental rights.

Keywords: habeas corpus, higher courts, knowledge, limitation, warranties.

1 Introdução

O *habeas corpus*, além de clássico instrumento de defesa do direito fundamental da liberdade de locomoção, é sem dúvida o principal mecanismo de controle do devido processo legal no âmbito da persecução penal.

¹ Graduando em Direito na Universidade de Ribeirão Preto. Email: fael779@gmail.com

Tanto que as decisões mais paradigmáticas exaradas pelas cortes superiores em matéria penal e processual penal nas últimas décadas tem se dado em julgamentos de habeas corpus, não raro com a abstrativização das teses analisadas, e a observação dos precedentes pelos juízos de primeiro grau e tribunais de justiça.

No entanto o aumento exponencial da quantidade destas ações nos tribunais superiores, aliada ao uso indiscriminado do *writ*, prática que remonta à época da heterodoxa “doutrina brasileira” que chancelou o cabimento do remédio constitucional até mesmo à situações estranhas ao processo penal, tem instaurado na atualidade uma verdadeira “crise do habeas corpus”, implicando na imposição de barreiras ao seu conhecimento calcadas na preservação da racionalidade do sistema recursal como concretização da efetiva prestação jurisdicional, tornando cada vez mais difícil o efetivo acesso àqueles colegiados.

Se por um lado sustenta-se que o aumento da quantidade de processos, desta natureza, nas respectivas cortes têm implicado no desvirtuamento das missões institucionais tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal, quadro para o qual o fortalecimento das defensorias públicas e a adoção do processo eletrônico tem colaborado, é fato que parte da doutrina rechaça tais argumentos os considerando fruto de uma hermenêutica pragmática e consequencialista dissociada das garantias previstas na Constituição Federal. (STRECK; FREITAS, 2020, artigo eletrônico),

Essa realidade contrasta com a situação do sistema penitenciário brasileiro cujo estado de coisas inconstitucional foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347, afetado, com efeito, pela grande quantidade de presos provisórios, e ainda com reiterados exemplos de violação de direitos fundamentais promovidos pelo estado brasileiro em jurisdição criminal.

Para tanto, em um primeiro momento, será apresentado a importância desse instrumento para a defesa da liberdade e o devido processo legal, e após breves considerações do habeas corpus como ferramenta de defesa dos direitos fundamentais, sua utilização e alcance, em um segundo momento analisaremos as limitações jurisprudenciais impostas pelas cortes superiores ao conhecimento do remédio heroico em detrimento das regras previstas no texto constitucional, sob o ponto de vista da necessária preservação dos direitos e garantias.

2 O habeas corpus e a defesa efetiva da liberdade e do devido processo legal.

Fábio Konder Comparato assevera que “o *habeas corpus* já existia na Inglaterra, havia vários anos séculos (mesmo antes da Magna Carta), como mandado judicial (*writ*) em caso de prisão arbitrária”, mas sua reduzida eficácia só seria corrigida com a Lei do Habeas Corpus de 1679, de modo, a “confirmar no povo inglês a verdade do brocardo *mermedies precede rights*, isto é, são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário” (COMPARATO, 2015, p. 100).

No Brasil a primeira previsão do *habeas corpus* como instituto ocorreu no Código Criminal de Primeira Instância do Império de 1832 e tinha por escopo tutelar exclusivamente a liberdade ambulatorial, prevendo que “Todo o cidadão que entender, que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor” (Brasil, 1832).

Em sua primeira previsão constitucional, já no início do período republicano em 1891, o instrumento “ganhou maior amplitude, inclusive para amparar situações nas quais não necessariamente se discutia o direito de locomoção”, peculiaridade sobre a qual houve relevante produção doutrinária, perfazendo a conhecida como a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. (TORON, 2017, p.42), tendo em Pontes de Miranda um dos seus grandes entusiastas.

Segundo a doutrina brasileira, “o *habeas corpus* poderia ser articulado sempre que houvesse o descumprimento por parte do poder público de alguma das chamadas liberdades fundamentais”, ou seja qualquer situação de ilegalidade até mesmo extrapenais. (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p.24)

Nesse sentido, Pontes de Miranda no clássico livro *História e prática do habeas corpus*, fez intransigente defesa do texto constitucional de 1891, afirmando a “Constituição de 1891, art. 72, §22, equiparou a direito público constitucional, subjetivo”, assentando quanto ao teor do dispositivo e sua interpretação que “o seu verdadeiro sentido estava lá, concretizado, translúcido. Não nos ficava livre afastá-lo, nem restringi-lo, a nosso gosto. Lei é, como tal se aplica”. (MIRANDA, 2007, p. 225 ss)

Conforme ilustra Alberto Zacharias Toron, o *habeas corpus* somente recobriria a aplicação restritiva que lhe conferia a lei processual de 1832, durante a reforma constitucional de 1926 (TORON, 2017, p.43), cujo artigo 72, §22 estabeleceu, que “Dar-se-á o *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão

ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção” (Brasil, 1891), raciocínio albergado pela Constituição Federal de 1988 em seu 5º, inciso LXVIII.(Brasil, 1988)

No entanto, em razão da provável influência da “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, sustentam Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido uma espécie de uso amplo (quase heterodoxo) do *habeas corpus*”, que “tem como polo modulador o direito de liberdade ambulatorial”. (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p.24)

Ou seja, ainda que haja indireta ameaça à liberdade de locomoção, advinda, por exemplo da instauração de inquérito ou oferecimento de denúncia quando ausente a justa causa, ou da quebra dos sigilos em violação da proteção constitucional do direito à intimidade, caberá a impetração de *habeas corpus* para sanar a ilegalidade tendo em vista que em última análise, o procedimento persecutório efetivado com tais vicissitudes poderá redundar na ilegal restrição da liberdade de locomoção mediante aplicação de uma reprimenda de caráter corporal.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira destacam a importante contribuição da judicialização por meio do HC de questões referentes às comissões parlamentares de inquérito – CPI, para a ampliação da utilização do *habeas corpus* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

De fato, as questões jurídicas que apareciam a cada instalação de uma CPI, seja no que tange à sua adequação aos requisitos constitucionais (§3º do artigo 58), seja em virtude das demandas surgidas a partir das convocações de pessoas para prestarem depoimentos sobre aquilo que se apresenta com objetivo da investigação legislativa, sempre acabavam resolvidas no plenário do Supremo Tribunal Federal, uma vez que inexistia uma regulamentação pormenorizada de toda essa temática (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p.25)

Percebe-se que o *writ* no ordenamento jurídico brasileiro devido sua estatura constitucional, e a sua admissibilidade para tutelar a ameaça indireta à liberdade ambulatorial, tornou-se verdadeiro instrumento de controle da legalidade a evitar o abuso de poder dentro do processo penal.

Mesmo no Estado de Direito instaurado com Constituição Federal de 1988, com fortalecimento do Ministério Público, de instituição policiais e órgãos de controle, o *habeas corpus* fez-se protagonista na defesa dos direitos fundamentais, pois como assenta Alberto Zacharias Toron com base na justificativa do “combate à criminalidade organizada, corrupção, crimes etc. tem-se permitido uma larga flexibilização, quando não a própria aniquilação, de

algumas garantias individuais, entre as quais despontam a da amplitude do direito de defesa” (TORON, 2017, p.46)

Esse protagonismo foi reconhecido e reafirmado pelos tribunais superiores, a exemplo da manifestação do Superior Tribunal de Justiça quando da análise do HC 160.696:

Há muito a jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a utilização da ação mandamental de habeas corpus para afastar constrangimento ilegal de ordem processual suportado pelo réu no curso da ação penal, desde que presente a possibilidade de lesão à liberdade de locomoção do indivíduo, conforme se verifica na espécie, uma vez que reconhecida a violação do devido processo legal na ação penal em que o paciente responde pela prática do delito de denúncia caluniosa, previsto no art. 339, § 1º, do Código Penal, c/c arts. 29 e 69 do mesmo diploma legal, cuja pena pode chegar a mais de 9 (nove) anos de reclusão (Brasil, 2011)

Até mesmo matérias ventiladas no *writ* foram abstrativizadas, culminaram no reconhecimento de inconstitucionalidade de leis, a exemplo da decisão que no julgamento do HC 82.959-7/SP declarou inconstitucional o cumprimento integral da pena de condenados por crimes hediondos em regime fechado.

No que atine à sua utilização em detrimento dos demais recursos previstos na legislação processual penal Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira tecem importante observação de que o *writ* “foi sendo transformado em um atalho para resolver problemas ‘sistêmicos’. O maior deles, sem dúvida, diz respeito à morosidade ínsita ao processamento dos recursos extraordinários e agravos que chegam até o Supremo Tribunal Federal”. (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 26)

Nesse sentido Alberto Zacharias Toron advoga que, embora existam “não poucas vezes que se erguem” contra a utilização do *habeas corpus* em situações que não tutelam diretamente a liberdade de locomoção, “enquanto não houver outro meio processual igualmente eficaz e célere para afastar ilegalidades que possam, ainda que indireta e futuramente, atingir a liberdade, o emprego do *habeas corpus* não pode se tolhido”. (TORON, 2017, p.43)

Portanto, limitar a admissibilidade do habeas corpus acaba em última análise, comprometendo a defesa eficaz dos direitos fundamentais.

3. Análise e crítica às limitações à admissibilidade do *habeas corpus* nos tribunais superiores.

Segundo Mariana Madera Nunes, a já aventada quantidade de novas ações de *habeas corpus*, que ingressam anualmente nas cortes superiores, têm levado o Supremo Tribunal Federal “a estabelecer consideráveis ressalvas ao cabimento das impetrações” (NUNES, 2019, livro eletrônico)

Fatores tais como o maior acesso à justiça erigido na Constituição de 1988, o fortalecimento das defensorias públicas, o processo judicial eletrônico que facultou aos advogados que residem fora dos grandes centros exercer a profissão junto aos Tribunais Superiores, e a própria massificação da profissão, que segundo dados do Conselho Federal da OAB já ultrapassa 1.284.037 profissionais inscritos, têm contribuído para esse quadro. (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2021)

No que toca à quantidade de processos apenas no Supremo Tribunal Federal, Mariana Madera Nunes alude que em 1999 foram impetrados no STF cerca de 350 processos de *habeas corpus*, sendo que em 2008 esse número já era de 3.736 e dez anos depois, ou seja, em 2018 já havia saltado para 13.364 novos *habeas corpus*. (NUNES, 2019, livro eletrônico)

Daí decorreria a necessidade de racionalizar o sistema recursal, sob pena dos Tribunais Superiores terem desnaturada as funções que a Constituição lhes atribuiu, ao Superior Tribunal de Justiça de corte unificadora da jurisprudência e interprete da lei federal, e ao Supremo de corte constitucional. Tal necessidade tem culminado nas limitações, reiteradamente, estabelecidas ao manejo do *habeas corpus*.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a autora destaca as seguintes limitações à admissibilidade das impetrações, que igualmente vigoram junto ao Superior Tribunal de Justiça quando adequadas àquele sodalício, tais limitações ocorrem nos casos em que os *writs* são:

- 1) substitutivo de recurso ordinário; 2) formalizado contra decisão liminar; 3) impetrado em face de decisão monocrática contra a qual caberia agravo; 4) em substituição de recurso extraordinário ou revisão criminal; e 5) voltado contra ato de ministro do Supremo Tribunal Federal (NUNES, 2019, livro eletrônico)

Todavia, não podemos descuidar da envergadura constitucional do *habeas corpus* cujos limites são definidos pela constituição “que não prevê qualquer restrição além da situação de alguém que esteja a ‘sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção’”. (BADARÓ, 2016, p.517).

Sobre a limitação à utilização do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, instaurada quando do julgamento do HC 109.956 durante o ano de 2012, que somente ressaltou

a possibilidade de análise do *writ* para a concessão de ofício da ordem, essa só encontrou precedentes durante o regime militar de 1965, naquele período, inicialmente ocorreu a suspensão do *writ* para crimes políticos, promulgada com o Ato Institucional de 13 de dezembro de 1968. Já em 1969 através de outro Ato Institucional o AI-6, introduziu-se um complemento ao disposto no art. 114, II, a, da Constituição Federal, vedando o manejo da impetração substitutiva do recurso”. (TORON, 2017, p.45)

Tão logo concretizado no Supremo Tribunal Federal, o precedente firmado no HC 109.956 passou a orientar a admissibilidade dos *habeas corpus* impetrados junto ao Superior Tribunal de Justiça, que na linha daquela orientação da Suprema Corte, passou a rechaçar as impetrações efetivadas em substituição aos recursos ordinários de decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais.

Acerca das razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a inadmitir a impetração substitutiva, Marina Madera Nunes, aduz:

No voto, o Relator consignou trata-se o *habeas corpus* de ‘garantia maior’, voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão. Destacou, contudo, a sobrecarga de processos submetidos a exame pelo Supremo e pelo Superior Tribunal, tendo em vista o recebimento, respectivamente, somente no primeiro semestre de 2012, de 2.181 *habeas corpus* e 108 recursos ordinários e 16.372 *habeas* e 1.475 recursos. Realçou a problemática de se ter o enfraquecimento do próprio instituto a partir do manejo inadequado, assentando que 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. (NUNES, 2019, livro eletrônico)

O mesmo raciocínio foi utilizado para inadmitir os *habeas corpus* no HC 110.055/MG impetrados no STF contra decisões que julgaram improcedente recursos ordinários analisados pelo STJ, são os chamados *habeas corpus* substitutivos de recursos extraordinários, segundo a corte “seria um contrassenso não se admitir o substitutivo de recurso ordinário e admitir-se o extraordinário”. (NUNES, 2019, livro eletrônico)

Quanto a vedação de impetração do remédio heroico contra decisão de relator que indefere a liminar, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 691 durante o ano de 2003, segunda a qual “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”, cujo fundamento alçado é o da violação aos princípios processuais da hierarquia e da competência. (BRASIL, 2003)

Esse entendimento, é igualmente, cumprido à risca pelas turmas do Superior Tribunal de Justiça que o utilizam para negar seguimento aos *writs* impetrados contra liminares indeferidas pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais.

Contudo, conforme discorrem Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, “o próprio Supremo tem flexibilizado essa tese ao permitir que – em casos de flagrante constrangimento ilegal, por contrariedade à Constituição ou à jurisprudência da Corte” o teor da súmula seja afastado, é necessário ponderar que a decisão indefere liminar em *habeas corpus* é ordinariamente insuscetível de recursos, e conforme os autores, “ao ‘relativizar’ a Súmula 691, o STF nada mais fez que do que dar a ela um caráter hermenêutico. É uma ilusão metafísica pensar que um enunciado pudesse abranger todas as futuras (e complexas) hipóteses de aplicação”. (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p.27)

Nesta senda, o Supremo Tribunal Federal passou também a não conhecer do *writ* impetrado em face de decisão monocrática denegatória da ordem contra a qual caberia agravo, tendo em vista a inexistência de exaurimento da instância antecedente.

Finalmente, no que atine a possibilidade de impetração contra ato de ministro da Corte, o Supremo Tribunal Federal revisitou o tema durante o ano de 2016, no âmbito do HC 105.959, onde por maioria de 6 votos a 5 manteve a inadmissibilidade do *writ* nessas circunstâncias, baseando-se para tanto em sua própria jurisprudência, acerca dos motivos que ladearam aquela discussão, temos interessante posicionamento de Lenio Luiz Streck e Matheus Pimenta de Freitas na revista eletrônica Consultor Jurídico:

Por que a corte errou?

O entendimento que foi assentado no julgamento do HC 105.959 encontrou guarida tão somente em justificativa de ordem procedimental. Com efeito, todos os votos invocaram a orientação majoritária da corte, que afirmava que, contra as decisões monocráticas proferida por seus membros, o instrumento processual cabível seria o agravo interno, e não o Habeas Corpus.

A finalidade inequívoca daquela conclusão era diminuir a quantidade de impetrações do remédio constitucional ao Plenário do STF, em mais uma clara hipótese do que se denomina jurisprudência defensiva. Acontece que, ao assim decidir, a corte constitucional cometeu grave erro, esvaziando, em grande medida, o instituto do Habeas Corpus.

(STRECK; FREITAS, 2020, artigo eletrônico)

Mariana Madera Nunes (2019) alude ao fato histórico de que o Pleno do STF costumava admitir a impetração contra decisões monocráticas proferidas por seus membros, a exemplo do HC 85.099 de 2007, em que o Relator Ministro Marco Aurélio sustentou que “enquanto houver, acima do Órgão que praticou o ato, outro que possa examinar a impetração, é cabível a medida”,

e o Ministro Gilmar Mendes, na mesma linha defendeu que “a chave da abóbada do sistema de proteção judicial é a proteção judicial efetiva, é aquela cláusula que diz que nenhum direito ou ameaça a direto poderá estar imune à proteção judicial efetiva”.(Apud BRASIL, 2007).

É esse princípio, da proteção judicial efetiva, disposto no inciso XXV artigo 5º da Constituição Federal que parece ser o mais aviltado com o movimento da Supremo Corte de restringir o conhecimento do *habeas corpus*, some-se à isso o fato da Constituição Federal, conforme já asseveramos, não cuidar de impor qualquer limite ao conhecimento do heroico remédio senão aqueles referentes ao fato da autoridade coatora estar sujeita à sua competência de jurisdição, conforme artigo 102, inciso I alínea “d” da CF:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
(...)
d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (BRASIL, 1988)

Mesmo raciocínio empreendemos em relação ao Superior Tribunal de Justiça, cuja competência em sede de *habeas corpus* é definida pelo artigo 105 inciso I, alínea “d” da Constituição Federal:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
I - processar e julgar, originariamente:
(...)
c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (BRASIL, 1988)

Daí que não se coaduna à máxima efetividade que se deve atribuir ao direitos fundamentais, qualquer espécie de limitação ao conhecimento do *writ* que não esteja disposta no texto constitucional, especialmente diante de um grave quadro de crise do sistema penitenciário em que “no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgado pelo Ministério da Justiça, revelou-se que 40% dos encarcerados no Brasil representam presos provisórios” (STRECK; FREITAS, 2020, artigo eletrônico), ou seja, pessoas que sequer foram julgadas.

Some-se à isso, o fato de que o próprio Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 reconheceu um “Estado de Coisas Inconstitucional” devido as reiteradas violações de direitos

fundamentais ocorridas nas prisões brasileiras, comparadas às masmorras medievais pelos ex-ministro José Eduardo Cardoso.

De outro lado não se pode fechar os olhos à grande carga de processos de *habeas corpus* distribuídas aos Tribunais Superiores ano a ano, segundo reportagem de O Globo (2021), publicada em 25 de abril de 2021, o número dessas ações no STF triplicou no período de dez anos.

Tal fato tem impactado fortemente para a lentidão do sistema recursal, afetando a efetividade do princípio da razoável duração do processo previsto no artigo 5º inciso LXXVIII da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

Tal conflito de valores e de direitos fundamentais, na visão Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, tem levado, não raro, os Tribunais Superiores à equivocarem-se na limitação de direitos e garantias fundamentais, raciocínio que entendemos deva aplicar-se às restrições à admissibilidade do *habeas corpus* levadas a efeito naqueles sodalícios. (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p.83)

Muito dos equívocos efetivados em violação constitucional tem gênese hermenêutica, a ponderação tão proclamada como método para resolução de conflitos entre direitos fundamentais, segundo Lenio Luiz Streck, na famosa obra Verdade e Consenso, os tribunais brasileiros, leia-se aqui Tribunais Superiores, ponderam sem critérios, o que tem gerado decisões casuísticas, amparadas em argumentos funcionais. (STRECK, 2017, p.533)

Baseando-se no que o autor chama de panpricipiologismo, as decisões judiciais em casos importantes, como àqueles que decidem acerca dos limites ao conhecimento do *habeas corpus* são direcionadas à satisfação da pressão casuística, da necessidade funcional ou mesmo da opinião pública de plantão, enquanto a “a relevância do remédio constitucional heroico nos tempos atuais é ideia que surge automaticamente ao se examinar a situação do sistema carcerário brasileiro”, embora em tempos de forte repressão à criminalidade organizada e dos delitos de colarinho branco, a defesa das garantias não estejam na moda. (STRECK; FREITAS, 2020, artigo eletrônico)

Para Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, citando Dworkin, o princípio anterior que deve moldar a interpretação construída pela jurisdição (constitucional) é a integridade” (DWORKIN apud STRECK; OLIVEIRA, 2012, P. 85)

Percebe-se, em verdade, que é a discricionariedade às vezes confundida com ponderação, que com efeito, têm redundado na imposição restrições ao conhecimento do *habeas corpus* no âmbito dos Tribunais Superiores, ignorando a integridade que deveria moldar a aplicação dos princípios, daí porque a oposição de Ronald Dworkin à prática da interpretação discricionária:

Oponho-me à teoria popular de que os juízes têm poder discricionário para decidir casos difíceis. Admito que os princípios de direito sejam às vezes tão equilibrados que os que favorecem o demandante parecerão tomados em conjunto, mais fortes a alguns advogados, mas a outros, mais fracos. Sustento que mesmo assim faz sentido que cada uma das partes reivindique a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor da outra (DWORKIN, 2002, p. 430).

Quando decidiu por meio de princípios em matéria acerca do conhecimento do *habeas corpus* o Supremo Tribunal Federal, devolve ao *writ* a eficácia e amplitude que a Constituição Federal lhe garante. Tanto que nos autos do HC 152.752/PR o Pleno do STF assentou novamente a possibilidade de conhecer do *writ* substitutivo, merecendo transcrição os destaques feitos por Mariana Madeira Nunes:

No julgamento do HC 152.752/PR, o Plenário assentou, por maioria, ser admissível impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. Destacou-se destinar-se-á o *habeas corpus* 'por expressa injunção constitucional (art. 5º, LVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder'. O Ministro Alexandre de Moraes sublinhou a possibilidade de ser manejado, contra ato de Tribunal Superior, para o STF, conforme competência constitucional, tanto o *habeas corpus* quanto o respectivo recurso. Historicamente, as impetrações formalizadas contra ato colegiado do STJ tiveram a matéria de fundo examinada pelo Pleno sem que feita ressalva ao cabimento. (NUNES, 2019, livro eletrônico)

Embora a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, incoerentemente, ainda recalcitre em revisitar o tema aplicando o precedente do pleno da Suprema Corte, conforme noticiou o jornalista Danilo Vital na revista eletrônica Consultor Jurídico em outubro de 2020 (VITAL, 2020), a decisão já demonstra um grande avanço no caminho da preservação das garantias.

Porém e verdadeiro “direito penal da loteria” é fruto legítimo do próprio casuísmo presente nas decisões que limitaram o alcance do remédio heroico.

4. Conclusão

O *habeas corpus* instrumento da garantia da liberdade cuja origem remonta ao período anterior ao da própria Magna Carta, sendo um valioso instituto de direito fundamental, predecessor do avanço civilizatório, prova imanente de que as são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário, na memorável lição de Fábio Konder Comparato.

A Constituição Republicana de 1981 deu novo alcance ao *writ* no ordenamento jurídico pátrio, passando a tutelar uma séria de ilegalidades, extrapenais, inclusive, constituindo o *habeas corpus* segundo a doutrina brasileira, direito público constitucional, o que em certa medida influenciou a abrangência e a forma de utilização do remédio heroico até os dias atuais.

Devido à efetividade e celeridade, bem como, a jurisprudência que permite o uso do *habeas corpus* para coibir lesões ou ameaças indiretas à liberdade ambulatorial, passou o instrumento a amparar a impugnação à uma soma inumerável de atos no âmbito do processo penal.

Tal fato aliado, à solidificação de direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988, ao fortalecimento das defensorias públicas, e a massificação do número de advogados, tem contribuído para uma carga sobre-humana de processos no âmbito dos Tribunais Superiores, afetando a racionalidade do sistema recursal sob a ótica da garantia da duração razoável do processo, disposta no artigo 5º inciso LXXVIII, redundando na imposição de evidentes limitações ao seu cabimento pelo Supremo Tribunal Federal, movimento que é fruto da chamada jurisprudência defensiva.

Por outro lado as limitações impostas ao conhecimento de *habeas corpus* nas Cortes Superiores tem fragilizado a proteção e a própria efetivação de vários direitos fundamentais, o que ressoa intragável em um sistema carcerário cujo o estado de coisas já foi declarado inconstitucional, e onde cerca de 40% dos presos sequer foram julgados.

Os motivos utilizados por ambos os tribunais para mitigarem a admissibilidade do *writ*, por meio de uma técnica de ponderação dissociada dos padrões de integridade e coerência, tal qual sintetizados por Ronald Dworkin, e defendidos no Brasil por Lenio Luiz Streck, tem propiciado decisões casuísticas e colaborado para a instauração de um verdadeiro direito penal da loteria.

O Supremo Tribunal Federal tem reavaliado tais limitações, sob a ótica dos princípios tão difundida por Streck, o que culminou com a decisão exarada pelo Pleno no HC 152.752/PR, que passou novamente admitir o *habeas corpus* substitutivo, cujo precedente a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ainda hesita em seguir.

5. Referências

BRASIL. Lei nº LIM 29-11-1832, de 29 de novembro de 1832. Código do Processo Criminal de Primeira Instância. Rio de Janeiro, RJ, 5 dez. 1832. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm#:~:text=LEI%20DE%2029%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201832.&text=Promulga%20o%20Código%20do%20Processo,da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20Civil.&text=1%C2%BA%20Nas%20Províncias%20do%20Império,Paz%2C%20Termos%2C%20e%20Comarcas.. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 691. Brasília, DF, 24 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula691/false>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº Habeas Corpus 160.696 MS. ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO. Relator: MINISTRO JORGE MUSSI. Brasília, DF, 09 de agosto de 2011. **Hc Pode Ser Usado Para Discutir Questão Processual**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-set-10/habeas-corpus-usado-discutir-questao-processual-decide-stj#:~:text=2.,H%C3%A1%20muito%20a%20jurisprud%C3%Aancia%20dos%20Tribunais%20Superiores%20admite%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o,indiv%C3%ADduo%2C%20conforme%20se%20verifica%20na.> Acesso em: 15 fev. 2021.

BADARÓ, Gustavo H. **Manual dos recursos criminais**. São Paulo: Ed. RT, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 619 p.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Brasil). **Quadro de Advogados**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em: 25 fev. 2021.

VITAL, Danilo. **Turmas criminais do STJ consolidam divergência sobre conhecimento de HC**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-29/stj-consolida-divergencia-inconciliavel-conhecimento->

