

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

De coragem, covardia e soberba: o abuso de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal

Marco Aydos*

Sumário: 1 Visão inicial do problema: do caso concreto à formulação abstrata. 2 *Prolegomena* à compreensão jurídica. 2.1 Direito é limite. Poder é ausência de limites. 2.1.1 A “escola livre de direito”. 2.1.2 A “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. 2.1.3 Flexibilização de cláusulas pétreas da Constituição. 2.1.4 Método interpretativo de Zaffaroni/Pierangeli. 3. *Prolegomena* à interpretação do problema constitucional. 3.1 Pontes de Miranda e os “limites do *habeas corpus*”. 3.1.1 O *habeas corpus* não é remédio de justiça. 3.1.2 O raciocínio do *habeas corpus* é inverso ao de cognição ordinária. 4 A hermenêutica da máxima eficácia principiológica da Constituição originária. 5 Reformulação do problema inicial. 6 O sistema judiciário de “direito”. 7 O sistema judiciário “de fato”. 8 Quem deve ser intérprete supremo do direito penal? 9 Antinomia aparente entre o princípio hierárquico do *habeas corpus* e a repartição funcional de competências supremas entre o tribunal constitucional e o STJ. 10 Da soberba.

1 Visão inicial do problema: do caso concreto à formulação abstrata

Na tradição brasileira, desde a Constituição de 1891, o direito de *habeas corpus* é garantia constitucional. O abuso do *habeas corpus* é então um abuso de Constituição. Como todo abuso de direito, é gesto auto-

* Marco Aydos (<maurelio@prsc.mpf.gov.br>), autor de *Democracia ou Fundamentalismo?* Esboços de compreensão política. (Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.), é Procurador da República, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e em Filosofia pela *New School for Social Research*, Nova York, EUA.

ritário. Todo gesto autoritário tem por modo de expressão o verbo autoritário. Todo verbo autoritário é forma exterior de uma disposição anímica de mesma natureza. E toda índole autoritária julga-se valente.

Mas quem abusa de direitos sempre confunde coragem com soberba.

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, tem reiteradamente ocupado o noticiário político à conta de manifestações verbais que poderiam ser consideradas pelo menos extravagantes. A última pirueta verbal que sacudiu o meio jurídico com certeza foi sua avaliação antropológico-sociológica do sistema judiciário nacional, por ocasião de “corretivo” que o ministro pretendeu ter aplicado à jurisprudência que considera de “hierarquia inferior”. Entre os *consideranda* de voto-vista em *Habeas Corpus* de n. 86.424/SP, que reclamou da interpretação do Superior Tribunal de Justiça a respeito da incidência de certa norma penal ao uso de “chapas-frias” em veículos de autoridades investigadas na chamada Operação Anaconda, ao final de suas razões entendeu o ministro que também cabia o *habeas corpus* para tutela, pelo Supremo Tribunal Federal, dos direitos fundamentais, porque estamos sendo processados por juízes e tribunais acometidos de “covardia institucional” e falta de independência. Segundo Gilmar Mendes, denúncias “aventureiras” seriam recebidas à larga, por todos os graus de jurisdição, para satisfação do público, sem rigores técnicos.

Para quem tem alguma memória, não é de hoje que Gilmar Mendes acusa o Judiciário de ser “justiceiro”. Apenas ontem o fazia como porta-voz de medidas provisórias de conteúdo antidemocrático indiscutível, como a do confisco de poupança. A renovação do libelo, já na condição de juiz constitucional, exige um pouco de reflexão, porque se a avaliação tiver algum lastro de verdade alguma coisa no Estado de Direito corre perigo.

É interessante como o voto vencido da ministra Ellen Gracie, correto e rigoroso do ponto de vista técnico, e que deveria ser vinculante para o Supremo Tribunal Federal, apresenta a ponderação que se espera de órgãos judiciários que exerçam autoridade. Resumindo o que disse a posição correta, embora vencida, quase se poderia formular o princípio de que o “supremo intérprete” do que é e não é

crime no Brasil *não* é o Supremo Tribunal Federal. Não se chegou a formular tão explicitamente o princípio. De modo cauteloso preferiu-se deixar em aberto uma “válvula de segurança” necessária em eventual situação de anormalidade constitucional. Quer dizer, se o Ministério Público e o sistema judiciário enlouquecerem ou forem acometidos de covardia institucional e começarem a denunciar e julgar o que não é crime, apenas para satisfação de anseios populares, será razoável manter a cláusula de garantia de acesso ao Supremo, porque nessa situação teríamos o risco de serem recebidas denúncias teratológicas. Agora, no que a sobriedade do voto vencido contradiz a extravagância de juízo de Gilmar Mendes é até mesmo na avaliação sociológica. Ao que parece a todos, nem o Ministério Público nem o Superior Tribunal de Justiça enlouqueceram.

A análise sociológico-antropológica do ministro causou algum alvoroço, chegando a Procuradora Regional da República Janice Ascari a declarar à *Folha de S. Paulo* (edição de 30 out. 2005) que o voto de Gilmar constituía “ofensa inaceitável e sem precedentes ao STJ, ao TRF e ao Ministério Público Federal”.

A pirueta verbal do ministro não é, porém, o mais chocante. Se fosse apenas soberba acessória de um juízo constitucional e democrático, seria um rompante de maus-modos, só criticável sob o ponto de vista do decoro. Mas o precedente examinado é paradigmático. A experiência demonstra que a soberba de forma é, em regra, apenas a forma da soberba do conteúdo. O que causa escândalo será então o menos grave. É certo que escândalos alimentam a imprensa, criam furor e satisfazem partes e advogados que passam a adentrar o recinto de jurisdição supostamente “inferior” com alvará que é menos de soltura do que de “corretivo” em crianças de ginásio que não fizeram o dever de casa. Uma espécie de soberba emprestada. Fora isso, sempre uma disfunção de jurisdição, o que mais preocupa não é a extravagância verbal, mas o próprio “conteúdo” potencialmente inconstitucional de tendência que volta a ser perigosamente vencedora no Supremo Tribunal (registre-se, por justiça, que no julgamento em referência, segundo informação processual disponível no sítio do STF, Ellen Gracie foi vencida, Joaquim Barbosa esteve ausente justificadamente, Gilmar

Mendes será redator do acórdão, porque vencedor. Os demais integrantes da 2ª Turma são os ministros Carlos Velloso e Celso de Mello). Pelo menos três aspectos de conteúdo são preocupantes.

Primeiro, porque o caso é exemplar de um refluxo de abuso de *habeas corpus*, qualificado na Primeira República, com propriedade e sem exageros retóricos, pelo jurista Carlos Maximiliano (1918, p. 734) como “onda de aberrações lamentáveis”.

Segundo, porque a interpretação da Constituição contida nessa conduta jurisdicional opera um verdadeiro golpe contra o projeto do Poder Constituinte (originário, como deve ser todo poder que é constituinte) que modelou a Carta Magna de 1988. Converte-se, mais e mais, o Supremo Tribunal, agora por vontade própria e não mais por arbítrio do poder militar, de jurisdição política suprema no amesquinhado “tribunal judiciário” em que o golpe de Estado de 1964 o transformou, na lúcida distinção feita pelo ministro Evandro Lins e Silva (1997).

Terceiro, embora aqui apenas de passagem, porque o método interpretativo de Gilmar Mendes, tomado de empréstimo ao *Manual de direito penal brasileiro* de Zaffaroni/Pierangeli, é absolutamente temerário. Surpreende até que obra com tanta superficialidade e equívocos seja recebida como autoridade no Supremo Tribunal. Apenas exemplificativamente, o *Manual* ensina errado, à página 135, a propósito da relação entre convenções internacionais e direito interno, situação mais bem resolvida na doutrina e jurisprudência brasileiras, em memorável precedente do próprio STF, relatado por Sepúlveda Perence, em que se reclamara aplicação de cláusula do Pacto de San José da Costa Rica em antinomia com a Constituição, concluindo-se pela preponderância do direito interno (RHC 79.785-7-RJ). Também parece temerário que Gilmar Mendes importe do *Manual*, como método de interpretação do direito penal, o princípio do *in dubio pro reo* para solução de dúvida jurídica. Também aqui o direito brasileiro tem soluções tecnicamente mais corretas. Para a dúvida na existência ou não do crime na representação subjetiva do agente adotamos a teoria do erro. Para o aplicador da lei não pode existir dúvida de direito a não ser como aquela confusão inicial que o obriga a buscar os

diversos métodos interpretativos e dar ao caso a melhor dicção do direito, pelo menos em seu ponto de vista e convicção, seja ela favorável ou desfavorável a quem quer que seja. Ensinava Pontes de Miranda, a propósito, que o dever de jurisdição importa exatamente na impossibilidade de reconhecimento de dúvida jurídica na sentença. Daí ter deixado claro que dúvida jurídica não caracteriza iliquidez de direito para o conhecimento e concessão de *habeas corpus*, criticando certo precedente jurisprudencial (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 465). Quanto ao conteúdo democrático do método ensinado no *Manual*, por fim, impressiona que os autores descartem cláusula da Constituição brasileira de que não gostam, com remissão a certa teoria que admite a “inconstitucionalidade da norma constitucional” e ensinem o aprendiz a negar vigência à Constituição conforme a racionalidade “do intérprete” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 135, 170 e 171).

Os piores abusos de direito são sofisticados e apresentam-se vestidos dos melhores ideais democráticos. Isso não lhes retira a verdadeira essência: cada abuso de Constituição é um pequeno golpe de Estado. A disfunção jurisdicional que abusa do *habeas corpus* é sofisticada perversão cultural que conspira contra o princípio estrutural da Constituição: o princípio democrático. Embora a discussão sobre abusos de *habeas corpus* seja inevitavelmente ligada à casuística, é possível extrair do caso concreto, mote de nossa reflexão, formulação abstrata. Partindo da divergência no STF em *Habeas Corpus* de n. 86.424/SP, limitemos o foco de nossa reflexão ao seguinte problema:

- a) se o STF está certo ao dizer, em *habeas corpus*, o que compreende ser a melhor interpretação do direito penal, como instância revisora do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ou
- b) se o STF está errado, segundo a melhor interpretação da Constituição, e por meio desse erro o que faz é apenas derrogar a própria Constituição, hipertrofiando-se de Poder.

Minha intuição inicial, desde logo, é pela segunda alternativa. Mas como pretendo ir além dessa intuição e esboçar um ponto de vista democrático, que não se limite a emitir uma opinião (como é mais corrente no discurso jurídico do que deveria), quero apresentar ao leitor o caminho todo dessa compreensão, desde a escolha das premis-

sas de valor até o encadeamento lógico das premissas com a resposta já fornecida, de modo intuitivo, à formulação do problema. Em termos rigorosamente lógicos, pretendo “provar” o argumento. As premissas de valor exigirão algumas digressões teóricas, que seguem como *prolegomena*, mas em realidade já estão imbricadas com o problema mesmo. Até porque nosso esboço de compreensão assume-se conscientemente como especulação “generalista”, curiosa por todas as coisas e que procura sentar as bases culturais para o aprofundamento do problema, sem qualquer menosprezo aos especialistas, mas sem limitar-se às especialidades que nem sempre se permitem captar o problema com a devida amplitude.

2 Prolegomena à compreensão jurídica

2.1 Direito é limite. Poder é ausência de limites

O direito, como limite que é, se faz duro para guardar a memória do que conquistamos. Os poderosos sempre prescindiram do direito, os dominados sempre lutamos por leis para guardar nossos direitos. “Além da justiça” – título com que Agnes Heller traduz sua filosofia sobre a justiça – explica exatamente essa natureza “apolínea” do direito. O que está além da justiça? A vida boa (HELLER, 1987). Tudo o que é bom na vida está além da justiça. Transformar o amor em contrato, relações humanas em penas e indenizações, tudo isso está no mundo da dura necessidade. Mas é terreno de necessidade que assegura nossas frágeis liberdades.

A liberdade é sempre frágil. O Poder a consome com facilidade sempre que lhe damos corda. Teorias e dogmáticas sempre existiram e hoje ainda são pródigas em dar corda ao Poder. São recorrentes na experiência universal teorias que flexibilizam as leis que com dificuldade conquistamos. O traiçoeiro disso tudo é que essas teorias apresentam-se com a dourada capa de “humanismo”. Interessante disso é que elas de fato contêm, mesmo nos seus exageros, pretensões humanistas. Há uma tensão talvez irresolúvel, aqui, pelo menos no plano abstrato.

Gilberto Freyre, notável intérprete da cultura brasileira, quase deixa-se cair em armadilha ao elogiar uma ocorrência de abuso formal do direito como “flexibilidade dionisíaca”. Foi no par apolíneo/dionisíaco que o mestre interpretou também o direito e a “voga do *habeas corpus*” na Primeira República, voga que, “através de Rui Barbosa, adquiriu no Brasil, após a Proclamação da República, uma flexibilidade dionisíaca, adquirida também pelo apolíneo futebol britânico” (FREYRE, 2004, p. 172).

É recorrente nas interpretações de cultura de Gilberto Freyre a dicotomia do apolíneo/dionisíaco, como, por exemplo, em notável perfil de Euclides da Cunha (FREYRE, 1987). O mestre via na perfeição de um Machado de Assis algo de apolíneo, de “inglês de imitação”, e exaltava em Euclides da Cunha a profusão tropical que talvez pela primeira vez apareceria na literatura brasileira com tempero nativo ou ameríndio (dionisíaco) e ao mesmo tempo dimensão universal. É justo, porém, acrescentar que não há facilidades caricaturais nos perfis psicológicos e culturais de Freyre. Por isso é bem possível que, se o autor apenas tivesse mais intimidade com a teoria jurídica, talvez chegasse a conclusão oposta ao elogio do dionisíaco *habeas corpus* da Primeira República (elogio feito de passagem, mais como um retrato de época). Se aprofundasse a questão, veria esse abuso como tradição tipicamente brasileira, sim, mas naquilo que tradicionalmente está arraigado entre nós como “autoritarismo” ou mesmo como expressão do “coronelismo” estudado por Victor Nunes Leal e referido com aprovação por Freyre no já referido perfil de Euclides (1987, p. 54).

Talvez Gilberto Freyre não tenha chegado a compreender que as tendências que se mostram mais explicitamente dionisíacas são potencialmente inautênticas, possíveis imitações sempre perigosas (porque contêm o pior dos temperos nativos, o autoritarismo) do direito inglês (e norte-americano), imitações recorrentes na tradição dos países de direito codificado. E imitações perigosas porque em direito só se assegura a liberdade dentro da “forma” e da tradição. De qualquer modo parece excessivamente caricatural desprezar como “apolíneos” os que se dedicam – com razão – a demonstrar que a técnica e a rigidez dogmáticas laboram em favor da liberdade e não contra, salvo quando se esterilizam em dogmatismo, que é uma disfunção. Disfunção

talvez comum na tradição germânica, mas que a grande tradição do direito brasileiro evita. O melhor de nossa tradição não é de dogmatismo estéril, é antes a elaboração da tensão entre os limites apolíneos de preservação da liberdade conquistada e os anseios dionisíacos de expansão das liberdades. Nossa melhor tradição jurídica se elabora na dogmática, mas de um ponto de vista democrático e liberal que permite englobar as tendências de expansão de direitos sociais. No constitucionalismo, é a vertente de um Pontes de Miranda, e hoje de Carlos Ayres Britto.

O par de categorias apolíneo/dionisíaco, todavia, também em nosso universo jurídico apresenta interesse e utilidade compreensiva. Funcionará como sismógrafo do potencial autoritário de dogmáticas que sempre se oferecem ao mercado de idéias (e hoje não só de idéias) como supra-sumo do ideal democrático. Desde que compreendamos que todo direito é limite, e como limite que é deve ser por natureza apolíneo, qualquer teoria de laivos dionisíacos pode ser recebida com desconfiança hermenêutica, porque pode, até mesmo sem querer ou saber, escancarar a casa dos direitos para a entrada triunfal do Poder. É como se – fixando-nos numa das duas versões da lenda – a caixa de Pandora contivesse todos os horrores, e essa flexibilidade dionisíaca lhe abrisse a tampa libertando-os, deixando nossa esperança no fundo. Teorias que parecem dionisíacas podem ser bem-disfarçadas tendências decisionistas que abrem a caixa de Pandora dos “sentimentos do juiz”, permitindo-lhe legislar ainda que auto-iludido, ou iludindo-nos, de que só legisla para “aquele caso concreto”.

São recorrentes na experiência universal manifestações dionisíacas na teoria e prática do direito. E são típicas facas de dois gumes: acrescentam humanidade, mas liberam o jurista menos nobre para o mais cruel barbarismo; temperam a dureza da lei (ou a rigidez constitucional), mas permitem que o jurista menos nobre subtraia soberania dos outros, hipertrofiando-se de Poder. Evitam a disfunção do *summum ius* e a *dura lex*, mas por vezes mais que freqüentes permitem ao jurista menos nobre diminuir nossas liberdades com a facilidade de quem profana textos “sagrados”, em que inscrevemos conquistas, quando a dureza da lei era exatamente a nossa vontade.

Lei é conquista, Constituição é conquista. Desconfiai de quem permite com facilidade demasiada ao intérprete “negar vigência à lei”, porque pode estar abrindo a caixa de Pandora e fundamentando a sentença com os piores preconceitos. Exemplificativamente seguem algumas manifestações dessas “ondas dionisíacas”.

2.1.1 A “escola livre de direito”

Corretamente criticada, na origem, por Max Weber (1987, p. 648-660), é onda dionisíaca que ressuscitou entre nós com a voga do “alternativismo” que grassou nos anos 80 e 90 do século 20.

Em tradições de direito codificado, anota Weber, essa “liberdade criadora do juiz” se dá, sobretudo, em função de uma aspiração dos juristas práticos modernos para elevarem o sentimento de dignidade de seu estamento, fortalecendo a consciência de seu poder (p. 655). Como exemplo, cita a freqüente observação que se faz na Alemanha à “distinguida posição dos juizes ingleses” (p. 656). E conclui que uma administração de justiça de tipo burocrático, recrutada em seus postos mais importantes dentre os membros da judicatura e, ademais, politicamente dependente dos poderes políticos dominantes no que toca às promoções, não pode equiparar-se às tradições suíça, inglesa e muito menos norte-americana. O que ocorre então aqui é que “quando se lhe priva da crença na santidade do formalismo jurídico e se lhe pede que emita ‘juízos de valor’, os resultados costumam ser completamente diversos dos que se obtêm nos países referidos” (p. 659).

De qualquer forma, a conclusão de Max Weber permanece inteiramente atual, quando afirma que:

Não é seguro que em países de direito codificado se possa converter o juiz burocrático num profeta jurídico apenas pondo em sua cabeça a coroa de “criador”. De qualquer modo, a precisão jurídica do trabalho é rebaixada quando, em lugar de conceitos jurídicos, se fazem incluir nos *consideranda* das sentenças razões sociológicas, éticas ou econômicas [p. 659].

Weber não chegou a comentar que tipo de diversidade de resultados se obtêm quando os juizes se libertam da forma para aplicar

considerações antropológicas e sociológicas às sentenças. Nós já temos uma noção aproximada dos horrores da caixa de Pandora.

Exemplifica o mesmo fenômeno o crescente desprestígio em que incorre jurisprudência criminal que já foi respeitável, como a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por conta de soberba interpretativa que chega às raias da aberração. É o caso, triste porque verídico, em que o tribunal gaúcho afastou violência presumida em estupro contra criança de cinco anos, porque com tal idade, segundo a maioria vencedora, a vítima já poderia dar consentimento “válido” ao ato sexual. O absurdo também decorre da vontade do tribunal de legislar, em substituição ao Código Penal, porque entendeu que “a pena prevista para o art. 214 do CP seria ‘muito alta’” (cf. Recurso Especial n. 714.979-RS, divulgado pelo informativo eletrônico *Consultor Jurídico*, edição de 1º set. 2005, disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>). Mesmo corrigido pelo Superior Tribunal de Justiça, o problema da soberba é que ela jamais se permite corrigir. E sempre reincide em sua própria soberba. Não admite incorrer em erro porque não pretende acertar. Quer mesmo exercer Poder. Sua soberania está acima de qualquer razão contrária, mesmo que seja a razão do povo inscrita em lei ou Constituição. Que esse gesto de soberba normalmente quebra o decoro em seu modo de se exprimir é também fenômeno mais que comum. Refira-se, a propósito, julgamento do mesmo tribunal gaúcho, de certo caso que os desembargadores consideravam “bagatela” e em que se julgaram no dever de passar “corretivo” no Ministério Público, recorrente, porque o acusador público devia parar de incomodar e ocupar melhor seu tempo e o dinheiro público (Embargos Declaratórios n. 70007545148, Rel. Des. Sylvio Baptista, julgamento em 19.11.2003, divulgado no informativo *Consultor Jurídico*, edição de 6 abr. 2004, disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>).

2.1.2 A “doutrina brasileira do habeas corpus”

A “doutrina brasileira do *habeas corpus*” foi corretamente criticada por Pontes de Miranda (1955). A propósito, é justo registrar que, embora se tenha impressionado pelo que considerou dionisíaco na voga

do *habeas corpus* conduzida por Rui Barbosa, que seria algo como o “futebol-arte” brasileiro, Gilberto Freyre não deixou de observar, a respeito do então jovem Pontes de Miranda, de quem refere publicações como *À margem do direito* (1912) e *A moral do futuro* (1913), que lhe parecia ser jurista que começava, “ainda jovem, a revelar-se homem, na sua especialidade, se não genial, quase genial” (FREYRE, 2004, p. 95). Vogas de abuso atualizadas como hipertrofia de Poder contra o princípio democrático da Constituição de 1988, que discutimos neste esboço de compreensão.

2.1.3 Flexibilização de cláusulas pétreas da Constituição

É também manifestação perigosamente dionisíaca a voga atual de flexibilização de cláusulas pétreas da Constituição e de identificação do Poder Constituinte ao (mal) denominado Poder Constituinte “derivado”, voga corretamente criticada na primorosa *Teoria da Constituição* de Carlos Ayres Britto (2003) como uma “contra-revolução dogmática, um contradiscurso constituinte” (p. 80). Autor que no arcabouço geral de sua reflexão teórica sobre a Constituição segue, atualizando-a segundo o discurso constitucional contemporâneo, a intuição central de Pontes de Miranda a respeito da “rigidez constitucional” como garantia do povo-constituinte contra maiorias circunstanciais e golpistas que sempre nos rondam em todo momento pós-Constituinte, quando, no dizer de Britto, a sociedade está menos desperta, “tirando sua sesta, porque representada”. Sobre a rigidez constitucional, já dizia Pontes de Miranda em 1916:

As defesas constitucionais, como se vê, são fráguas. O direito comum precisava, na Inglaterra, de ser apoiado de contínuo por estatutos novos, porque os precedentes de onde em onde se chocavam. Daí as várias leis britânicas que por vezes estudamos em capítulos anteriores. Depois, a rigidez psicológica do povo inglês fixou-o. Como dispensar, em outro país, sob regime liberal, porém, ainda sem aquela rigidez, a garantia constitucional, em se tratando de direitos importantíssimos, ou remédios processuais imprescindíveis à liberdade? É então que se sente a necessidade da rigidez técnica da Constituição. Estava aberta, assim, ao mundo,

mais larga estrada de segurança e de acerto. Por outro lado, em que a muitos pese, é desgarrar em excesso da prática e levar muito longe o democratismo querendo que o “povo-legislador” ou o “povo-constituente” não precise de estabelecer restrições ao “povo-nacionalidade”, por parecer contra-senso teórico o restringir-se a si mesmo [1955, p. 104-105].

E arremata o mestre que:

O povo pode coarctar, não só os legisladores ordinários, ainda a si mesmo. Era o que afirmava Webster, no pleito Luther *versus* Borden. E muitas vezes, realmente, demarca poderes, entrosa funções e delimita alçadas, segurando-se assim dos azares da política e das reformas momentâneas “que as maiorias ocasionais soem promover” [p. 105].

2.1.4 Método interpretativo de Zaffaroni/Pierangeli

Por fim, ainda que de passagem, o método interpretativo proposto por Zaffaroni/Pierangeli, acolhido no Supremo Tribunal Federal por Gilmar Mendes, na mais benigna das interpretações, também se mostra, em sua “plasticidade hermenêutica” que desconhece limites formais, como instrumento perigoso na mão de quem aprecia hipertrofiar-se de Poder. Como as outras correntes dionisíacas referidas, é método perigosamente antidemocrático.

Mas já podemos fechar essa introdução culturalista ao problema e adentrar na onda dionisíaca que mais nos interessa: o refluxo de abuso do *habeas corpus*.

3 **Prolegomena à interpretação do problema constitucional**

Partindo do mesmo princípio cultural de que “direito é limite”, precisamos investigar a natureza e os limites do mais abusado dos remédios jurídicos, que é o *habeas corpus*. Na verdade ninguém mais, desde 1916, quando surgiu a monografia de Pontes de Miranda, precisa investigar coisa alguma, pois tudo está feito. O que surpreende é que

pouco se conheça, hoje, dos resultados da empreitada democrática do maior jurista brasileiro. Precisamos, então, não tanto criar ou investigar, nem inovar, mas *revolver a tradição*, lembrar o que foi esquecido. Que não foi esquecido por acaso, com toda probabilidade. Foi esquecido porque não interessa ao Poder.

3.1 Pontes de Miranda e os “limites do *habeas corpus*”

O abuso do *habeas corpus* é prática recorrente na história brasileira. Na Primeira República, por dicção elástica da Constituição de 1891, abusou-se do *habeas corpus* para tutela de todo tipo de direitos, prática conhecida como “doutrina brasileira do *habeas corpus*” (para repertório de decisões do STF, cf. RODRIGUES, 1991).

O jurista Carlos Maximiliano, como Pontes de Miranda, também denunciara o fato de que a dicção elástica do instituto na primeira constituição republicana possibilitava essa “aberração lamentável [que] manifestou-se depois de 1910 [porque] Alguns juízes singulares e a maioria do Supremo Tribunal Federal passaram a considerar o *habeas corpus* como garantia de direitos em geral; [que] substituía, portanto, a ação”. Mas “tal hipertrofia” – prosseguia Maximiliano – “é anormal e transitória (já vai passando até)” [1918, p. 734].

De fato as fronteiras elásticas do conceito tiveram termo com emenda à Constituição, em 1926, que deu ao *habeas corpus* a conformação que deveria ter até hoje: proteção do corpo do paciente contra violação líquida e certa a seu direito de ir, ficar e vir. A questão, pois, não é, como se diz a toda hora, um problema de Constituição, mas de abuso de Constituição. Ainda é tão necessário quanto era na Primeira República insistir na natureza e nos limites do *habeas corpus* para que ele não se transmude em imunidade disfarçada ou remédio abortivo da ação penal legitimamente instaurada. Objetivo, aliás, do jovem Pontes de Miranda, então com 23 anos. Não teve em mira vender o livro, recheá-lo com colagens para fazer “volume”, nada disso. O desenvolvimento de uma idéia inicial ou intuição vão fortalecendo-se mediante o exame de casos, doutrina estrangeira, enfim tudo que vai aclarando o terreno confuso. O que empresta à obra de Pontes de Miranda consistência e eternidade é a elaboração arquitetônica de seu

raciocínio jurídico, que não nos impõe a conclusão do raciocínio como sua “opinião”, mas desenvolve o raciocínio e nesse desenvolvimento ensina a pensar. Todos os seus argumentos se harmonizam, mesmo na casuística, em torno ao princípio. O princípio não é algo por sua vez arbitrariamente extraído da subjetividade do autor, embora para ele contribua sua personalidade. Personalidade que alia características raramente combináveis no universo do discurso jurídico: coragem, sem soberba; humildade, sem servilismo; largueza de conhecimento, sem arrogância ou falsa erudição; e na política a mescla ideal de pendores democráticos e liberais. Ontem, como hoje, a dissociação freqüente desses dois princípios ora faz pender o democrático para o demagógico (entre nós pela superfetação dos direitos fundamentais, percebidos em ótica substantiva, aliada a flexibilidades dionísias dos direitos, que chega a enveredar por vezes para um fundamentalismo político), ora transforma o liberal em arremedo de cuidado com as liberdades públicas, para tornar-se um travesti do *laissez-faire* que é em realidade máscara do autoritarismo e do parasitismo, que sugam do Estado o que querem, para perpetuação de castas que nem chegam a ser classes sociais, são estamentos construídos a partir do próprio parasitismo político.

É autêntico o retrato político que o autor faz de si quando em 1951 examina seu livro de juventude, para reedição. Então, diz que:

Quando, aos vinte e três anos de idade, escrevi este livro, já correspondia ele à formação liberal e democrática que recebi. Hoje, vejo-o de longe, com a excepcional acolhida que teve, reimpresso, durante 1916 e 1917, até que se gastaram os tipos. Livro de mocidade. Vejo-o, hoje, como réstia de luz que me acompanhou. Não lhe tirei um trecho [1955, p. 7].

Apresenta seu livro de juventude com a mesma utopia com que o escrevera, proclamando a esperança de que pudesse esse livro “instilar, no seu pouco, o amor da liberdade, a que não faltam inimigos”.

Lugar-comum dizer que Pontes de Miranda não perdeu sua atualidade, se não fosse autor pouco lembrado, pouco citado, talvez até mesmo pouco lido. Decididamente Pontes de Miranda não está na moda. Mas paradoxalmente ainda é o único autor com quem pode-

mos contar para esboçar um gesto de indignação contra a saraivada abusiva de salvo-condutos e trancamentos de ação ordinária, com que nos brinda diuturnamente a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal. Pontes de Miranda é um esteio firme, porque não se vexa de arvorar-se em defensor das liberdades públicas, mas não do jeito que fazem os que dizem defendê-las mais no papel que na vida real.

O autor parte de um diagnóstico de realidade: o abuso do *habeas corpus* não alarga as liberdades públicas. Ao contrário, alarga o espaço de Poder de quem o confere: “Entre nós, por exemplo, não foi a liberdade pessoal que se dilatou ali pelo segundo e terceiro decênios do século: foi o *habeas corpus* abusivo que se estendeu, sob a oratória de homens políticos, a novos casos” (1955, p. 30).

Feito o diagnóstico, estabelece a meta: estudar o *habeas corpus* a fim de estabelecer-lhe os limites, para salvaguarda da liberdade, porque é no abuso da forma jurídica que se escondem os propósitos mais obscuros e por vezes até grossa improbidade. E mais, porque o *habeas corpus* concedido erradamente priva a sociedade de algo valioso: a persecução penal. Reconhecendo o excesso dionisíaco da doutrina brasileira do *habeas corpus*, o autor se faz apolíneo, reclama por “limites”, compreendendo que, “para se defender um direito, é preciso que se saiba onde começa e onde acaba: o vago abre portas às indecisões e às controvérsias; portanto às injustiças [...]”.

Tal como Carlos Ayres Britto, que em sua *Teoria da Constituição* seguidamente repete suas idéias centrais, sem pejo de repetir-se, porque as repetições aqui não são mote para “encher páginas”, mas para harmonizar aspectos novos do mesmo problema com a idéia principal, numa unidade material de obra refletida, Pontes de Miranda repete ao longo do texto algumas idéias centrais, provadas no exame da casuística. A primeira delas, que denota obra construída para corrigir disfunções, insiste exatamente naquilo que o *habeas corpus* não é.

3.1.1 O *habeas corpus* não é remédio de justiça

Que significa dizer que *habeas corpus* não é remédio de justiça? Significa dizer que o *habeas corpus* é instrumento de asseguaração do

direito de ir, ficar e vir contra coação ou violência tão evidentes que esse direito se apresente com liquidez e certeza. Fazer justiça, ou “justiçar”, é algo completamente diferente de examinar uma situação líquida e certa de violência a direito de ir, ficar e vir. Colhemos as seguintes transcrições que talvez esclareçam a diferença:

Justiçar significa verificar a existência de situação jurídica e mostrar querer que ela se realize. Muito menor, porém, é a função do judiciário quando apenas vê, clara, relação ou situação jurídica, a todo o ponto líquida, e dela se utiliza para aferir a legalidade ou ilegalidade de caso sujeito ao seu julgamento. Ali, examina, escolhe, apura, inquire, e, no decidir por uma parte, recusa o que a outra ofereceu à prova. Aqui, apenas se certifica de relação ou situação jurídica incontrovertida [p. 259].

O *habeas corpus* [...] não confere direitos, nem os averigua em litígio. Apenas garante o indivíduo, quer para exercer direitos, quer não. Tal distinção só lhe importa secundariamente, – para evitar a anomalia judiciária de se decidir, em processo extraordinário de rito especial, questões de direito civil, político, administrativo ou penal, que só em juízo competente e em processo ordinário se dirimem [p. 257].

O *habeas corpus* não era nem podia ser forma hábil para apurar-se a legitimidade de direitos. É remédio especial contra a violência, ou coação, que sofre, ou teme sofrer, uma pessoa – e não o meio apropriado para se ampararem e furtarem de lide direitos que outros impugnam e dizem possuir, com fundamentos dignos, ou não, de serem examinados detidamente [p. 223].

Se não “faz justiça” o *habeas corpus* não é instância revisora do juízo errado do juiz natural sobre matéria de fato ou mesmo jurídica quando esse juízo é o “fim” do silogismo de aplicação do direito. O que nos leva à segunda característica singular do *habeas corpus*.

3.1.2 O raciocínio do *habeas corpus* é inverso ao de cognição ordinária

Ordinariamente, o juiz está sempre diante de situação “nebulosa”, em que duas partes contendem na perspectiva de terem o melhor

direito. No caso da ação penal, o acusador de um lado tendo a perspectiva de melhor direito a retirar, pelo menos potencialmente, a liberdade do réu pela aplicação da lei penal à conduta por ele, alegadamente, praticada; de outro, o réu, querendo sua “liberdade” por uma ou outra linha de defesa. Situação de dúvida que requer cognição ordinária. E nessas, isto é,

Nas contendas ordinárias, todo juiz, quando sentencia, julga e resolve sobre o direito. No processo de *habeas corpus*, a situação é toda outra: da liquidez é que se parte para que se dê ao paciente a ordem de *habeas corpus*, a fim de ir exercer esse direito líquido e certo [...]. Não se tutela o direito; segura-se o possuidor do direito. *Sendo litigioso o fato, se não cabe ao juiz ou tribunal competência para resolvê-lo, o único caminho é abster-se de conhecer do pedido* [p. 227].

O abuso do *habeas corpus* é mais problemático porque é remédio que deve ser passado de imediato, sem delongas no exame do mérito ou do fato (que deve ser provado com clareza e liquidez tais que não haja interpretação “melhor” nem espaço para *in dubio pro reo*). Quando se discutia o regramento legal para os limites do *habeas corpus*, ainda no Império, perguntava Saião Lobato (e suas perguntas são relevantes até hoje):

onde a segurança e regularidade do procedimento do juiz criminal, desde que se dê essa extensão ao emprego do *habeas corpus*? Pode-se admitir que o juiz superior, havendo recursos ordinários, interfira, com uma extraordinária decisão, contra *ato legítimo de autoridade competente*? [destaque do original]. É necessário que consideremos essa questão muito discretamente. Pelo projeto se dá todo elastério possível, toda a sua extensão, à garantia do *habeas corpus*; porém devia ter a sua natural limitação, para que não se converta em causa prejudicial da formação de culpa, ou meio de danar o procedimento da autoridade competente, desmoralizando o ato que *legal e legitimamente* praticou e que, no caso de injustiça, tem como corretivo os meios ordinários. É manifesto contra-senso converter o *habeas corpus* em recurso ordinário para reforma das sentenças da autoridade competente [discurso de Saião Lobato, em defesa de emenda restritiva à Lei n. 2.033, de 20.9.1871, ataca-

da pelo senador Nabuco de Araújo e pelo Partido Liberal, e citado com aprovação por PONTES DE MIRANDA, p. 137-138].

Na cognição ordinária, parte-se da incerteza e chega-se à liquidez no fim do processo, condenando ou absolvendo o réu. No *habeas corpus* é todo o contrário. A liquidez e certeza estão antes do juízo de soltura. Liquidez de direito é conceito que vem do direito privado, mas tem escorreita aplicação no direito processual. Significa quase o mesmo que se o réu apresentasse diante do tribunal um “cheque ao portador” ou outro “título de crédito”. Na ação penal, sua defesa não é jamais parecida a um título de crédito, é algo como a pretensão à inexistência da dívida, a ser alegada e provada, mas sob a garantia (agora para a sociedade) da cláusula chamada de *contraditório*, sempre vista apenas como direito constitucional do indivíduo, mas que é também direito da coletividade de indivíduos que tem legítima pretensão à condenação, quando for o caso. Ensina o mestre a propósito:

Abramos o dicionário de Pereira e Souza (*Esboço de um Dicionário Jurídico*, I, páginas não numeradas), e lá encontraremos a seguinte definição jurídica que vale por uma dissertação: “líquido é o que consta ao certo”. Nem mais uma palavra. E era o bastante. O direito, como a dívida, só por ser contestado, não deixa de ser líquido. A contestação, por si só, não o torna ilíquido. Litigioso, sim; porém não incerto. É líquida a obrigação quando à vista dela não se pode duvidar: *an, quid, quale, quantum debeat*. Líquidas são as dívidas de uma coisa certa, *obligatio rei certae*. Líquidos são os direitos quando a sua existência é afetada sem incertezas ou sem dúvidas, quando o paciente mostra que a sua posição legal é evidente, sem precisar para o mostrar de diligências e delongas probatórias [p. 262].

A liquidez, aqui, “em vez de ser ‘fim’, é o ‘ponto de partida’” (p. 227). É claro que toda ação penal contém iliquidez, porque será resolvida ao final. Não significa que ao final o Judiciário não possa constranger legalmente o réu à pena, nem mesmo que excepcionalmente não possa cometer “injustiça” por ter aplicado errado a lei ao caso concreto. Mas, sempre que isso ocorre, é pelos recursos ordinários que se corrige eventual má-interpretção (que *não* é sinônimo de erro judiciário, não se admitindo, por exemplo, revisão criminal por alteração mais benigna

na de orientação da jurisprudência), e não pelo rito do *habeas corpus*, rito “especial e célere, não tendo, portanto, como as sentenças ordinárias, função de cômputo de discussão, e sim mandamental” (p. 228). E só por isso exigir-se, de um lado, e ser possível, de outro, “em tão curto prazo, resolver-se acerca de uma prisão” (p. 228). O antigo Código de Processo Criminal do Império mandava que se passasse a ordem de *habeas corpus* em no máximo “duas horas” (fique claro que essa ordem aqui era de apresentação do preso à Corte, p. 221).

A vantagem, para as liberdades públicas, de rigor nos requisitos de liquidez e certeza é que se dificulta o abuso no processo em que mais rigor técnico se precisa (ainda que a muitos pareça simplório ou fácil) e mais necessária se faz a prudente discricção do juiz. Porque é socialmente um desserviço que a “ordem de soltura” seja resultado de disfunção no uso do remédio, redundando em imunidade de fato. Quando se defendeu a dispensabilidade da liquidez, afirmou Pontes de Miranda:

Tão rigorosamente opinei pela imprescindibilidade do requisito da liquidez, que me afastei do próprio senador Rui Barbosa, cujo discurso de 22 de janeiro de 1915 analisei com veemência, e então concluí com as seguintes palavras: “a doutrina é liberalíssima, mas, na prática, excluído como foi, o requisito da liquidez, os seus efeitos poderiam ser anárquicos, uma vez que nem todo o país frui a serenidade moral do grande jurista que a pregou” [p. 309].

Mais veemente não podia ser a conclusão da “luta” de Pontes de Miranda “pelo Direito”: impor limites ao abusado *habeas corpus*. *A flexibilização dionísaca no manejo do remédio termina – diríamos hoje de modo prosaico – sempre em “pizza”*.

O sentido original do *habeas corpus*, aliás, é mesmo esse: soltar ou mandar que se apresente o preso ao tribunal, para decidir sobre a prisão. *Habeas corpus* para “trancamento” de ação penal, estando o réu solto, apenas porque no final do processo e depois de resolvidos os recursos ordinários ele poderá ser legalmente constrangido à execução da pena, já é um desenvolvimento elástico e perigoso de “cog-

nição”. Admissível, sim, quando a ação penal se abriu ou teve curso mediante flagrante nulidade, ou for de conteúdo flagrantemente teratológico. Anote-se, de passagem, que, em caso de nulidade absoluta, o *habeas corpus* é benefício social (não ao réu) porque permite o recomeço do processo penal em tempo hábil, com o conserto da nulidade. Agora, quanto ao segundo caso, o problema é que numa hipertrofia de Poder se dá qualidade de teratológico a tudo aquilo de que não se gosta ou que, se fôssemos nós os acusadores ou juizes, não faríamos dessa ou daquela maneira. E é evidente que divergência de opinião não é sinônimo de bizarria do adversário, salvo para a soberba congênita. Então o que mais se vê, e não só no Supremo, em tribunais federais e no próprio Superior Tribunal de Justiça, é prática abusiva que vai muito além de sustar o teratológico. A soltura, em casos de prisão cautelar, por seu turno, também vem sendo exercida mais como “substituição de instância” do que como “revisão” de manifesta ilegalidade. Mas não queremos confundir terreno em si tão confuso com universo distinto como é o da prisão cautelar. O que enfocamos agora é apenas a revisão de dicção jurídica do Superior Tribunal de Justiça, em *habeas corpus*, porque o STF cuidou entender que a opinião jurídica do STJ estava errada. Indagamos se, de acordo com a melhor interpretação da Constituição, essa postura do STF será valiosa ou anomalia.

Voltemos ao início da exposição. Dizia-se que em nossa tradição constitucional, pelo menos desde a República, o *habeas corpus* é ação constitucional. Seu conceito permanece praticamente o mesmo desde 1926, quando retomou a feição original do instituto. Por isso, tudo o que Pontes de Miranda ensina não está fora do tempo. Mas o problema que enfocamos é novo. Isso apenas porque o Poder Constituinte de 1988 “inventou” um tribunal constitucional e deixou para um tribunal judiciário superior a dicção suprema do que é mais correto no direito penal, o que nos remete para a teoria e a interpretação da Constituição, em visão mais larga. Já não parecem suficientes, embora ainda em vigor, as lições de Pontes de Miranda, pelo menos para o problema ampliado que formulamos. Escusado dizer que seguimos em boa companhia.

4 A hermenêutica da máxima eficácia principiológica da Constituição originária

Tal como fizera Pontes de Miranda, Carlos Britto (2003, p. 7) escreve teoria como reflexão democrática, para que a sofisticação (termo não por acaso aparentado com “sofista”) dos juristas não nos pegue desprevenidos. Procura provar quão perigosos para a democracia se fazem alguns dinamismos criativos ou “flexibilidades dionisíacas”. O objetivo do autor, aliás, declarado desde a introdução, é também o de “melhor rebater os fundamentos daquilo que se vem chamando de neoconstitucionalismo” (2003, p. 7).

Se fosse permitido traduzir a reflexão teórica de Britto numa frase, seria que ela busca fundar racionalmente um “sentimento de Constituição”. Vê a Constituição originária como emanção *de razão* do povo em sua máxima autoconsciência. O argumento é marcada e conscientemente hegeliano, sim, e com Hegel afirma que a voz do povo é a voz de Deus. Hegel não usava de demagogia nem pretendia que sua filosofia fornecesse armas ao populismo, de direita ou de esquerda. Ainda que muito mal-compreendido, esse intérprete liberal da modernidade tinha inteira razão em seguir imaginando a constituição como algo que deve ser concebido como criação um pouco divina (*Filosofia do Direito*, de HEGEL, § 273 e adições, consulto edição em inglês traduzida por Knox). Sobre a essência quase-divina da Constituição, e no mesmo tom da paráfrase ao Hamlet, segundo a qual a Constituição tem razões que nossa razão desconhece, anota Carlos Britto em rodapé que:

É indesmentida lição da História que o povo, quando em estado de intensa vigília (postura típica de quem vive o seu momento constituinte), possui o dom de levar os órgãos político-deliberativos à produção de uma obra melhor que os seus próprios autores. É nesses raros instantes que o povo atinge o seu ponto *ômega*, no sentido de elevar ao pico o seu estado de autoconsciência. Daí a mais ampla possibilidade de penetrar no âmago da sua natureza de poder que tudo pode, rompendo de forma ainda mais autêntica – porque ainda mais total – com o seu próprio passado jurídico-constitucional [nota 13 de rodapé à p. 63].

Parecerá inusitado ou fora de moda que uma teoria da Constituição comece seu arcabouço compreensivo com uma analogia entre “o Poder de Deus no Céu e o Poder Constituinte na Terra”. A analogia, porém, nada tem de sacrílega, pois é especulando como a *vox populi* é mesmo a *vox Dei* que se chega a conhecer a natureza do Poder Constituinte, poder que tudo pode, ao criar, mas que depois de criar é como se tivesse falecido. Por isso

a Constituição, na sua originária redação, não é feita *pelo* Estado. Ela é feita *para* o Estado, mantendo com esse Estado uma essencial relação *de unha e carne*, a ponto de se poder afirmar que *a cada nova Constituição corresponde um novo Estado* [p. 32].

[...] o povo, no estratégico momento em que elabora a Constituição, é uma instância exclusivamente política de deliberação. Encarna, assim, o puro poder, a unitária potência, o fato sociológico *bruto* (não juridicamente *lapidado*), a se manifestar por conduto de normas jurídicas originárias, enfeixadas na Constituição. Esta, por conseguinte, a jorrar daquele puro poder, e não o contrário. Assim como Deus, no preciso instante em que pronuncia o *fiat lux* mundano, tem que ser uma instância exclusivamente ideal ou transcendente, a atestar a primazia da idéia sobre a matéria, da consciência sobre a experiência, do espírito sobre o corpo [p. 33-34].

A Constituição, assim, pode ser imaginada “como a *certidão de nascimento e a carteira de identidade do Estado*” [p. 38].

Resumindo, de modo grosseiro, o argumento: o Poder Constituinte que faz a Constituição (p. ex., a de 1988) faz (funda) o Estado, daí que tudo que for a partir desse Estado criado ou recebido deve acomodar-se ao “núcleo duro” dessa Constituição. Por núcleo duro entende-se a densidade principiológica da Magna Carta. Nossa Constituição é rígida, petrealizada em seus aspectos principiológicos originários, porque é uma criação do Poder Constituinte que, como o Criador, julgou tudo que fez “bom”. É daí que pode nascer o tão necessário “sentimento de Constituição”. Argumenta Britto que:

se o Constituinte não anuncia que está a produzir uma Constituição garantida, uma Constituição *pra valer* (e só é *pra valer* na medida

em que *petrealizada*), deixa de revelar estima pela sua obra e não induz o povo, *ipso facto*, a praticá-la. Não inculca no povo uma estima ou um sentimento de Constituição, tão necessário para que ela se torne uma instituição viva. Para que ela se torne a própria condição da montagem de um Ordenamento que tenha na segurança das relações humanas o seu valor fundante por excelência [p. 79].

Assim como existe uma teoria da Constituição, deve existir uma hermenêutica da Constituição, diferente da interpretação normal das leis, porque diante da Constituição estamos em presença de um “santuário”. Interpretar a Constituição é cercar-se de cuidados, que não são apenas rigores lógicos, mas principiológicos. O primeiro cuidado é perceber que a Constituição é algo mais que a soma de seus pedaços. Como insistia Pontes de Miranda quando dizia que “a Constituição não é rol de recados”, Britto afirma:

A Constituição é documento normativo tão singular que não se confunde nem mesmo com o somatório mecânico de suas normas [p. 99].

Ante a Constituição, mais do que perante qualquer outro diploma jurídico, é preciso tocar nas suas normas com a delicadeza de quem lida com peças de cristal. Ela consubstancia um tipo tão articulado de unidade que faz lembrar a composição e o sentido de um poema. Se este se constitui de palavras, tais palavras somente conservam íntegro o seu papel de servir a uma obra de arte se permanecerem no contexto da poesia e no exato lugar em que se encontram. Permutá-las, substituí-las, destacá-las do conjunto, seccioná-las, enfim, é quase sempre repetir o fenômeno que decorre de se colocar, hipoteticamente, um pouco de qualquer das ondas do mar em um balde: a onda removida perde instantaneamente a qualidade de onda, que é uma coisa viva ou em movimento, e passa à condição de simples água salobra, que é uma coisa morta ou sem mobilidade própria [p. 99].

Sua densidade principiológica faz da Constituição documento singular. “São as normas-princípio que fazem da Constituição *uma densa rede axiológica de vasos comunicantes*” (p. 168).

A pequena remissão a algumas belas passagens (que não farão justiça ao texto, porque não podemos reproduzir todo o encadeamento lógico do raciocínio) talvez já baste para servir como bússola segura na interpretação do fenômeno que examinamos.

5 Reformulação do problema inicial

É tempo de voltar à casuística para dar à exposição algo mais de concretude. Formulamos, a partir de caso concreto, o problema de saber se o STF está certo, agindo precipuamente como guardião da Constituição, em corrigir erro de direito (admitindo para argumentar que o erro exista) do STJ na dicção do direito federal (penal) através de decisão extraordinária em ação constitucional de *habeas corpus*. Já vimos que – segundo o conceito mesmo do *habeas corpus* – esse proceder tem mais afinidade com a função jurisdicional de “fazer justiça” do que de coarctar violência. Segundo o conceito do *habeas corpus*, já existe abuso. (Será ironia da história que quem reclamava ontem de juízes justiceiros, como anomalia, intente “fazer justiça” pela via extraordinária do *habeas corpus*?)

Mas o abuso tem algo de novo. Precisamos interpretar a Constituição e decidir se uma regra isolada de competência (do art. 102, I, *í*) torna legítimo esse proceder.

E, se não for o caso, tentar compreender que fenômeno jurídico ou político pode estar na causa da anomalia.

Pelo próprio modo de argumentar, que reputa grave inconveniência (que conduz a erro) a interpretação de regra constitucional aos “pedaços”, já nos afastaremos novamente da casuística para uma especulação mais abstrata, porém necessária. Queremos tentar conhecer – por visão aérea que seja – o sistema jurisdicional da Constituição para que o Todo nos ajude a compreender a parte.

6 O sistema judiciário de “direito”

Sabe-se, e é primoroso o voto de Sepúlveda Pertence a respeito (RHC 79.785-RJ), que na tradição constitucional brasileira apenas a

Constituição do Império adotou como princípio constitucional o duplo grau de jurisdição. Visualizando o princípio em sua concepção mais larga de revisão integral da decisão (e não a possibilidade de incidência dos recursos “jurídicos” como são em nosso sistema o especial e o extraordinário) por órgão de hierarquia superior ao que decidiu, não há como extrair tal princípio da Constituição brasileira. A questão que formulamos é outra, porém. Só por não abrigar explicitamente o princípio do duplo grau de jurisdição entre as garantias e direitos fundamentais se pode dizer que o sistema judiciário estruturado pela Carta Magna desconhece o duplo grau de jurisdição ordinária? A resposta é não. Então se pode dizer aqui que o duplo grau não está na Constituição (como garantia), mas está na Constituição (como regra arquetônica, estrutural do sistema judiciário). A ausência explícita do princípio tem razão lógica. A partir do instante em que se decidiu por alguns foros privilegiados para certos cargos públicos a Constituição admitiu a hipótese de existirem julgamentos em instância única. A Constituição não é, ao contrário do que alguns apressados intérpretes afirmam, autocontraditória.

Não existe aqui – como se poderia pensar à primeira vista – menos democracia na Constituição de 1988 que na do Império. O princípio do duplo grau de jurisdição é princípio universal de processo e nada na experiência democrática recomenda que se admitam como regra juízos singulares irrecorríveis. Primeiro pela natural falibilidade de qualquer juízo humano e segundo porque só o fato de ser irrecorrível freqüentemente já é causa dessa disfunção jurisdicional que chamamos de soberba (daí um problema essencial do *habeas corpus* erradamente concedido, que, salvo na jurisdição de primeiro grau, se concedido, é irrecorrível, desde que se retirou de sua processualística o chamado recurso de ofício, obrigatório, sem dar em contrapartida ao Ministério Público direito a recurso voluntário). De mais a mais, o que muitos viram como “princípio” do duplo grau na Constituição do Império talvez seja menos uma garantia individual que princípio estrutural do Poder Judiciário, até porque disciplinado no art. 158, que naquela constituição integra o capítulo do Poder judicial.

Ora, sendo concebido apenas como regra estrutural, o duplo grau ainda está lá na Constituição, e ainda é relevante para que se compreen-

dam algumas disfunções de jurisdição, entre elas o abuso de *habeas corpus*. E também parecerá legítimo conceber que mesmo aquelas regras estruturais da Constituição, que “desenham” o Estado, contêm uma densidade principiológica que funciona como sistema que, na expressão de Pontes de Miranda, “demarca poderes, entrosa funções e delimita alçadas”. Porque teremos uma situação se o desenho do Poder Judiciário na Constituição for uma espécie de “pirâmide” de hierarquias em todo o amplo espectro de jurisdição, com o STF no ápice e os juízes singulares na base, e outra bem diferente se o desenho for um trapézio, formado por juízes singulares na base e tribunais federais e estaduais logo acima, trapézio ligado aos tribunais superiores por “elos” de jurisdição extraordinária tendentes a dar forma de “União indissolúvel” ao sistema federativo também no prisma da jurisdição. Parece-nos que este último é o desenho constitucional, que funciona, em grandes linhas, segundo o duplo grau de jurisdição ordinária. Isto significa que toda causa será, em tese, apreciada, seja nos fatos seja no direito, por juízes singulares (estaduais ou federais) e revisada, sem qualquer limitação, por tribunais (estaduais ou federais). Para harmonizar esse sistema jurisdicional ordinário, forjado em duplo grau de jurisdição, com o pacto federativo, prevê a Constituição acesso aos tribunais superiores através de recursos sobre matéria de “direito”. São os chamados recursos jurídicos. Aqui interessa menos fazer justiça à parte do que uniformizar a interpretação da lei federal ou da Constituição. São esses recursos de dois tipos. O especial, que harmoniza a República objetivando a aplicação mais uniforme do direito federal (direito penal, por exemplo) e o recurso extraordinário, em que o Supremo Tribunal Federal funciona como guardião da Constituição, revisando interpretações não autorizadas que partam de qualquer órgão judiciário de única ou última instância (art. 102, III). A Constituição não quis que houvesse um direito penal em Santa Catarina e outro no Acre, ou interpretações diversas da Constituição nos diversos estados, porque tais divergências seriam fontes de desarmonia na “União indissolúvel de Estados e Municípios e do Distrito Federal”.

Seguidamente ouve-se que a Constituição quis um tribunal constitucional, mas não teria sido feliz em sua criação enchendo o STF de competências ordinárias. É possível. Mas devemos, antes de criticar a

criação do Poder Constituinte, cuidar de interpretar a Carta como ela “quis”. E ela com certeza enumerou diversas funções para o STF, mas fez dele, segundo cláusula da oração principal que conceitua o STF, tribunal supremo a que compete, “*precipualemente*, a guarda da Constituição” (art. 102, cabeça). Quem é guarda da Constituição não é “precipualemente supremo intérprete do direito federal”. Se a Constituição entrega a um tribunal superior a uniformização de interpretações do direito federal, também lhe dá essa função de modo “supremo”. Não há hierarquia jurisdicional entre o STF e o STJ na dicção do direito federal. Até se pode dizer, de modo retórico, mas real, que *como intérprete do direito federal o STJ é Supremo e o STF apenas Ordinário*, porque este último somente julga o direito federal em suas competências originárias, ou seja, aquelas exercidas por tribunais para harmonia do sistema jurisdicional com o sistema de foros privilegiados. Mas voltemos à vida como ela é.

7 O sistema judiciário “de fato”

Será que a imagem apresentada antes é a imagem que faz de si o Supremo Tribunal Federal? Parece que não, que a imaginação dominante é de que o Supremo Tribunal Federal é juiz supremo de todo o direito. Salvo engano, porque refiro de memória, o ministro Marco Aurélio de Mello, em aula magna em certa Universidade, transmitida pela TV Justiça, apresentou uma imagem de Supremo como “intérprete supremo de todo o direito” nacional, com suporte numa idéia interessante de que o Ordenamento jurídico é um Todo orgânico. Com menos nobreza argumentativa, no *habeas corpus* que examinamos, sobre crime denunciado no bojo da Operação Anaconda, ficou claramente assentado pela maioria da 2ª Turma que o STF é quem dita, em última instância, no Brasil, o que é crime e o que não é. Gilmar Mendes explicita com seu verbo quiçá extravagante que vê clara “hierarquia jurisdicional” onde a Constituição só criou hierarquia “funcional” (porque os Ministros dos tribunais superiores têm foro privilegia-

do no STF). Seja como for, a idéia de Todo orgânico do ordenamento jurídico não pode conspirar contra regra de repartição de poder prevista na própria Constituição. Não pode violentar o princípio do juiz natural. Chamamos à baila o princípio do juiz natural para que some densidade principiológica ao duplo grau de jurisdição (que explicitamente não é garantia constitucional). Somado àquele, parece que esta regra estrutural que desenha o sistema judiciário ganha em eficácia, pelo menos para permitir identificarem-se disfunções, como o abuso de *habeas corpus* que seguidamente dá a impressão de que nosso sistema jurisdicional obedeceria a um triplo ou quádruplo grau de jurisdição ordinária. Para batizar essa anomalia com seu apelido corrente, a disfunção seria o “*habeas corpus saltitante*” que alegre e faceiro discute em três ou quatro graus de jurisdição, sempre de modo unilateral, o mérito da acusação, se e quando o acusado possuir os recursos para esse “acesso” (disfuncional) à Justiça. Abramos um rápido parêntese para anotar como essa disfunção conspira contra a cláusula constitucional mais nobre do sistema jurisdicional, a do acesso à Justiça. Porque com certeza não são todos que terão acesso à disfunção do abusado *habeas corpus*. Para os “mais iguais” valem as limitações da natureza mesma desse remédio, freqüentemente reconhecidas, mas que na disfunção se esfumam como que por mágica. Não é o sofrimento de qualquer preso que se transmuda em “violência” hábil a suprimir instâncias, hipertrofiar-se de Poder e da Verdade (própria).

A compaixão é a mais humana das virtudes, ensina Santo Agostinho, mas sob condição de não ser exercida em detrimento da Justiça (Cidade de Deus, 1ª Parte, Livro 9º, capítulo 5). Não há muito tempo no julgamento do habeas corpus, daí que na ausência de rigor ou limite freqüentemente acontecerão casos lamentáveis como o de Cacciola ou dos Maluf. Neste último não houve tempo sequer para cogitar quão perigoso é precedente de soltar-se o réu, processado em prisão cautelar por crime de consumação em modalidade permanente (como é a manutenção de ativos ilícitos no exterior, do art. 22 da Lei n. 7.492/1986) “no instante mesmo de consumação do delito”. Isto é: rigorosamente em “flagrante”. Seria como se o juiz libertasse o agente de-

nunciado pelo crime de cárcere privado, mantendo a vítima presa. Segundo, é evidentemente exigível que o Estado tenha uma certa “disponibilidade” de tempo para ir, ficar e vir, e assim repatriar o produto do crime, o que é sempre burocrático e demorado, não se concedendo essa facilidade aos réus. Ainda mais em se tratando de delito de “magnitude”, cláusula positiva e constitucional, embora dela não goste o Supremo Tribunal.

A hipertrofia de poderes que se pratica com o abuso de *habeas corpus* torna o acesso ao Judiciário, que já é censitário por natureza, ainda mais visivelmente injusto do ponto de vista da igualdade formal de todos diante da lei. Porque já é mais que intuição que o *habeas corpus* saltitante do triplo ou quádruplo grau de jurisdição não vale para todos.

Mas voltemos ao discurso constitucional.

8 Quem deve ser intérprete supremo do direito penal?

Pretendíamos encontrar algum socorro na densidade principiológica das regras estruturais mesmas do sistema judiciário. Até agora pode parecer apenas um giro retórico (embora não seja só isso) afirmar o STJ como Supremo em questão de direito federal e o STF como tribunal ordinário quando conhece desse direito em sua competência originária. Mas pode-se ir além. A Constituição mesma possui chaves para solução desses conflitos ou incidentes de “usurpação”. Precisamos insistir nisso, que o Todo é que ajuda a interpretar a Parte e não a Parte isolada quem se comanda. Como expressou tão bem Pontes de Miranda,

A Constituição não é rol de recados, montão de minudências, acervo de pormenores: é sistema. Os seus princípios valem tanto quanto suas palavras. Tudo nela se entrosa. Nenhum poder soberano se eclipsa. Todos gravitam, incólumes, no seio de sua órbita. Deixou de prever um fato, uma condição excepcional, um choque de interesses, um incidente de usurpação, de vilania, de prepotência? Os seus princípios respondem. São eles os esteios de sua construção, as paredes máximas do edifício. Não a fragmentem os juristas,

nem a dilacerem em máximas inexpressivas, sem vida, sem alento, sem a vibração do conjunto, essencial a seu sentido, os que tripudiam sobre as suas obscuridades e insuficiências. Porque a Constituição é todo, como disse H.Von Holst [...] não foi feita para ser miudeada, a golpes, pelos profanos [p. 348-349].

Façamos então uma pausa para ouvir-lhe os princípios. E aqui valerão como princípios regras normalmente desconsideradas, ou tidas meramente como excesso de minudência da Carta Magna, como são as regras constitucionais de *formação* desses dois tribunais superiores. Não é à toa que são formações diferentes. A figura do STJ é típica de um tribunal judiciário, ao qual se ascende depois de uma carreira jurídica relativamente longa (veja-se o requisito de 10 anos de efetiva atividade profissional para a nomeação de representantes da Advocacia e do Ministério Público). Não se pode imputar ao Poder Constituinte desconhecimento de que as carreiras judiciárias (e jurídicas com acesso aos tribunais) são eminentemente conservadoras. O que se pode deduzir é que se pretendeu dar ao STJ uma função eminentemente conservadora. Isso porque conservar a melhor dicção do direito federal contra, por exemplo, decisões que lhe negam vigência, é por natureza uma função jurisdicional de caráter *conservador*. Já para a Corte Constitucional quis o constituinte que fosse um tribunal sempre renovado por juristas que não venham necessariamente da mentalidade meramente “ascensional” das carreiras jurídicas. Não quis que fosse o “ápice” das carreiras de juízes dos tribunais que integram o sistema jurisdicional. Por isso tem razão Sepúlveda Pertence quando afirmou que não via no Supremo Tribunal Federal aquele “reacionarismo congênito” com que o caracterizou Rezek (em RHC 79785-7/RJ, p. 16). Mas também é possível que Rezek tenha caracterizado não o tribunal constitucional com que sonhamos na Assembléia Nacional Constituinte, mas o “tribunal judiciário” que vinha da ditadura militar, e então teria acertado completamente, porque tribunais judiciários têm em sua conformação uma natureza eminentemente conservadora, e não se prestam por isso a ser tribunal constitucional. Apenas de passagem, não parecem acertadas as críticas feitas à nomeação de ministros do STF como ato político de discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, secundado pela aprovação do Senado. Não só é a

chancela da soberania popular que se estende ao STF, como tribunal constitucional, mas também a possibilidade (que dependerá, como tudo o mais depende, do acerto ou desacerto que o povo fizer em suas escolhas) de renovação da Corte Constitucional com ares que não venham necessariamente do limitado universo judiciário. Acertos ou desacertos pontuais não devem aqui ser critérios de invalidação da opção do Poder Constituinte, em si racional e legítima.

Voltemos à conformação constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Afirmamo-la como um típico tribunal judiciário.

Tribunais judiciários têm méritos e deméritos. Entre os méritos, está o fato de que (ressalvados os de menor porte) possuem turmas especializadas para a matéria criminal. É fato observável que todos os que não tenham vocação para a matéria criminal dela fogem, quando podem, dedicando-se a outros assuntos, de modo que vêm a compor as turmas criminais do STJ normalmente juristas com larga experiência na lide criminal, sejam originários da magistratura, da Advocacia ou do Ministério Público. Experiência que não é exigível, e a Constituição mesma não julgou necessária, dos ministros do STF. De mais a mais, a competência criminal do STF é apenas a originária e *não devia* ser tão comum que autoridades com foro privilegiado saíssem cometendo toda sorte de delitos. Por isso, no STF, a apreciação de matéria penal infraconstitucional dificilmente terá o grau de repetição com que se apresenta nos tribunais ordinários e no STJ. Já temos aqui dois aspectos “superiores” dos tribunais meramente judiciários (a expressão de Evandro Lins e Silva deve ser compreendida como descrição de jurisdição incompatível com a supremacia da jurisdição política do Supremo Tribunal, não como sentido pejorativo ínsito a qualquer órgão judiciário): a) em geral, quem se dedica a assuntos criminais nesses tribunais tem larga experiência na carreira, já viu muito e por isso sabe também muito (presume-se que todos que se deparam pela primeira vez com um caso produziram, pelo menos dentro de seus limites, sua melhor opinião jurídica a partir das fontes); b) nos tribunais judiciários há repetição infundável de casos, que permite por natureza a correção do erro de ontem no acerto de amanhã. A repetição de casos, que não ocorre nas competências originárias dos tribunais, permite presumir que há uma reflexão longa e amadurecida sobre deter-

minadas matérias. É claro que congelam-se muitos vícios e preconceitos, no mesmo passo. A verdadeira “enxurrada” de casos por vezes congela uma primeira impressão sobre um fato, impressão que talvez nem fosse a melhor. Agora, nos tribunais judiciais esses defeitos vão sendo muito mitigados pela necessária estrada de “contraditório” (princípio da Constituição que tem sido marginalizado pela “voga de *habeas corpus*” transformados em verdadeiros processos de cognição a partir de elementos unilaterais de informação) que os casos percorrem até chegarem à mão de ministra(o) do STJ. Nada disso acontece na jurisdição penal originária do STF, de sorte que os defeitos de uma impressão primeira e não refletida sobre a melhor dicção do direito penal vão, por regra de necessidade, acontecer exatamente nesse Supremo Tribunal.

De tudo isso, concluímos que a palavra do STF não é, em tese, a suprema interpretação do direito penal, segundo quis o sistema constitucional. Em hipótese, a observação não desafia essa tese, mas não podemos provar o que exigiria enorme inventário de casos e método diverso ao da presente tentativa de compreensão.

9 Antinomia aparente entre o princípio hierárquico do *habeas corpus* e a repartição funcional de competências supremas entre o tribunal constitucional e o STJ

Afunilando o problema, chegamos então à pergunta mais difícil, que é a que sempre parece a mais banal: “mas, afinal, para que serve então o art. 102, I, *i*, da Constituição?”.

Mesmo aqui é preciso alguma digressão abstrata antes de responder, para que vejamos um último aspecto do *habeas corpus*, que é sua competência.

Teoricamente, a competência em *habeas corpus* se define pelo princípio da hierarquia (com escusa pela insistência por citar, mais uma vez, porque fonte autorizada é para ser consultada: PONTES DE MIRANDA, p. 446). E por quê? Basicamente por regra de simetria. O “fato” que dá origem ao *habeas corpus* não é fato normal nem atividade regular de qualquer autoridade. É fato excepcional, pelo menos em situação de

normalidade democrático-constitucional. Quer dizer, em toda coação sustada por *habeas corpus* deveria estar ocorrendo um “abuso de autoridade” e todo abuso de autoridade é crime. Compete sustar a violência ao órgão judiciário que seria competente para processar criminalmente o autor da coação. Teoricamente, também, por ser ato de violência criminal, todo ato coator deveria provir de pessoa física identificada por nome próprio, sobrenome, qualificação (necessariamente como autoridade pública ou quase-pública). Ora, será tão anormal que a jurisprudência criminal divirja a respeito de fatos mais complexos, sobre se constituem crime ou não? Parece que não. Afigura-se claro, porém, que o próprio texto constitucional previu a possibilidade de que ato de coação ilegal ou violência arbitrária possa ser praticado por colegiado com função jurisdicional. Por isso, previu, pelo princípio da hierarquia, que compete ao STF processar e julgar o *habeas corpus* quando for coator “Tribunal Superior” (art. 102, I, *i*, redação dada pela Emenda Constitucional n. 22, de 1999), porque compete ao mesmo Supremo Tribunal processar e julgar originariamente os Membros dos Tribunais Superiores (art. 102, I, *c*). Parece que haveria antinomia entre o princípio hierárquico que submete os atos de Tribunal Superior (que podem ser atos tipicamente jurisdicionais) ao STF, quando se cuidar de *habeas corpus*, e a função constitucional que vimos atribuindo ao STJ, de ser supremo intérprete das questões de direito federal que lhe competem. Mas a contradição é totalmente aparente, e resolve-se respondendo à pergunta mais difícil: “e para que serve a competência do STF de julgar *habeas corpus* quando coator for Tribunal Superior?”.

Diria, exagerando talvez na fonte, ainda com Pontes de Miranda: “A constituição não é rol de recados, montão de minudências, acervo de pormenores: é sistema”. Logo, a competência do art. 102, I, *i*, serve para tudo para quanto serve o *habeas corpus*.

Dito de novo: o problema não é de Constituição. Esse “tudo” é o que deve enquadrar-se aos limites da Constituição e à própria natureza do *habeas corpus*. É certo pelo exame da Constituição que o Superior Tribunal de Justiça tem competências originárias para processar e julgar autoridades, como por exemplo, governadores dos Estados. Quem detém competência criminal originária pode exceder-se, enlouquecer, acovardar-se, ou seja lá que outra extravagância se imaginar. E por

isso pode, excepcionalmente, coagir alguém ilegalmente em sua liberdade de ir, ficar e vir. Não estará, contudo, coagindo alguém ilegalmente se disser, em sua competência suprema como intérprete do direito penal, que, entre duas interpretações possíveis, a melhor é aquela que julgar incidente certa norma penal a certa conduta. O que se tem aqui é algo que faz parte da absoluta normalidade. E normalidade não é terreno de correção por *habeas corpus*. Se não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer a matéria criminal em sua competência originária, como juiz natural, não pode esse Supremo Tribunal aproveitar a cláusula de competência do art. 102, I, *i*, para “empurrar” (com permissão pelo verbo forte e prosaico, mas verdadeiro) goela abaixo do STJ uma determinada interpretação que seus ministros entendem ser “melhor”. Se não pode fazer o que faz, temos nada mais nada menos que um incidente de usurpação. E usurpação é sempre uma palavra que tem sentido político. Quem usurpa o poder de outrem, concentra poder em si. Viola assim a espinha dorsal da Constituição, que é o princípio democrático.

Resultado de toda usurpação é um pequeno golpe à Constituição. Amesquinha-se aqui o tribunal constitucional, cuja função precípua é de guarda da Constituição, para concentração de Poder num tribunal meramente judiciário, que não só não guarda precipuamente a Constituição como a deturpa essencialmente. Outro caso de hipertrofia de jurisdição ordinária – não prevista na Constituição e incompatível tanto com o conceito de *habeas corpus* como com seu princípio hierárquico – é o *habeas corpus* para revisão de ato jurisdicional das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais (registre-se, a propósito, que na questão específica o entendimento é majoritário, no entanto já simulado no verbete 690, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, como se vê pelo julgamento do HC 83228/MG, noticiado no Boletim 395, de 10.8.2005, julgamento do Plenário).

Resulta da usurpação e ampliação de competências ordinárias que a enxurrada de processos que normalmente não deveriam ser apreciados pelo STF não lhe deixa tempo de amadurecer as questões constitucionais de sua competência precípua, e que os julgamentos sejam feitos, segundo certa vez se revelou, “a toque de caixa”.

Se cada oscilação de jurisprudência criminal fosse causar “constrangimentos ilegais”, todo o sistema judiciário já teria desabado, porque todo sistema judiciário é feito, necessariamente, de erros e acertos. Quem é julgado pela “orientação predominante” ao tempo de seu julgamento, se observadas regras de competência e devido processo legal, é julgado com inteira legitimidade. Não existe sistema judiciário infalível, e todo sistema cometerá erros. Mas nem mesmo o eventual “erro de interpretação do Direito” é erro judiciário. Os eventuais erros de interpretação (que existem, como é normal) no STJ serão mitigados porque esse tribunal nacional está em permanente contato com a repetição de casos e com a jurisprudência criminal de todos os tribunais do país, podendo captar aqui e lá quem teve a melhor opinião sobre determinada matéria. Ao contrário disso, a disfunção do *habeas corpus* saltitante é prejudicial ao direito como um todo, porque fundamentalmente o empobrece. Principalmente por falta de discussão, falta de contraditório.

Façamos um retrato da miséria jurídica de discussão em *habeas corpus* e se verá a prova disso. O réu, processado por fato que razoavelmente foi considerado criminoso, apresenta-se diante do STF como paciente em *habeas corpus*. Para isso alguém peticiona e expõe razões unilateralmente, freqüentemente produz prova originária no juízo de impetração do *habeas corpus*. Isso quando não instrui a petição inicial com uma “edição” do processo originário. Isto é, valendo-se de sua absoluta liberdade, recorta e cola (e a analogia com os procedimentos de um editor de textos eletrônico é propositada) aquilo que lhe interessa. Caso deixe nos autos originais, lá na primeira instância, um documento, uma prova, um relatório, enfim o Todo que dá colorido à situação, isso passa naturalmente como seu legítimo direito e dever do advogado que busca, antes da justiça, a eficiência de sua atuação para seu cliente. É certo que o Ministério Público opina no *habeas corpus*, mas quem opina aqui não é necessariamente a parte que formou convicção, conhece as provas e o processo como todo acusador público responsável deve conhecer, isto é, na palma da mão. E ainda assim, quando o parecer do MP é desfavorável, por via de regra, o impetrante mais eficiente apresenta “memoriais” a cada juiz, por vezes até mesmo diretamente nos gabinetes, memoriais que “aparecem” no dia do

juízo de julgamento pegando de surpresa até mesmo o membro do Ministério Público que oficiará na sessão de julgamento, que nem sempre é o mesmo que examinou os autos. A própria história do caso, que é agraciado com o *habeas corpus* saltitante, é uma história pobre, porque lhe falta em geral todo o colorido das histórias reais.

Para coroar o sistema de miséria de direito, resta imaginar se todo *habeas corpus* também será apreciado pelo Tribunal “a toque de caixa”.

Encerremos, com uma conclusão também na casuística, o objeto de nossa discussão. O fato é que, estando certo ou errado o entendimento de Gilmar Mendes, não competia ao Supremo Tribunal Federal trancar ação penal discutida no *habeas corpus* de n. 86.424/SP. Aumenta nossa preocupação com a hipertrofia de Poder nesse Tribunal a dicção explícita, pelo ministro Gilmar Mendes, de que não se abalança a subscrever a tese de subsistência ou predomínio do juiz natural. A preocupação é mais legítima se a situamos em caso de abuso de *habeas corpus* porque, para o predomínio da (sempre discutível) melhor Razão do Supremo Tribunal Federal, em matéria que não é de sua interpretação suprema, jogam-se fora, com excessiva facilidade, pedaços essenciais da Constituição que asseguram que vivemos em regime democrático no qual não se usurpem competências. Para o Mal ou para o (suposto) Bem. Para a Injustiça ou para a (suposta) Justiça.

10 Da soberba

Por fim comprova-se também o juízo de experiência que abriu nossa discussão: quem abusa de direitos sempre confunde coragem com soberba.

O *habeas corpus* é o mais nobre dos remédios constitucionais e, como instrumento da democracia que é, continua sendo democrático até mesmo quando abusado. Porque o juiz pode enxergar com liquidez e certeza que o vermelho é azul e os outros são bizarros daltônicos, mas precisa deixar isso escrito. O Verbo tem seu quê de divino no que também nos conforta. Nós vemos a soberba com seu nome próprio e assinatura.

Quem guarda a Constituição precisa tocar nas suas normas com a “delicadeza de quem lida com peças de cristal” (CARLOS BRITTO, 2003) e não brincar tanto com palavras imaginando que os outros não saberemos ler nas entrelinhas. Precisa ter cuidado com as palavras, não só para não ser grosseiro, mas para construir juízos que reverenciem o santuário da Constituição e não se ponham a disputar com ela, como quem se mede com Deus. O conceito da soberba é exatamente este.

Especulando sobre a origem e usos da palavra “demônio”, Santo Agostinho recorda o ensinamento platônico, no Crátilo, que fala da etimologia da palavra no verbo *daemon* que significa conhecer. Daí já intui que o demônio tem algo a ver com saber. Mas Santo Agostinho, que vive “debaixo das Escrituras” como em um santuário, recolhe do Apóstolo, inspirado pelo Espírito Santo, algo que vale a pena ouvir: se o conhecimento infla, enfatua, o amor constrói, edifica. Para Agostinho, a única interpretação correta disso tudo é que “o conhecimento é válido quando informado pela bondade”. Sem bondade, o conhecimento enfatua, infla, exalta para uma arrogância que não é senão um vazio cheio de ar (consulto a edição inglesa de SANTO AGOSTINHO, 1984, parte I, livro IX, capítulo 20).

Essa tendência à hipertrofia de Poderes que criticamos no *habeas corpus* saltitante é, em última análise, conduta que se mede com o “limite” da Constituição, em seu princípio estrutural que é o princípio da divisão democrática de competências. É uma falta de abertura para a verdade ou a razão dos outros, enfatuada e ensimesmada na verdade própria que se crê possuir pelo conhecimento. Mas um conhecimento sem “sentimento de Constituição” (equivalente, no discurso constitucional, à bondade referida pelo filósofo) apresenta-se como o Poder, despido de autoridade, o Poder em sua face bruta:

[...] instrumento que é de prepotências e iniquidades de toda sorte. *Matéria-prima explosiva*, então, pela sua própria natureza (para além da famosíssima advertência de Montesquieu, segundo a qual *todo aquele que detém o poder tende a abusar dele*, Bobbio esclarece que prefere a expressão “vulto demoníaco do poder” a “alma demoníaca do poder”, simplesmente porque o poder não tem alma) [BRITTO, 2003, p. 81].

A soberba é esse “vulto demoníaco” do Poder. É disposição de ânimo visceralmente incompatível com a função de guardião. Para essa modesta função, há que se ter coragem de ser verdadeiramente humilde diante da Razão do Povo inscrita na Carta Magna, porque pode-se descobrir que ela escreve certo por linhas tortas, que ela tem razões que nossa razão desconhece, quando não procura conhecer.

Soberba é o nome da mão que abre a caixa de Pandora.

Mas, se depois de escaparem todos os horrores a esperança fica no fundo da caixa, deve haver uma boa razão.

A esperança é aquela réstia de luz de que falou Pontes de Miranda. Quiçá possa nosso esforço ter sido portador de alguma luz em terreno áspero e difícil, como é a tentativa de compreensão de abusos de *habeas corpus*. Oxalá possa essa réstia de luz seguir ajudando a “instilar, no seu pouco, o amor da liberdade, a que não faltam inimigos”.

Referências

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 225 p.

FREYRE, Gilberto. *Perfil de Euclides da Cunha e outros perfis*. 2. ed. aum. Rio de Janeiro: Record, 1987.

_____. *Ordem e Progresso*. 6. ed. rev. São Paulo: Global, 2004. 1114 p.

HEGEL, G.W.F. *Philosophy of right*. Translated with notes by T.M. Knox. Oxford: Oxford University Press, 1967.

HELLER, Agnes. *Beyond Justice*. Oxford, Cambridge: Basil Blackwell, 1987.

LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos – depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; FGV, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

PONTES DE MIRANDA. *História e prática do habeas corpus: direito constitucional e processual comparado*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. 552 p.

RODRIGUES, Lêda Boechat. Doutrina brasileira do habeas corpus. In: _____. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 3.

SANTO AGOSTINHO. *Concerning the City of God against the pagans*. Tradução Henry Bettenson. London: Penguin Classics, 1984. 1097 p.

WEBER, MAX. *Economía y sociedad – esbozo de sociología comprensiva*. Tradução José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. 1237 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.