

O USO INDISCRIMINADO DO *HABEAS CORPUS* NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Isabela Reple do Nascimento¹

RESUMO: O presente trabalho tratou do tema do uso indiscriminado do *habeas corpus* nos Tribunais Superiores, com foco na análise de possíveis causas e fenômenos relacionados e na verificação de dados referentes a impetrações e concessões nos Tribunais Superiores. O objetivo central do trabalho foi responder à pergunta: “pode o *habeas corpus* ser utilizado como um segundo recurso além das hipóteses recursais taxativas previstas em lei?”. Adotou-se como metodologia de pesquisa os métodos de abordagem quantitativa e qualitativa e o método de procedimento de análise de jurisprudência e revisão sistemática de literatura. Os objetivos específicos do trabalho foram: analisar o modo como se deu a sobrecarga dos Tribunais Superiores pelo manejo do *habeas corpus* e fenômenos relacionados; demonstrar essa sobrecarga em termos estatísticos, através de coleta de dados obtidos nos sites do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça referentes aos anos de 2015 a 2019. Conclui-se que não é logicamente viável que se autorize a impetração generalizada de modo a sobrecarregar as Cortes Superiores do país a um ponto que torne impraticável a análise dos casos concretos.

Palavras-chaves: *Habeas Corpus*. Sucedâneo Recursal. Tribunais Superiores. Sobrecarga.

The indiscriminate use of habeas corpus in the Brazilian Superior Courts

ABSTRACT: This article addressed the topic of the indiscriminate use of *habeas corpus* in the Brazilian Superior Courts, focusing on the analysis of possible causes and related phenomena and on data verification regarding to filings and grantings in the Superior Courts. The main goal of the article was to answer the question: “The *habeas corpus* may be used as a second appeal beyond exhaustive hypothetical appeals provided by law?”. As research methodology, it was used the quantitative and qualitative method and the procedure of analysis of the jurisprudence and systematic review of the literature. The specific objectives of the paper were: analyse the way in which the Superior Courts got overloaded by the use of the *habeas corpus* and its related phenomena; demonstrate this overload in statistical terms, through data collection obtained on the Supreme Court and Superior Court of Justice websites, referring to the years of 2015 to 2019. It concludes that is not logically viable to

¹ Assessora-chefe de Subprocuradora-Geral da República na PGR, bacharela em Direito (UniCEUB); especialista em Direito pela Escola Superior do MPDFT; especializanda em “Direito Penal e Processual Penal” pelo IDP; e-mail: belareple@hotmail.com.

allow the widespread filing of *habeas corpus* in such a way that overload the Superior Courts of the country and making impossible the analysis of concret cases.

Palavras-chaves: *Habeas Corpus*. Appeal Substitute. Superior Courts. Overload.

INTRODUÇÃO

A função constitucional do *habeas corpus* é fazer cessar a ocorrência ou ameaça de ocorrência de violência ou coação no direito à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. O seu emprego, na prática, parece ter alargado o campo de incidência constitucionalmente delimitado para abarcar hipóteses dissociadas da sua função essencial.

Nesse trabalho, será tratado o tema referente ao uso indiscriminado do *habeas corpus* individual nos Tribunais Superiores. O objetivo é analisar possíveis causas e fenômenos relacionados e verificar os dados referentes a impetrações e concessões nos Tribunais Superiores, questionando: pode o *habeas corpus* ser utilizado como um segundo recurso além das hipóteses recursais taxativas previstas em lei? Para isso, será realizada uma análise de jurisprudência e revisão bibliográfica sobre o tema, além de um levantamento estatístico de dados obtidos nos *sites* do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça referentes aos anos de 2015 a 2019, para concluir que não é logicamente viável que se autorize a impetração generalizada de modo a sobrecarregar as Cortes Superiores do país a um ponto de tornar impraticável a análise dos casos concretos.

A relevância do problema reside na necessidade de se preservar a racionalidade do sistema processual e recursal brasileiro, bem como de atacar a sobrecarga dos Tribunais Superiores, reduzindo a morosidade e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração dos processos levados ao crivo das Cortes máximas. Reclama-se a retomada da função constitucional do *habeas corpus*, sem o seu emprego indiscriminado para reformar decisão desfavorável à parte.

No que se refere aos tipos genéricos de pesquisa, serão utilizados os tipos descritivo e explicativo. O primeiro relata características, percepções, descrições sobre a sistemática de funcionamento do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, ao passo que o segundo identifica fatores determinantes ou contributivos ao

desencadeamento da morosidade e instabilidade jurídico-processuais provocadas pelo desvirtuamento do uso do *writ*.

No primeiro capítulo apresentar-se-á um breve cenário do *habeas corpus* na justiça criminal brasileira, a partir do exame do cabimento da ação constitucional, dos seus limites de cognição no STF e STJ, e da possibilidade de concessão, *ex officio*, da ordem; no segundo tópico, serão apresentados dados estatísticos sobre impetrações e concessões nos Tribunais Superiores; e no terceiro item serão apresentados os fenômenos relacionados e possíveis causas do aumento de impetrações.

1 O HABEAS CORPUS NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

1. 1 CABIMENTO

“O habeas é uma espécie de instrumento de contrapoder nas mãos do cidadão para deter o abuso ou o desvio dos agentes incumbidos de aplicar o direito penal.” (TORON, 2018, livro eletrônico)

Segundo a autora Mariana Madera Nunes, “o volume de novos processos formalizados a cada ano tem levado o Tribunal a estabelecer consideráveis ressalvas ao cabimento das impetrações.” (NUNES, 2019, livro eletrônico).

Mariana procedeu ao seguinte recorte para elucidar algumas das ressalvas impostas ao cabimento do *habeas corpus*: 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.

Relativamente ao cabimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, ela concluiu que a divergência entre as turmas do STF sobre a adequação de *writ* substitutivo de recurso ordinário foi pacificada em abril de 2018, com o julgamento do HC 152.752, quando o Tribunal Pleno, por maioria, entendeu ser admissível, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder.

A Segunda Turma perfilha do mesmo entendimento do Tribunal Pleno. “Na ponderação entre a banalização do *writ* e a efetividade da garantia constitucional, o Colegiado entende que não se deve limitar o acesso à garantia”, com as ressalvas de posicionamento

feitas pelos ministros Edson Fachin e Carmen Lúcia, que não consideraram cabível a impetração substitutiva de recurso ordinário. (NUNES, 2019)

A Primeira Turma, no entanto, diverge da orientação perfilhada pelo Pleno e pela Segunda Turma, assinalando taxativo o rol constante do art. 102, I, “d” e “i”, cujo entendimento encontra justificativa na problemática do uso imoderado do instituto que acaba por transformar o Supremo Tribunal Federal na última instância de apreciação do *writ*. Os ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio apresentaram divergência no âmbito da Turma, que só teve sua maioria formada com a filiação da ministra Rosa Weber ao entendimento firmado no Pleno com a reafirmação da jurisprudência no mencionado HC 152.752/PR. “Em julgados recentes, principalmente da relatoria do Ministro Marco Aurélio, é possível verificar que não consta dos votos a ressalva ao cabimento, ficando o Colegiado tão somente no deferimento ou indeferimento da ordem.” (NUNES, 2019)

Nesse aspecto, Toron rememora que foi com o AI-6, de 1º de fevereiro de 1969, que se mudou o cenário da garantia constitucional em foco. “O *habeas corpus* foi atingido no seu processamento”. Das decisões denegatórias proferidas em *habeas corpus* pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelo antigo Tribunal Federal de Recursos era possível impetrar *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, mas com o AI-6 introduziu-se um complemento ao disposto no art. 114, II, “a”, da Constituição Federal, vedando a impetração substitutiva do recurso. (TORON, 2018)

O dispositivo passara a ter a seguinte redação:

Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

II – julgar, em recurso ordinário:

a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou Federais quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário.

A Constituição de 1988 não reproduziu a restrição ao manejo do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário e, portanto, é de se entender revogada a proibição. (TORON, 2018)

Assim, na visão do autor, com a vedação da utilização do *habeas corpus* substitutivo do RHC, a tramitação da ação passou a ser mais lenta, pois, interposto o recurso no Tribunal de origem, haveria de se aguardar as contrarrazões do Ministério Público, o despacho do

presidente do Tribunal, sua publicação e a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça. Com isso, o paciente ficaria preso por pelo menos dois meses até ver apreciada a liminar.

Pos sua vez, Nucci pondera que a diferença fundamental entre o recurso ordinário e os recursos especial e extraordinário reside no juízo de admissibilidade, porquanto os dois últimos submetem-se a um filtro, realizado pelo Tribunal de origem, ao passo que o primeiro não possui juízo de admissibilidade, a não ser a constatação da sua intempestividade. (NUCCI, 2019, p. 215)

Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça adentra ao mérito da pretensão veiculada em recurso ordinário intempestivo, consoante esclarece o seguinte julgado:

Esta Corte vem entendendo possível, nos casos de intempestividade do recurso ordinário em habeas corpus, tal como se procedem casos de impetração inadequada de remédio constitucional substitutivo, que, de ofício, esta Corte constate a existência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, evitando-se, assim, prejuízo à ampla defesa e ao devido processo legal (RHC 35.986/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, Dje 02/05/2016)

No que diz respeito às impetrações contra decisão liminar de prévio *writ* requerido a Tribunal Superior, o Plenário e as Turmas do Supremo seguem a jurisprudência consolidada acerca da inadmissibilidade, cuja orientação restou sumulada pelo Supremo no enunciado nº 691, assim disposto: “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”.

No entanto, desenvolveu-se algumas hipóteses excepcionais para afastar o rigor na aplicação do referido enunciado: a) quando seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF. (NUNES, 2019)

Gilmar Mendes chama a atenção para um ponto importante: as mitigações ao enunciado não impedem hipóteses de *habeas corpus* sucessivamente impetrados contra decisões liminares em todas as instâncias. Nesses casos, a transgressão da hierarquia e competência dos graus de jurisdição revelam-se patentes, haja vista que muitas vezes o objeto

do *writ* impetrado no Supremo Tribunal Federal será a própria decisão do juiz de primeira instância, possibilitando-se que a decisão monocrática do ministro relator no STF revogue diretamente a decisão do juiz de piso. (MENDES, 2019)

Nessa temática, Nucci entende que “ou há Súmula da Suprema Corte a ser cumprida ou não há.” Explica: “não nos parece ideal o fracionamento das interpretações sumulares, aplicando, conforme o caso concreto, segundo peculiaridades de cada situação, a orientação fixada pelo próprio Colendo Supremo Tribunal Federal.” Se a Súmula é inviável de ser aplicada, o caminho adequado seria sua revogação, tendo em vista que, se mantida e ao mesmo tempo descumprida conforme cada caso individualmente considerado, não há, na prática, questão sumulada. Portanto, “o precedente aberto não se nos afigura a solução ideal.” (NUCCI, 2019, p. 227)

Em contraposição ao entendimento de Nucci, Gilmar Mendes sustenta que, muito embora não tenha havido a revogação do enunciado nº 691 da Súmula do Supremo, a Corte tem procedido ao devido *distinguishing* em casos específicos com vistas a afastar a aplicação do enunciado nas hipóteses em que a negativa da liminar pelas instâncias inferiores configure manifesta afronta ao direito de liberdade. (MENDES, 2019)

Toron entende que o primeiro equívoco da Súmula em exame está em generalizar algo que nem sempre ocorre, isto é, que o pedido liminar tem sempre o mesmo objeto do mérito. Por exemplo, pode ocorrer situação em que a impetração se dirige ao trancamento da ação penal e o pedido liminar volta-se unicamente à suspensão do interrogatório e/ou do indiciamento. O segundo equívoco situa-se no fato de que o *habeas corpus* pode ser concedido de ofício pelo julgador a qualquer tempo (CPP, art. 654, §2º), o que afastaria a problemática do “salto” e, conseqüentemente, o rigor do enunciado. (TORON, 2018)

[...] o comportamento dos advogados ao pleitear a concessão de liminares em *habeas corpus* impetrados sucessivamente perante tribunais de graus diferentes deve ser debitado, ao lado da urgência da medida, à demora no julgamento dos agravos regimentais, aliás, de discutível cabimento, quando interpostos contra a decisão monocrática indeferitória da liminar e, por fim, do próprio *writ*. (TORON, 2018)

Relativamente aos casos de impetração em face de decisão monocrática contra a qual caberia agravo, seguem o mesmo entendimento acerca da inadmissibilidade da postulação mas considerando a possibilidade de concessão da ordem de ofício. (NUNES, 2019)

Quanto à utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso extraordinário, a Primeira Turma, por maioria, firmou compreensão pela inadequação, e a Segunda Turma entende que não caracteriza óbice a seu conhecimento. (NUNES, 2019)

Toron, defendendo a admissibilidade, alerta que, no caso do *habeas corpus* manejado em substituição ao apelo extremo, há uma peculiaridade que deveria afastar a exigência do prequestionamento: a autorização prevista no art. 654, §2º, do CPP para juízes e tribunais concederem a ordem de ofício quando verificarem a ocorrência de constrangimento ilegal que afete a liberdade de ir e vir. “Se o juiz do *habeas* pode concedê-lo de ofício, divisando até mesmo questões não postas na impetração, disso decorre que não há prequestionamento de espécie alguma no julgamento de *habeas corpus*”, ainda mais se a matéria foi veiculada mas não apreciada pelo Tribunal de origem. (TORON, 2018)

Reafirmando seu ponto, Toron cita o entendimento do ministro Sepúlveda Pertence no sentido de que o conhecimento do *habeas corpus* não depende de prequestionamento na decisão impugnada, bastando que a ilegalidade seja imputável ao órgão jurisdicional inferior, independentemente da haver análise e infirmação da ilegalidade apontada ou omissão no exame da alegação do impetrante ou de matéria sobre a qual, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida, se devesse pronunciar de ofício.

Na compreensão de Lênio Streck, não há, em tese, uma questão sequer que seja passível de discussão no recurso extraordinário da defesa que não possa ser analisada, com muito mais facilidades, no *habeas corpus*. Nesse aspecto, o autor elenca as seguintes percepções: o *writ* não está sujeito a prazo para a sua utilização; nele, não importa se a ofensa à Constituição Federal é reflexa ou não; não é exigido prequestionamento; enquanto no recurso extraordinário devem ser considerados os fatos inequívocos descritos no acórdão recorrido, no *habeas corpus* se permite, também, a análise de prova documental juntada pelo impetrante e passível de ser complementada por diligências determinadas pelo relator; prioridade de julgamento e celeridade. (STRECK, 2014, livro eletrônico)

Em outro vértice, o ministro Luiz Fux, no HC 130.439/RJ, publicado em 03/05/2016, sustenta que a compreensão sobre o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário contrasta com os meios de contenção de feitos, como a Súmula Vinculante e a Repercussão Geral, implementados com o objetivo de viabilizar o exercício pleno da função de guardião da Constituição Federal.

Quanto à adequação do *writ* como substitutivo de revisão criminal, a Corte Suprema orienta que, ordinariamente, o *habeas corpus* não se presta a rescindir decisão condenatória passada em julgado, porém, a superação do não conhecimento do *writ* está condicionada à hipótese de evidente ilegalidade. (NUNES, 2019)

Relativamente ao uso do *writ* para impugnar ato de ministro do Supremo Tribunal Federal, a partir da análise do HC 86.548/SP passou-se a aplicar analogicamente a Súmula 606 para não conhecer de impetrações voltadas contra decisões de Ministros da Corte. O enunciado sumular possui o seguinte teor: “não cabe *habeas corpus* originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso.” Isso porque, o STF tem como adequada a interposição de agravo interno para impugnar os pronunciamentos individuais dos Ministros, mesmo quando se tratar de terceiro prejudicado. (NUNES, 2019)

Nada obstante, como usualmente ocorre, a matéria é sempre rediscutida pelo STF e a superação do óbice ao conhecimento do *habeas corpus*, com a conseqüente análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício está relacionada à existência de patente ilegalidade.

Afora os recortes escolhidos por Mariana Nunes para elucidar algumas das ressalvas impostas ao cabimento do *habeas corpus*, convém tratar também dos casos de impetração substitutiva de recurso de apelação e recurso especial. Nesses casos, a impetração substitutiva é possível se a questão posta for de direito.

Na hipótese da apelação, se um réu for preso e condenado por sentença que apresente nulidade, não se lhe deve negar o manejo do HC, destinando-lhe a única opção de aguardar o demorado trâmite da apelação para só depois de anos ver reconhecida a nulidade. “É evidente que não interessa a ninguém, muito menos ao Estado, que se resente de vagas nas cadeias, manter alguém preso indevidamente.” (TORON, 2018)

Atinente ao recurso especial, se é possível examinar pela via do *habeas corpus* a mesma questão eminentemente de direito que no Recurso Especial, não haveria razões para impedir o manejo de HC em substituição ao recurso especial. (TORON, 2018)

O Superior Tribunal de Justiça, pela maioria de seu órgão colegiado maior especializado em tema de Direito criminal (Terceira Seção), no HC nº 482.549/SP, publicado em 03/04/2020, fixou diretrizes a serem observadas nos casos de *impetração contemporânea*

ao manejo do recurso cabível (apelação, agravo em execução, recurso em sentido estrito, recurso especial, e mesmo a revisão criminal), isto é, quando ele já foi interposto pela parte mas ainda se encontra pendente de julgamento pelo Tribunal competente - diferindo das hipóteses de impetração substitutiva, quando não houve a interposição do recurso cabível.

O processo foi levado a julgamento perante a Terceira Seção, com fulcro no art. 14, II, do RISTJ, em razão da relevância jurídica do tema posto em debate e da multiplicidade de hipóteses semelhantes retratadas pela mesma discussão suscitada no HC 582.549/SP. No caso, a Defesa havia interposto recurso de apelação e, concomitantemente, impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O ministro Rogério Schietti, inicialmente, assentou o seguinte:

[...] é fundamental registrar que a tutela constitucional e legal da liberdade humana justifica algum temperamento aos rigores formais inerentes aos recursos em geral, mas não dispensa a racionalidade no uso dos instrumentos postos à disposição do acusado ao longo da persecução penal, dada a necessidade de também preservar a funcionalidade do sistema de justiça criminal, cujo poder de julgar de maneira organizada, justa e correta, permeado pelas limitações materiais e humanas dos órgãos de jurisdição, se vê comprometido – em prejuízo da sociedade e dos jurisdicionados em geral – com o concomitante emprego de dois meios de impugnação com igual pretensão.

Nas hipóteses em que o *habeas corpus* possuir, além do pedido de tutela direta da liberdade coarctada pela sentença, objetos idênticos ao do recurso de apelação, consignou-se que somente será admissível o conhecimento do *writ* quanto à eventual parte relativa à prisão. No mais, “caberá ao recurso de apelação, dotado de amplo espectro cognitivo, o exame das outras questões suscitadas pela defesa”. (STJ. HC 582.549/SP. Terceira Seção. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. DJE 03/04/2020)

Esclareceu-se que, na hipótese de o réu se encontrar em liberdade e o objeto do *habeas corpus* for idêntico ao da apelação, em todos os termos, não há como se permitir o prosseguimento do *writ*, diante da opção do legislador em prever o recurso próprio e adequado. O *habeas corpus*, nesse caso, estará sendo utilizado de forma desvirtuada e como meio de contornar as especificidades de tramitação do recurso de apelação, usualmente mais demorado.

Rogério Schietti ainda se atentou para uma situação importante:

[...] por vezes a apelação, por qualquer motivo, não é conhecida. Em tal caso, há de ser possível a utilização de *habeas corpus* para sanar eventual

constrangimento ilegal advindo da sentença condenatória. Contudo, a utilização do *writ*, nessa situação, de caráter subsidiário, somente deve ser permitida depois de proferido o juízo negativo de admissibilidade da apelação pelo Tribunal *ad quem*, visto serem indevidas a subversão do sistema recursal e a avaliação, enquanto não exaurida a prestação jurisdicional pela instância de origem, de tese defensiva na via estreita do habeas corpus.

Diante de tais considerações, a conclusão a que se chegou acerca da possibilidade de examinar *habeas corpus* impetrado contemporaneamente ao recurso cabível tripartiu-se entre as hipóteses de necessidade de tutela *direta* da liberdade de locomoção (prisão); naquelas em que veiculadas questões idênticas nas duas vias processuais; e nos casos em que conduzidas questões diversas. Na primeira situação, compreendeu-se que sempre será permitido o exame do *writ*; na segunda, o exame deve ser reservado ao recurso previsto para a hipótese, ainda que a matéria discutida implique, por via transversa, na liberdade individual; e, na terceira, somente serão examinadas se refletirem mediatamente na liberdade do paciente.

O entendimento do ministro Relator foi assim resumido na proposta de ementa:

A interposição do recurso cabível contra o ato impugnado e a contemporânea impetração de habeas corpus para igual pretensão somente permitirá o exame do *writ* se for este destinado à tutela direta da liberdade de locomoção ou se traduzir pedido diverso em relação ao que é objeto do recurso próprio e que reflita mediatamente na liberdade do paciente. Nas demais hipóteses, o habeas corpus não deve ser admitido e o exame das questões idênticas deve ser reservado ao recurso previsto para a hipótese, ainda que a matéria discutida resvale, por via transversa, na liberdade individual. (grifos no original)

Inaugurando a divergência de parte da proposta do ministro Rogério Schietti, o ministro Ribeiro Dantas, integrante da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, propôs uma mitigação do entendimento em relação às hipóteses em que seria, em tese, possível o trancamento da ação penal. Ele concordou com a proposta de restringir o âmbito de conhecimento do *habeas corpus* quando for impetrado ao mesmo tempo e com idêntico teor da apelação, mas, no tocante às hipóteses em que seria, em tese, possível o trancamento da ação penal (atipicidade da conduta, ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade), entendeu que não seria justificável impedir o conhecimento do *writ*, ainda que interposto concomitantemente com o recurso de apelação e repetindo suas razões. Justificou-se que “seria contraditório admitir o

remédio constitucional antes da sentença e, a partir da decisão condenatória, proibi-lo. Ora, se havia coação ilegal, a sentença não a validara, merecendo exame pelo Judiciário”.

Os ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Sebastião Reis Júnior acompanharam a divergência.

Por sua vez, o ministro Joel Ilan Paciornik, da Quinta Turma do Tribunal Superior, acompanhou integralmente o Relator.

Votaram com o Relator, além do ministro Joel Ilan Paciornick, a ministra Laurita Vaz, o ministro Jorge Mussi e o ministro Antônio Saldanha Palheiro, formando maioria no órgão colegiado maior.

Esse entendimento, frise-se, considera a análise de impetração contemporânea ao manejo do recurso cabível.

No tocante ao manejo de impetração substitutiva ao recurso cabível, no dia 10/06/2020, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, suscitou Questão de Ordem no bojo do HC 535.063 para que a conclusão do julgamento fosse no sentido do não conhecimento do *habeas corpus*, por ser sucedâneo recursal, mas fosse concedida a ordem de ofício, nos termos do voto do Relator, assim o fazendo “por questão de coerência e a fim de não incidir em posterior descumprimento de diretriz fixada pela Terceira Seção”.

O colegiado maior, por maioria, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos da questão de ordem suscitada pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca, mas concedeu a ordem de ofício.

Antes do HC paradigmático do STF julgado em abril de 2018 (HC 152.752), a Terceira Seção do STJ havia entendimento pacificado no seguinte sentido:

O Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. (HC 323.409/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018)

No julgado acima, consignou-se que as Cortes Superiores passaram a restringir a admissibilidade do *habeas corpus*, diante da sua utilização crescente e sucessiva, quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem descurar a possibilidade

de concessão da ordem, de ofício, nos casos de ilegalidade flagrante, em homenagem ao princípio da ampla defesa. Acrescentou-se que o entendimento teve como objetivo preservar a utilidade e a eficácia do *writ*, para garantir a celeridade almejada.

Após abril de 2018, quando ocorreu o julgamento do HC 152.752 pelo STF, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça continuou impondo óbice ao conhecimento de HC substitutivo de recurso ordinário, mas a Sexta Turma não impôs/impõe essa barreira.

Ilustrativamente:

O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. (HC 561.252/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 02/06/2020)

É certo que o Agravante alega que o pedido que deve ser analisado pelo Superior Tribunal de Justiça é o formulado no recurso cabível (como no caso, em que a presente via de impugnação foi interposta na origem concomitantemente a *writ* impetrado nesta Corte). Todavia, **a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça não impõe óbice ao conhecimento do habeas corpus substitutivo de recurso ordinário**. Dessa forma, deve ser processado tão somente o pedido que primeiramente foi recebido pelo STJ. (AgRg no RHC 126.237/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, **SEXTA TURMA**, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020, grifos nossos)

Agora, com o novo entendimento da Terceira Seção da Corte Superior de Justiça espelhado no HC 535.063, a questão sobre impetração substitutiva ao recurso cabível, no âmbito do Tribunal, solidificou-se na ausência de exceções ao conhecimento de *habeas corpus* substitutivo.

Em análise dos precedentes do STF citados no voto do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, verificou-se que a Excelsa Corte, mesmo após abril de 2018, quando ocorreu o julgamento do HC 152.752, proclama o descabimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, como se observa, por exemplo, do HC 180365, de relatoria da ministra Rosa Weber, da Primeira Turma, julgado em 27/03/2020 e publicado em 02/04/2020: “inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.”

Do inteiro teor do julgado acima, retira-se a informação de que a jurisprudência da Corte Suprema orienta a inviabilidade, como regra, do *writ* substitutivo de recurso ou revisão criminal, com a ressalva, na última hipótese, de serem os fatos incontroversos. Citou-se como

referência o RHC 123.813/RJ, publicado em 21/11/2014, de relatoria do ministro Dias Toffoli, integrante da 1ª Turma, o HC 121.255/SP, publicado em 1º/08/2014, de relatoria do ministro Luiz Fux, integrante da 1ª Turma, e o HC 139.741/DF, publicado em 06/03/2018, de relatoria do ministro Dias Toffoli, quando passou a integrar a 2ª Turma.

Também, o HC 172308, de relatoria do ministro Luiz Fux, da Primeira Turma, julgado em 30/08/2019 e publicado em 17/09/2019, de cujo inteiro teor extrai-se que “não cabe a rediscussão da matéria perante essa Corte e nesta via processual, porquanto o habeas corpus não é sucedâneo de recurso ou revisão criminal”. Para tanto, o julgador citou os seguintes precedentes: HC nº 133.648-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 07/06/2016 e HC nº 132.103, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 15/03/2016.

No mesmo sentido, o HC 145341, de relatoria do ministro Roberto Barroso, da Primeira Turma, julgado em 07/05/2018 e publicado em 22/05/2018, no bojo do qual se asseriu que a Primeira Turma do Supremo firmou compreensão no sentido da inadmissibilidade de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, razão pela qual seria imperiosa a extinção do processo, sem exame do mérito, por inadequação da via eleita. Citou-se como referência o HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio, o qual foi julgado em 07/08/2012 e publicado em 11/09/2012.

Dos julgados acima ilustrados emerge a especificidade de que, em todos, os mencionados precedentes do STF utilizados para a conclusão da inadequação do *writ* substitutivo de recurso ordinário *são anteriores a abril de 2018*.

1.2 LIMITES DE COGNIÇÃO DO *HABEAS CORPUS* NO STF E STJ

Sobre os contornos do que pode ser discutido em sede da ação constitucional em estudo, tanto a coação ou ameaça direta à liberdade de locomoção autoriza a impetração do *habeas corpus*, como também a coação ou a ameaça indireta à liberdade individual. Além das prisões, o HC é importante pelo controle da legalidade das investigações e das ações penais, uma vez que, ainda de forma mediata, podem atingir a liberdade de locomoção. Ou seja, tudo aquilo que diga respeito ao direito de defesa – ainda que fora do campo imediato da liberdade de locomoção – pode ser ventilado por meio do *habeas corpus*. (TORON, 2018).

Por outro lado, Nucci utiliza a noção de impossibilidade jurídica do pedido em *habeas corpus* para delimitar o que pode ser discutido na ação: “como primeira condição da ação,

deve-se verificar a possibilidade jurídica do pedido, vale dizer, se a liberdade individual está em jogo”, de modo que, não se tratando de liberdade de locomoção, seria juridicamente inviável o uso do *habeas corpus*. (NUCCI, 2019, p. 19) Nesse aspecto,

[...] tem-se observado, no curso da história do *habeas corpus*, ao menos no Brasil, a ampliação da medida de ajuizamento desse remédio heroico, de forma que é praticamente impossível delimitar, com precisão, esgotando todas as hipóteses, a possibilidade jurídica do pedido. (NUCCI, 2019, p. 20)

A compreensão de que o *habeas corpus* poderia ser empregado de forma bastante ampla, contemplando a garantia dos mais diversos direitos que não somente o de locomoção, encontrava em Rui Barbosa um de seus maiores expoentes e configurou a denominada doutrina brasileira do *habeas corpus*. Por outro lado, juristas de alto gabarito, como o ministro Godofredo Cunha, do Supremo Tribunal Federal, interpretavam o *writ* à luz de seu âmbito clássico e restritivo, isto é, com aplicação apenas aos casos de ameaças diretas à liberdade de locomoção. Tomado pela controvérsia em torno do *writ*, a Corte Suprema adotou posicionamento que não albergou qualquer das duas correntes (a de Rui Barbosa e a que negava a ampliação do *habeas corpus*), optando pela interpretação intermediária conferida pelo entendimento de Pedro Lessa. Para ele, “a liberdade de locomoção constitui uma condição, um meio, um caminho, para o exercício, não só de outros direitos individuais, como de direitos secundários, direitos meramente civis, políticos ou administrativos” (MENDES, 2019 Apud LESSA, 1915). Com base nessa percepção, a Corte Suprema permitiu maior abrangência ao *habeas corpus*, o que foi interrompido com a reforma constitucional de 1926, quando o *habeas corpus* teve seu âmbito de proteção diminuído, cingido a proteger somente direitos que afetavam a liberdade de ir e vir, em ordem a reduzir o excesso de trabalho no Tribunal da República. (MENDES, 2019)

[...] a restrição imposta pela reforma constitucional de 1926 à doutrina brasileira do *habeas corpus* inaugurou período de completo desamparo de medidas protetivas, que só teve fim com a previsão do mandado de segurança na Constituição de 1934. Embora a complexidade com que se desenvolveu a jurisprudência constitucional tenha afastado o *habeas corpus* de sua doutrina brasileira, é fato que seu espírito ainda habita o Supremo Tribunal Federal. Em inúmeras ocasiões, a Corte flexibiliza os critérios de cabimento do *writ*, em prol da efetiva proteção dos direitos previstos na Constituição. (MENDES, 2019)

Sob outro enfoque, Vasconcellos demarca os limites de cognição do *habeas corpus* pontuando que seu emprego deve veicular um ataque meramente colateral, já que propicia a apreciação e eventual alteração de decisão por autoridade judicial que não aquela responsável pela análise da questão em um primeiro momento. Além disso, é uma ação de cognição sumária, que não permite dilação ou ampla discussão probatória, mas que, no entanto, não se pode vedar a análise de prova pré-constituída, independente da sua complexidade. Diversas questões impugnadas na ação constitucional carecem necessariamente de exame probatório, como a legalidade da prisão preventiva ou da interceptação telefônica. (VASCONCELLOS, 2019)

Com efeito, não se deve confundir falta de direito líquido e certo com questão complexa, merecedora de exame mais acurado. (NUCCI, 2019, p. 200) No entanto, “avaliar integralmente o conteúdo do processo-crime torna-se incompatível com tal celeridade e estreiteza.” (NUCCI, 2019, p. 21)

É conturbada a temática alusiva ao exame de questões fático-probatórias no *habeas*.

“A valoração jurídica do fato distingue-se da aferição do mesmo, por isso que o exame da presente questão não se situa no âmbito do revolvimento do conjunto fático-probatório, mas importa em mera reavaliação dos fatos postos nas instâncias inferiores, o que viabiliza o conhecimento do *habeas*”. (VASCONCELLOS, Apud STF, HC 101.698, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 18.10.2011)

Ilustrativamente, “não constitui reexame de matéria fático-probatória a análise, em cada caso concreto, da força probante dos elementos de prova relativos a fatos incontroversos” (TORON, 2018). Gilmar Mendes pontua que constitui reexame de matéria fático-probatória a análise de questão relativa às causas de excludente de culpabilidade; ao exame da tipicidade, “excetuados os casos de atipicidade manifesta, em especial nas hipóteses de aplicação do princípio da insignificância”; comprovação de indícios de autoria e materialidade do crime; para se aferir a importância ou não da prova para o caso concreto; para verificar se a decisão dos jurados é ou não manifestamente contrária à prova dos autos. (MENDES, 2019)

O ônus probatório em HC é do impetrante, muito embora o interesse em jogo – a liberdade individual – seja indisponível. A dúvida não beneficia o paciente, pois não se trata de processo-crime, em que se está julgando o acusado pela prática de crime. Assim, “em

lugar de presunção de inocência do réu, está-se diante da presunção de legalidade da ação da autoridade.” (NUCCI, 2019, p. 196)

Ainda nessa temática complexa, Vasconcellos chama a atenção para as imprecisões conceituais muitas vezes empregadas, uma vez que, além de a distinção entre reexame e reavaliação jurídica da prova apresentar-se confusa em inúmeros casos, o posicionamento que simplesmente veda o reexame probatório no âmbito de *habeas corpus* pode afigurar-se insuficiente e inoperante, já que as provas documentais juntadas pelo impetrante e as informações prestadas pelo Juízo de origem caracterizam prova pré-constituída que serão efetivamente examinadas. (VASCONCELLOS, 2019).

Com efeito, “a sumarização da cognição impede que se pretenda produzir prova em sede de *habeas corpus* ou mesmo obter uma decisão que exija a mesma profundidade da cognição do processo de conhecimento (ou seja, aquela necessária para se alcançar a sentença de mérito)”. (VASCONCELLOS, 2019 Apud LOPES JR., 2018)

Foi o que Nucci entendeu ao pontuar que “avaliar integralmente o conteúdo do processo-crime torna-se incompatível com tal celeridade e estreiteza.” (NUCCI, 2019, p. 21)

Se para o resultado almejado for necessária uma análise ampla do caso concreto, indo além da cognição limitada que se permite em sede de *habeas corpus*, inviabiliza-se a concessão da ordem por este meio. (VASCONCELLOS, 2019).

Do mesmo modo que se admite o exame da prova para a detecção da justa causa, não se admite o confronto dos elementos informativos que compõem o conjunto probatório e sua ponderação no âmbito do *writ*. (TORON, 2018)

Seja como for, “o Supremo Tribunal Federal não pode se caracterizar como sede de um novo juízo integral da causa, com um reexame exauriente do processo, em substituição direta das instâncias inferiores”. Assim é que se a Corte Superior for instada a realizar um novo juízo integral do caso, se aprofundando no mérito e substituindo por completo a instância de origem, resta inviabilizada a estruturação racional do sistema jurídico, além de desvirtuar o primado da duração razoável do processo. (VASCONCELLOS, 2019)

Há que se ter em mente a distinção entre o mérito do *habeas corpus* e o mérito da ação penal principal: o mérito do *habeas corpus* é a legalidade ou ilegalidade do ato impugnado pelo impetrante em favor do paciente, ao passo que o mérito da demanda

principal é a análise se o acusado é ou não o autor do crime que lhe é imputado. (NUCCI, 2019, p. 203)

Assim, configura impossibilidade jurídica do pedido a discussão acerca do mérito da ação penal, inviabilizada em sede de *habeas corpus*, de modo que, “havendo recurso próprio para contrapor sentença, se o *habeas corpus* pudesse ingressar no mérito, em processo distinto, poderiam subsistir decisões diversas e, até mesmo, contraditórias.” (NUCCI, 2019, p. 21)

Daí porque, “lamentavelmente, há julgados de Tribunais Superiores, em particular o STJ, quando o Tribunal Regional ou Estadual indefere a ordem de *habeas corpus*, liminarmente, porque pedido juridicamente inviável, determinando que o Tribunal de 2.º grau avalie o mérito.” Nesse aspecto, “é estarrecedor analisar o mérito do que é absolutamente impróprio. (...) Mas o STJ tem determinado a avaliação meritória do HC, de maneira ilógica.” (NUCCI, 2019, p. 22)

Em suma, “a principal análise realizada por Tribunais Superiores se dá por meio do controle da motivação da decisão judicial”, podendo tal controle acarretar “um juízo fático-probatório para verificar se a motivação apresenta correspondência probatória nos autos do processo” (VASCONCELLOS, 2019), dentro dos limites da ação.

1. 3 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO, *EX OFFICIO*, DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS*

A legitimação do *habeas corpus*, conferida por lei, envolve matéria de ordem pública, que é a inviolabilidade da liberdade de locomoção, de modo que o juiz ou Tribunal competente, ao se depararem com impetração que veicula algum abuso contra a liberdade de locomoção, mesmo que não seja pela via processual adequada, podem verificar hipótese de concessão da ordem, de ofício. (NUCCI, 2019, p. 81)

Sempre será possível o implemento da ordem de ofício, havendo prisão atual ou configurada ameaça iminente ao direito de ir e vir, consoante permissivo disposto no artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, (NUNES, 2019) porque se trata de automático desempenho da máxima proteção pelo Judiciário quando deparado com situação que extrapola os rigores formais da noção de inércia da jurisdição. (NUNES, 2019, Apud MENDES, 2017)

Outrossim, independentemente de eventual insuficiência da disposição infraconstitucional estabelecida pelo Código de Processo Penal ou outras normas de caráter infraconstitucional, a aplicabilidade da norma constitucional instituidora da garantia é plena, dispensando-se atuação adicional do legislador como condicionante à implementação do *habeas corpus* (BUENO, 2019).

[...] especialmente em razão da natureza do direito objeto de proteção, o *habeas corpus* configura nítida exceção ao princípio dispositivo, autorizando-se a implementação da tutela jurisdicional ainda que à míngua de pedido específico do interessado e, em determinados casos, quiçá até mesmo em contraposição à vontade explicitada, desde que, com segurança, não se vislumbre desvirtuamento ou desvio de finalidade do remédio constitucional. (BUENO, 2019)

Sabe-se que a ordem de *habeas corpus* é suscetível de concessão de ofício nos processos em geral (artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal), mas especificamente quanto à concessão da ordem de ofício em ações de *habeas corpus*, “embora se assente o não conhecimento da impetração, o fato é que a matéria subjacente, ao fim e ao cabo, é objeto de efetivo exame do Poder Judiciário”, para se constatar a existência de ilegalidades que possibilitam a concessão da ordem, mesmo havendo eventual inadequação formal do *writ* (BUENO, 2019)

Nucci entende que “há dois pontos a observar nessa atividade”:

Em primeiro lugar, não nos parece caso de não conhecimento; afinal, é ação, por meio da qual o impetrante pede a prestação jurisdicional. Se entende o Tribunal que não há interesse de agir – porque existe recurso próprio para isso –, deve indeferir liminarmente a inicial. Em segundo, soa-nos até mesmo contraditório mencionar na decisão que a Corte não conhece da ação, mas concede a ordem, de ofício, para sanar o constrangimento ilegal. Com a devida vênia, se não foi nem mesmo conhecida a questão, menos ainda seria viável adentrar no mérito para reconhecer a ocorrência de uma ilegalidade, sanando-a por meio de *habeas corpus* de ofício.

Por isso, sustentamos que, quando falta qualquer das condições da ação, indefere-se a inicial; nesse caso, ainda assim, pode-se conceder a ordem de ofício, pois aquele impetrante naquela circunstância pode não ter interesse de agir, mas a questão é relevante, foi conhecida, optando-se pela saída da atuação de ofício do Tribunal. (NUCCI, 2019, pp. 81-82)

Nada obstante, a concessão pode se dar a pedido, para os que superam óbices formais e conhecem do *habeas corpus*, ou de ofício, para os que, buscando compatibilizar as barreiras processuais e a proteção judicial efetiva, não conhecem do HC mas, mesmo assim, concedem a ordem de ofício. (BUENO, 2019)

No ponto, Bueno discorreu sobre a controvérsia acerca de quais situações processuais configurariam ilegalidade patente ou teratologia hábeis a possibilitar a concessão da ordem, mesmo que de ofício. Consignou-se que a concessão da ordem de ofício pode alicerçar-se em dois pilares cumulativos: exigência de imediata atuação do Supremo para o fim de se alcançar a efetividade do direito de locomoção; e situação de afronta à jurisprudência da Corte.

Sobre o primeiro ponto, “inexistindo premência na análise postulada, nada impõe que não se aguarde o desenrolar, em sede própria, do exame das pretensões formuladas.” (BUENO, 2019). Relativamente ao segundo, asseriu-se que um dos papéis desenvolvidos pela jurisprudência consiste na redução da indeterminação da interpretação de textos normativos, cabendo a todo o Poder Judiciário a referência e observância da eficácia persuasiva dos pronunciamentos emanados da Suprema Corte. No entanto, enfatizou-se que a ausência de contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não subtrai, necessariamente, o preenchimento dos pressupostos impostos à concessão da ordem de ofício, sendo exigível, em cada caso, a demonstração de ilegalidade flagrante, “caracterizando-se ônus argumentativo mais acentuado” (BUENO, 2019)

Mesmo nas hipóteses de concessão da ordem de ofício, o pesquisador bem rememorou pontualmente que “a via do habeas corpus não se revela adequada nas hipóteses em que se depreender a indispensabilidade de reexame aprofundado da narrativa fática do ato coator, tampouco em casos de necessidade de nova produção probatória”, eis que a racionalidade do sistema processual e as regras de distribuição de competência também estão em jogo, não se recomendando o exame *per saltum*. (BUENO, 2019)

A única alternativa para o não conhecimento da ação constitucional é a incompetência da autoridade julgadora; no mais, havendo carência de ação ou inépcia da inicial, deve o *writ* ser liminarmente indeferido. Nessa linha, havendo indeferimento mas sendo competente a autoridade julgadora, pode ser concedida a ordem de ofício se detectado constrangimento ilegal. (NUCCI, 2019, p. 201)

Bottino reflete sobre a prática de não se conhecer formalmente a impetração, mas materialmente. Entende que tal mecanismo apenas disfarça o problema enfrentado pelos Tribunais Superiores em virtude do volume de impetrações: “embora o efeito seja o mesmo para o paciente (que a ação ajuizada cumpra seu papel de pôr fim à ilegalidade que pesava

sobre a liberdade do indivíduo) não o é para outros fins”, uma vez não será capaz de diminuir a maior parte do grande volume de impetrações, pois conserva o incentivo positivo à impetração. Essa prática produz alguns efeitos colaterais:

(1) mascara a real estatística da taxa de sucesso dessa classe de ação; (2) cria um espaço de discricionariedade dos integrantes dos Tribunais Superiores para selecionarem quais impetrações ‘não conhecidas’ serão, na verdade, conhecidas e providas; (3) gera insegurança nos jurisdicionados, na medida em que não se tem clareza acerca do cabimento ou não daquela ação. Por fim, essa solução tampouco enfrenta as verdadeiras causas do aumento exponencial das impetrações de HCs e RHCs, mas ataca apenas o ‘sintoma da doença’. (BOTTINO, 2016, p. 76)

2 DADOS SOBRE IMPETRAÇÕES E CONCESSÕES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

2.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Segundo dados extraídos do *site* da Corte Suprema, no ano de 2015 foram impetrados 5.584 *habeas corpus* e interpostos 501 recursos ordinários; no ano de 2016, 6.491 *habeas corpus* e 614 recursos ordinários; no ano de 2017, 11.327 *habeas corpus* e 952 recursos ordinários; no ano de 2018, 13.815 *habeas corpus* e 1.049 recursos ordinários; no ano de 2019, 11.791 *habeas corpus* e 1.444 recursos ordinários.

Desse quantitativo, houve, no ano de 2015, 167 ordens concedidas, 117 ordens concedidas de ofício, e 47 ordens concedidas de ofício, em parte; no ano de 2016, 213 ordens concedidas, 213 ordens concedidas de ofício, 46 ordens concedidas de ofício, em parte, e 1 HC provido; no ano de 2017, 339 ordens concedidas, 159 ordens concedidas de ofício, e 45 ordens concedidas de ofício, em parte; no ano de 2018, 351 ordens concedidas, 224 ordens concedidas de ofício, e 65 ordens concedidas de ofício, em parte; no ano de 2019, 484 ordens concedidas, 303 ordens concedidas de ofício, 135 ordens concedidas de ofício, em parte, e 1 HC provido.

Totalizando a soma de ordens concedidas, de ofício ou não, integralmente ou em parte, tem-se o seguinte: 2015 – 331 *habeas corpus*; 2016 – 473 *habeas corpus*; 2017 – 543 *habeas corpus*; 2018 – 644 *habeas corpus*; 2019 – 923 *habeas corpus*².

² Acesso: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc>, em 15/07/2020.

2. 2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo dados extraídos do *site* do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2015 foram julgados 32.547 HC's e 11.591 RHC's; no ano de 2016, 41.185 HC's e 13.960 RHC's; no ano de 2017, 50.048 HC's e 14.885 RHC's; no ano de 2018, 58.111 HC's e 15.291 RHC's; e no ano de 2019, 69.228 HC's e 16.294 RHC's.

Sobre dados estatísticos acerca do número de concessões da ordem, somente consta no referido *site* informações concernentes ao ano de 2019, assim fornecidas: 16.790 decisões “concedendo”, o que representa um percentual de 24,3%; 16.595 decisões “não conhecendo”, o que representa um percentual 24,0%; 34.747 decisões “negando”, o que representa um percentual de 50,2%; e 1.0961 decisões classificadas como “outros”, o que representa um percentual de 6%³.

Em reportagem publicada no dia 27/05/2019 no *site* da Empresa Brasileira de Comunicação – EBC, as turmas de direito penal do STJ têm um aumento de, aproximadamente, 20% ao ano:

O crescente número de processos que chegam ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) causam preocupação aos ministros da Corte e juristas. “Os números indicam, em especial no campo penal, que nós estamos caminhando para uma situação trágica”, enfatizou o ministro do STJ Sebastião Reis, ao participar de seminário promovido hoje (27) pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

Segundo dados do próprio tribunal, em 2018 foram julgados 511,7 mil processos, uma média de 15,5 mil para cada um dos 33 ministros. Ao longo do ano passado, a Corte recebeu 338,7 mil novos processos. Somente as duas câmaras de direito penal receberam, segundo o ministro Sebastião Reis, 90,1 mil novos casos em 2018. Ele destacou o crescimento anual do número de processos penais que chegam ao tribunal. Em 2015, chegaram 63 mil novos processos, e até 7 de maio deste ano, já foram mais 30 mil, disse o ministro.

“Nós estamos aí em um caminho crescente. Há um acréscimo de processos nas turmas de direito penal de cerca de 20% ao ano”, disse Reis. Esse aumento gradativo está muito ligado, segundo o ministro, aos pedidos de habeas corpus - instrumento legal que garante direitos contra medidas restritivas consideradas indevidas. De acordo com ele, em 2015 foram levados ao STJ 31,9 mil habeas corpus, número que alcançou os 54,1 mil em 2018.⁴

³ Acesso: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>, em 15/07/2020.

⁴⁴ Acesso: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/volume-crescente-de-processos-no-stj-preocupa-ministros-e-juristas>, em 14/07/2020.

3 FENÔMENOS RELACIONADOS E POSSÍVEIS CAUSAS DO AUMENTO DE IMPETRAÇÕES

O *habeas corpus* é um remédio, e não um veneno para as instituições judiciais, não podendo permitir a morte de recursos taxativamente previstos em lei, desigualando as partes (já que somente o réu pode dele valer-se) e, ainda, deixando o Judiciário refém de uma demanda apresentada em uma singela petição inicial, acompanhada de alguns documentos juntados unilateralmente pelo impetrante. “Eis o indispensável meio-termo.” (NUCCI, 2019, p. 32)

Na prática, o seu alcance tem sido alargado para contemplar qualquer ato construtivo direta ou indiretamente ligado à liberdade de locomoção, referindo-se por vezes a decisões jurisdicionais não concernentes à decretação da prisão, o que inevitavelmente gera transtornos para as Cortes Superiores brasileiras, já que permite que quase todas as questões criminais sejam levadas a Juízo. Desse mecanismo surge um volume imensurável de ações diariamente impetradas. (NUCCI, 2019, pp. 28 e 31)

Nesse contexto,

Os excessos sempre são indevidos, pois conturbam qualquer sistema judiciário. Restringir o uso do *habeas corpus* para coibir os constrangimentos ilegais exclusiva e diretamente quando voltados à liberdade de ir, vir e ficar é desmerecer a importância desse remédio heroico de longa tradição de defesa dos direitos individuais. Por outro lado, alargá-lo ilimitadamente, voltando-se a questionar toda e qualquer controvérsia surgida no âmbito criminal significa vulgarizá-lo, a ponto de sobrecarregar o Judiciário, prejudicando os recursos próprios e conturbando o autêntico exame de mérito das mais sérias questões. (NUCCI, 2019, p. 31)

Bottino confeccionou denso estudo para demonstrar que grande parte das comarcas brasileiras não são atendidas por defensores públicos e que há um elevado déficit nacional de cargos a serem providos. “À medida que as defensorias públicas expandem seus serviços – seja por meio da interiorização, seja por meio do aumento de seu quadro –, pode-se prever o crescimento de sua atuação também perante os Tribunais Superiores”. (BOTTINO, 2016, pp. 59-60)

Segundo o ministro Rogério Schietti Cruz do Superior Tribunal de Justiça, no HC 582.549/SP alhures referido, a tutela constitucional e legal da liberdade de locomoção justifica certo temperamento nos rigores formais inerentes aos recursos em geral, mas não dispensa a racionalidade na utilização dos instrumentos à disposição do acusado ao longo da

persecução penal. Necessário, pois, guardar conformidade com a preservação da funcionalidade do sistema jurídico-penal, cujo poder de julgar de maneira organizada, justa e correta, permeado pelas limitações materiais e humanas dos órgãos jurisdicionais, se vê comprometido com o simultâneo emprego de dois meios de impugnação judicial com igual pretensão, em prejuízo da sociedade e dos jurisdicionados em geral.

Em um artigo publicado na *internet*, no dia 22/01/2019, o mesmo ministro do STJ teceu pertinentes considerações acerca dos fenômenos relacionados ao uso desmedido do *habeas corpus* nas Cortes Superiores do país e sobre as possíveis causas do aumento de impetrações. Consignou, na ocasião, a construção de uma jurisprudência muito flexível quanto ao cabimento do *writ*, “de tal sorte que a imaginação é o limite para se postular proteção jurisdicional por meio do remédio heroico”; a falta do aprimoramento concreto de algumas decisões penais quanto ao dever de motivação do ato decisório; a necessidade de conferir maior aceitação prática dos precedentes firmados pelos Tribunais Superiores; a “falta de uniformidade das soluções dadas pelos mais de 18 mil magistrados do país às questões jurídicas já sedimentadas na jurisprudência dos tribunais superiores.”⁵

O ministro entende ser mais acertada a edição de uma lei especial para tratar especificamente do *habeas corpus*, com a prescrição de parâmetros seguros para a utilização racional da ação, de forma a minimizar as oscilações da instável jurisprudência subjacente, a qual muitas vezes acaba propiciando subjetivismos e voluntarismos das autoridades – características de um país, como o Brasil, pouco habituado ao sistema de precedentes judiciais. Ainda asseriu que no Brasil há lei para quase tudo, inclusive para disciplinar o mandado de segurança, em que se tutelam direitos não interferentes na liberdade de locomoção, fazendo surgir o questionamento acerca do porquê não haver disciplina própria e especial para a ação que busca precisamente proteger o mais caro dos direitos após o direito à vida.

Observou-se que a atual regulamentação do *habeas corpus* se limita a alguns artigos no Código de Processo Penal – que foi editado no ano de 1941, sob a égide do Estado Novo – topologicamente previsto no capítulo dos recursos e sem técnica e sistematização precisas. Pondera o ministro: fosse o caso de termos um Código de Processo Penal moderno e afinado com a principiologia da Constituição Federal de 1988, então seria válida a opção política de

⁵ Acesso: <https://www.editorajc.com.br/por-uma-lei-do-habeas-corpus/> , em 15/07/2020.

manter a disciplina do *writ* no *Códex*. No entanto, deixa-se nas questionáveis mãos da jurisprudência a fixação de critérios para o cabimento da ação.

“É preciso ter claro que nenhum outro país possui uma jurisprudência tão flexível e receptiva a postulações que apenas remotamente visam a proteção do direito de ir e vir do paciente”, assevera Rogério Schietti.

Nessa temática, o ministro não olvida o considerável número de violações a direitos dos investigados ou acusados reconhecidas em sede de *habeas corpus* pelas Cortes Superiores. No entanto, entende que para a manutenção da “generosa amplitude” do objeto da ação seria aconselhável que, no mínimo, fossem estabelecidas regras que, por exemplo, coibissem as sucessivas impetrações substitutivas de recursos próprios com a mesma pretensão ou impetrações a cada ato judicial praticado em desconformidade com as expectativas da defesa, em ordem a conferir deferência com a celeridade e hígidez do sistema de justiça criminal.

Mas, ressalta, o que há na realidade atual é um crescente número de *habeas corpus* e respectivos recursos ordinários em quantidade proporcionalmente maior do que outras classes de ações. Esse caos jurídico não tem paralelo na história do Brasil nem em outros países, “os quais possuem, obviamente, problemas internos, mas nem de longe ostentam esses números estratosféricos, que tornam irrealizável a justiça criminal, em sua desejada plenitude”.

Com efeito, se de fato fosse respeitada a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no tocante à interpretação última da Constituição Federal e das leis federais, teríamos um sistema em regular funcionamento, com a fortificação da segurança jurídica e estabilidade das instituições judiciárias, e, por conseguinte, uma redução das descontroladas impetrações de *habeas corpus*, tributáveis à falta de uniformidade das decisões proferidas pelos mais de 18 mil magistrados do país acerca das questões jurídicas já sedimentadas na jurisprudência dos Tribunais Superiores.⁶

Não só se tributa o problema ao desrespeito às orientações das Cortes Superiores mas também ao fato de que “muitas impetrações decorrem da oscilação da jurisprudência e das divergências entre órgãos do mesmo tribunal superior. A falta de mecanismos que estimulem

⁶ Acesso: <https://www.editorajc.com.br/por-uma-lei-do-habeas-corpus/> , em 15/07/2020.

a uniformização de jurisprudência no âmbito dos próprios Tribunais Superiores também é um fator responsável pelas reiteradas impetrações.” (BOTIINO, 2016, p. 101)

Além disso,

[...] o afluxo de milhares de impetrações anualmente tem gerado o efeito perverso de concentrar os julgamentos nos ministros relatores, privilegiando um modelo de decisões monocráticas em vez de decisões colegiadas, violando o direito ao juiz natural e introduzindo um mecanismo que afeta a isonomia dos julgamentos, pois impede a formação de uma jurisprudência dominante no âmbito dos Tribunais Superiores. (BOTTINO, 2016, p. 105)

Consoante entendimento da ministra Rosa Weber exposto no HC 103779, o *habeas corpus* não é a única garantia inserida no contexto do Estado de Direito. É possível confiar no devido processo legal tributável ao natural transcorrer da ação penal e dos recursos legalmente cabíveis para prevenir eventuais ilegalidades ou abusos no processo penal, “reservando-se o *habeas corpus* para impugnação de prisões, ou ameaças pelo menos próximas de prisões ilegais ou abusivas, ressalvados apenas casos verdadeiramente teratológicos de aplicação da lei penal”.

Do outro lado do pensamento em foco, autores defendem a utilização plena do *habeas corpus*, afastando inclusive as argumentações críticas que impõem restrições ao seu emprego, no que o enfoque às possíveis causas do aumento de impetrações não tem revelante destaque frente à finalidade última da ação.

Privilegiar a perspectiva humanitária do *writ*, protegendo a liberdade de locomoção do indivíduo em detrimento de meros formalismos processuais, resguarda o espírito da doutrina brasileira do *habeas corpus*. “Nesse momento em que se comemoram os 30 anos da Constituição de 1988, é sempre importante rememorar e homenagear as iniciativas que moldaram nosso modelo de jurisdição constitucional, e o papel desse *writ* não poderia ser olvidado.” (MENDES, 2019)

“Por um lado, o uso imoderado e irracional do instituto, no que potencializadas as ilegalidades pelos impetrantes, e, por outro, a cultura do encarceramento, em que figura a terceira maior população carcerária do mundo, revelam as faces desse conflito de difícil solução.” (NUNES, 2019)

Citando Gustavo Badaró, Nunes afirma que “a magnitude do *habeas corpus* é definida 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”. (NUNES, 2019, Apud BADARÓ, 2016)

Muito embora existam vozes que entoam o uso desmedido do *habeas corpus* quando ele não veicula questões diretamente ligadas com a liberdade, o fato é que enquanto não houver outro instrumento processual igualmente eficaz e célere para decotar ilegalidades que possam, ainda que indireta e futuramente, alcançar a liberdade de locomoção, o emprego do *writ* não pode ser tolhido. É um mecanismo de calibragem do sistema processual penal e também de fiscalização da persecução penal quanto à verificação de ilegalidades, impedindo arbitrariedades e abusos pelas autoridades. Para guardar a devida efetividade aos regramentos constitucionais e compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário, o *habeas corpus* afigura-se fundamental, inclusive para garantir o devido processual legal, haja vista que o comprometimento deste princípio pode implicar, mesmo que mediatamente, o da liberdade. (TORON, 2018)

Assim, podendo-se corrigir mais rapidamente uma nulidade, o sistema torna-se mais funcional. A *contrario sensu*, tolhido o manejo do *habeas corpus* para essa finalidade, a correção de eventual arbitrariedade ou abuso somente pela via processual e recursal ordinária poderá acarretar a extinção da punibilidade pela prescrição ante a impossibilidade de se refazer o processo pelo decurso de tempo. Sob a perspectiva da funcionalidade do sistema jurídico-penal, o *habeas corpus* melhor atende às exigências da justiça do que os recursos especial e extraordinário, sempre desnecessária a discussão de provas. Assim, a extinção desses recursos de natureza excepcional é mais racionalizadora do processo penal e menos comprometedor da ampla defesa do que o estreitamento do *writ*, pois o trânsito em julgado poderia operar mais rapidamente e os casos de manifesta ilegalidade seriam expungidos com a concessão de medidas cautelares em HC. “Em resumo, teremos a antítese da proteção efetiva dos Direitos Fundamentais no campo do processo penal”. Ou pior: réus pobres e presos sofrerão muito mais diante das dificuldades de superar os diversos óbices dos recursos excepcionais, difíceis até mesmo os para especialistas. (TORON, 2018)

Saliente-se que “após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, as mais importantes decisões em matéria de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução Penal foram travadas em sede de HCs ou RHCs”. (BOTTINO, 2016, p. 103)

A defesa efetiva dos direitos individuais é um dos pilares do Estado de Direito, sendo imprescindível a existência de instrumentos processuais de fácil acesso, céleres e eficazes (NUNES, 2019 Apud LOPES JR., 2018)

Indubitavelmente há uma verdadeira “crise do habeas corpus”, considerado o seu uso irracional e a consequente sobrecarga dos Tribunais Superiores; no entanto, não pode descuidar da essencial função do instrumento, seu alcance e papel dentro do Estado Democrático de Direito, que não tolera retrocessos civilizatórios como ocorre por vezes. (NUNES, 2019 Apud BRAYNER, 2012)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cada ano, o número de impetrações no STF e no STJ cresce exponencialmente.

As autoridades judiciais de primeira e segunda instâncias não poucas vezes negam aplicabilidade às orientações emanadas das Cortes máximas do país, evitando a uniformidade das soluções jurídicas e consequentemente abarrotando os Tribunais Superiores.

As oscilações doutrinárias e jurisprudenciais em torno do cabimento da ação constitucional e do alargamento de seu espectro cognitivo – permitindo que o Tribunal Superior finde, em alguns casos, por substituir integralmente a instância de origem – inviabilizam a estruturação racional do sistema jurídico-penal.

Também a oscilação da jurisprudência e das divergências entre órgãos do mesmo Tribunal Superior dificultam a uniformização de entendimento no âmbito das próprias Cortes Superiores, estimulando as reiteradas impetrações.

Além disso, grande parte das comarcas brasileiras não são atendidas por defensores públicos e há elevado déficit nacional de cargos a serem providos, de sorte que à medida em que as defensorias públicas expandem seus serviços há o crescimento de sua atuação também perante os Tribunais Superiores.

A racionalização dos trabalhos no âmbito das cortes superiores deve ser capaz de compatibilizar uma justiça célere (e, portanto, efetiva) com a garantia do juiz natural e a isonomia nos julgamentos. Essa é, certamente, uma das principais justificativas para que se repense a forma de acesso a esses tribunais em sede de HC. Diminuir a taxa de julgamentos monocráticos também assegurará maior homogeneidade nas decisões dos Tribunais Superiores, reforçando o conceito de jurisprudência e facilitando a utilização de precedentes como fundamento da decisão. (BOTTINO, 2016, p. 82)

Inconteste a função primordial do *writ* e sua importância na tutela da liberdade de locomoção. É necessário e urgente, pois, resgatar a função constitucional do HC dentro de quadrantes racionais e assim alinhar o seu emprego na prática forense como forma de sublimar, conseqüentemente, a otimização da atuação das Cortes Superiores do país.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino. ***Habeas corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão***. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

BUENO, Matheus de Andrade. ***Habeas corpus de ofício: possibilidades e limites***. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS [orgs]. ***Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. ***O habeas corpus como pedra fundamental do processo constitucional brasileiro***. In: PESSOA; CREMONESE [orgs]. MARINONI; SARLET [coords]. ***Processo constitucional*** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Habeas Corpus***. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUNES, Mariana Madera. ***O cabimento de habeas corpus e a jurisprudência defensiva do Supremo***. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS [orgs]. ***Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. ***Limites cognitivos do exame judicial em habeas corpus nos Tribunais Superiores***. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS [orgs]. ***Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. ***Jurisdição constitucional e decisão jurídica*** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TORON, Alberto Zacharias. ***Habeas Corpus. Controle do Devido Processo Legal: Questões Controvertidas e de Processamento do Writ*** [livro eletrônico]. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.