

Geni

Renato Stanzola Vieira e Fernando Gardinali Caetano Dias

Recentemente, ao julgar dois *habeas corpus*,⁽¹⁾ a 1.ª Turma do STF passou a entender que não se admite o uso do remédio constitucional em situações que podem desafiar recursos típicos.

O entendimento está errado. A mera previsão de recursos cabíveis (como, por exemplo, o vetusto recurso em sentido estrito do Código de Processo Penal) nunca foi óbice às impetrações de *habeas corpus*. Quando não porque o constrangimento ilegal (cujas hipóteses estão previstas no art. 648 do CPP) independe de haver ou não outro recurso apto a debelar o mal, porque há situações em que existe o recurso mas não tem ele efeito suspensivo (por exemplo, o decorrente de não reconhecimento de causa extintiva de punibilidade ou, ainda, o decorrente de decisão de pronúncia). Da mesma forma, é sabido nos precedentes que matérias de direito que desafiem recursos também são cognoscíveis em *habeas corpus*, a depender da densidade da argumentação jurídica e da clareza da ilegalidade.

Por essa perspectiva, o erro está na constatação empírica de que o manejo do *habeas corpus* não pode ser, de forma alguma, subsidiário, isto é, só admissível em situações nas quais não haja recurso.

A propósito, curiosamente nos idos de 1964, quando a famosa decisão no HC 41.296 foi proferida, o Min. Gonçalves de Oliveira disse frase célebre: “Onde estiver a maldade e a injustiça, há de existir o remédio jurídico. Where is wrong there is a remedy”.⁽²⁾

É irônico. Às vésperas do Ato Institucional 5, em julgamento havido pouco depois do golpe militar, dizia-se da necessidade do remédio para amparar a maldade e a injustiça. Hoje, com a Constituição em vias de completar um quarto de século, em plena democracia formal, atiram-se antigas pedras no mais importante remédio constitucional. O *habeas corpus* é, hoje, a *Geni*.

Outro prisma, ainda, chama a atenção. No desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, sobretudo da segunda metade do século passado para cá, a doutrina ocidental – entre a qual, inclusive, a brasileira mais atenta – vangloria-se por compreender como cláusula inerente a todo e qualquer deles a da proibição do retrocesso. Nessa cláusula, em também muito singela lembrança, o que vale lembrar é que não se admite andar para trás, ou seja, uma interpretação que amesquinhe o direito fundamental, dando-lhe eficácia menor do que a conquistada.

Por isso, além de erradas as duas decisões do Supremo, perigosamente caminham por um retrocesso na interpretação do *habeas corpus*.

Retrocesso que advém de um raciocínio jurídico perigoso, porque limitador de acesso ao STF nas matérias que lá chegarem via *habeas corpus*. Veja-se: por esse entendimento, contra a denegação de ordem de *habeas corpus* por um Tribunal de segunda instância, o correto seria interpor recurso ordinário ao STJ (art. 105, II, *a*, da Constituição Federal). Se a tal recurso for negado provimento, contudo, não será possível

levar a matéria ao STF, pois não cabe recurso ordinário contra acórdão denegatório de outro recurso ordinário de *habeas corpus* (pelo art. 102, II, *a*, da Carta Magna, o recurso só é cabível para *habeas corpus* decidido em última instância pelo Tribunal Superior).

Cria-se, com isso, um claro e insuperável fator limitador de acesso ao STF, sem previsão legal. Pior: sem previsão constitucional, dada a competência estrita da Corte, advinda da Carta Maior, pois ali se prevê às claras o cabimento de *habeas corpus* se o “coator for Tribunal Superior” (art. 102, I, *i*).

Talvez, com essa interpretação que parece não ter amparo na Constituição, alcance-se o objetivo de diminuir o acervo de *habeas corpus* na Corte Suprema. Mas o resultado se dará, inevitável e lamentavelmente, à custa da redução da própria prestação jurisdicional em afronta à competência do Supremo prevista na Constituição da República (art. 102, I, *i*).

Havia, entre os Ministros do Supremo, quem repetisse, para a alegria dos cultores dos direitos fundamentais e do manejo do *habeas corpus*, que se tratava de remédio que “não pode sofrer qualquer peia”. Hoje, o bastião da liberdade do *habeas corpus*, obedecida sua história de dignidade constitucional e defesa da liberdade, passou de mão. O Min. Dias Toffoli foi quem, no HC 109.956, empunhou essa bandeira, mas acabou por ceder à maioria dos pares (isso porque, se, no HC 109.956, tal Ministro foi vencido quanto à inadequação do writ, pouco depois, no HC 111.909, curvou-se aos demais nesse ponto, que, assim, tornou-se, infelizmente, unânime na 1.ª Turma do STF).

O *habeas corpus* é a *Geni*. Talvez seja, por enquanto, aquela *Geni* que é boa de apanhar, boa de cuspir. O problema é que, como remédio constitucional historicamente mais importante do Brasil, o mais fundamental instrumento de garantias no processo penal, depois alguém pode sair correndo atrás do prejuízo, pedindo para ele (ou para ela, a *Geni*): você pode nos salvar, você vai nos redimir. Pobre liberdade, órfã do instrumento maior para garanti-la.

Notas

- (1) HC 109.956, rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.08.2012, DJE 10.09.2012; e HC 111.909, rel. Min. Rosa Weber, j. 04.09.2012, acórdão pendente de publicação.
- (2) HC 41.296, j. 23.11.1964, Pleno, rel. Min. Gonçalves de Oliveira.

Renato Stanzola Vieira
Advogado.

Fernando Gardinali Caetano Dias
Advogado.

ENTIDADES QUE ASSINAM O BOLETIM

AMAZONAS

Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

DISTRITO FEDERAL

Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - AMAGIS/DF

Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

MATO GROSSO DO SUL

Associação dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

PARANÁ

Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

RIO DE JANEIRO

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro/ CEJUR

RIO GRANDE DO SUL

Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul - ASDEP

SÃO PAULO

Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP