Alberto Toron: É preciso procuração para recurso ordinário em HC?

Depois que o Superior Tribunal de Justiça, na linha da jurisprudência da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal[1], começou a restringir a impetração de Habeas Corpus originários, substitutivos do recurso, a interposição deste, a despeito de o seu processamento ser mais moroso, se avolumou.

Agora, além das conhecidas restrições ao Habeas Corpus, eis que surge uma nova: a exigência de procuração para a interposição do RHC. Logo viveremos a realidade do “*no day in court*”, tão bem descrita por Sarah Staszak numa referência à contradição entre o proclamado acesso à Justiça e as políticas restritivas do Judiciário[2].

O artigo 654 do CPP é taxativo quanto à legitimação ativa de “qualquer pessoa” para impetrar Habeas Corpus. Este também é o teor do artigo 1º, parágrafo 1º, do Estatuto do Advogado (Lei 8.906/94) que é expresso em determinar que “não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de Habeas Corpus em qualquer instância ou tribunal”.

Sendo o *writ of Habeas Corpus* uma garantia constitucional de defesa de direitos fundamentais, em especial o direito à liberdade, é natural que o legislador de 1941 (CPP) e também o de 94 (Estatuto da OAB) tenham afastado formalismos no seu manejo.

Como precedentemente apontam Nalini e Xavier de Aquino, “a tendência pretoriana a restringir o Habeas Corpus, esvaziando-o de seu conteúdo, mediante apreciação formalística de seus requisitos”, sela-o de morte[3]. E tão relevante é o direito discutido no *habeas* que os Regimentos internos do STF (art. 191, I) e do STJ (art. 201, I) facultam ao relator a nomeação de advogado “para acompanhar e defender oralmente o *habeas corpus* impetrado por pessoa que não seja bacharel em Direito”[4].

A despeito de a jurisprudência do STF, de longa data, como registra o saudoso Mirabete, proclamar a desnecessidade de procuração para o manejo de um RHC, pois, “se qualquer pessoa pode impetrar *habeas corpus* em favor de terceiro sem mandato deste, pode-se igualmente sem procuração recorrer da decisão denegatória.

Precedentes do STF (RT 631/389)”[5], o STJ, recentemente, começou a erguer jurisprudência segundo a qual “*na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos*’ (Enunciado da Súmula n. 115 desta eg. Corte)”[6]. No corpo do julgado, o Min. Félix Fischer traz a colação o decidido pela 6ª Turma do STJ no RHC n. 52.995/RJ, assim ementado:

– Incidente no caso o disposto no Enunciado n. 115 da Súmula desta Corte, porquanto ausente dos autos, no momento de interposição do recurso, o instrumento de mandato endereçado ao advogado subscritor da petição de recurso ordinário. Ademais, nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite a posterior regularização da capacidade postulatória, com a juntada tardia aos autos do instrumento de mandato. [...]

Recurso ordinário desprovido" (RHC 52.995/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Ericson Maranhão

– Des. conv. do TJ/SP, DJe de 3/2/2015).

Há, ainda, na mesma linha, o AgRg no RHC n. 52.916/SP da relatoria do Min. Gurgel de Faria (DJe 3/12/2014) e AgRg no RHC n. 40.896, rel. Min Sebastião Reis Jr. (DJe 27/6/2014).

Afora a sólida jurisprudência do STF em sentido contrário, ao menos quatro questões mostram o desacerto do entendimento do STJ na matéria em exame:

1. O RHC não é “instância especial” nos termos da Súmula 115 do STJ;
2. Não há lógica em se permitir o manejo do *habeas* sem procuração e, simultaneamente, exigir-se procuração para o seu recurso;
3. O Tribunal não pode criar condição extralegal para a impetração do *habeas corpus*;
4. O impetrante é parte, não é mandatário do paciente. Portanto, ele recorre em nome próprio.

A ideia de que o Recurso Ordinário em *habeas corpus* representa uma “instância especial”, briga com a expressa disposição legal constante do art. 30 da Lei 8.038/90, que fala em “*recurso ordinário em habeas corpus*”.

Briga também com a própria Constituição Federal que é, igualmente, expressa ao atribuir competência ao STJ para julgar em “recurso ordinário” os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais... (CF, art. 105, II, a).

A Constituição Federal, no art. 105, III, alude ao recurso especial cabível contra as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, do Distrito Federal ou pelos Tribunais de Justiça. É só nesta hipótese que se pode falar em “instância especial”.

Basta dizer que todos os precedentes que deram base à construção da Súmula 115 do STJ são tirados de recursos especiais. Ou seja, a incidência da referida Súmula não pode ser alargada para alcançar hipótese representada por recurso ordinário constitucional.

De se lembrar com o Ministro Marco Aurélio, que o Direito é ciência e, como tal, seus vocábulos têm sentido próprio (HC n. 114.770). Ora, se o verbete da Súmula 115 do STJ foi erguido para situações abrangidas pelo recurso especial e, bem por isso, alude à “*instância especial*”, causa espécie que se subverte o conteúdo do verbete para se alcançar o recurso ordinário constitucional em *habeas corpus*.

Há mais. Qual é a lógica de se permitir o manejo do *habeas* sem procuração e não o seu recurso?

Antiga jurisprudência do STF, da lavra do Min. Djaci Falcão, supra referida, responde com propriedade à questão:

Se qualquer pessoa pode impetrar *habeas corpus* em favor de terceiro, sem mandado deste, pode-se igualmente sem procuração, recorrer da decisão denegatória. Precedentes do S.T.F RHC n. 66.144 (DJ 20/5/1998 ou na RT 631/389).

" 5. A meu ver, não tem procedência, data venia a preliminar argüida pela douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 45/50 dos autos. Se qualquer pessoa, independentemente de mandato, pode impetrar habeas corpus em favor de terceiro, conforme permite o art. 654 do Código de Processo Penal, pode-se igualmente sem procuração, ingressar com recursos contra a decisão de negatória do habeas corpus.

íblica Laurita Vaz, hoje é Arnaldo Gonçalves de

6. Nesse sentido, aliás, já decidiu a Colenda 2a. Turma desse Excelso Pretório, no RHC nº 60.421-ES, que o Relator, eminente Ministro Moreira Alves, sumulou, com os seguintes dizeres:

'Habeas Corpus.

-Se se pode impetrar habeas corpus em favor de terceiro sem mandato deste, pode-se igualmente sem procuração, recorrer da decisão que indeferiu o habeas corpus.

-Excesso de prazo que decorre da atuação da defesa.

Habeas corpus indeferido." (RTJ 108/117).

Mais recentemente, no RHC n. 121.555/PE (DJe 25/3/2014), debruçando-se sobre o tema, a Min. Rosa Weber, em decisão monocrática, averbou que a posição sufragada pelo STJ, no ponto, contraria a jurisprudência de STF, *verbis*:

“Embora esse posicionamento seja contrário ao predominante nesta Suprema Corte, que se orienta no sentido de “não se exigir habilitação legal para impetração originária do *writ* ou para interposição do respectivo recurso ordinário” (HC 86.307/SP, Rel. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 26.5.2006; igualmente: HC 84.719/MG, Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ 26.11.2004), a matéria de fundo do recurso foi devidamente analisada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, ao fim, concluiu não ser hipótese de concessão de eventual ordem de ofício no habeas corpus^[7].

Também o Min. Maurício Corrêa, no AgR-AgR no RE n. 273.762 (DJ 10/10/2001), em decisão monocrática, rechaçou a exigência de procuração para a interposição de RHC, disse:

(...) denegado o "writ" no tribunal de origem, aceita-se a interposição, pelo impetrante – independentemente de habilitação legal ou de representação – de recurso ordinário constitucional (HC nº 73.455, Rezek, DJ de 07.03.97, Segunda Turma; RHC nº 60.421, Moreira Alves, DJ de 22.04.83, Segunda Turma; HC nº 64.116, Sydney Sanches, DJ de 24.10.86, Primeira Turma, dentre outros).

Todavia, dada a peculiaridade do caso e a justificativa do recorrente de que foi induzido a equívoco em razão de na autuação do processo figurar o paciente como recorrido e não um dos impetrantes do writ, reconsidero a decisão que declarou inexistente o primeiro agravo regimental.

De mais a mais, ainda que se queira desprezar os argumentos precedentes, não se pode ignorar que o RHC pode ser substituído pela impetração de *habeas corpus* originária, segundo a firme jurisprudência da 2ª Turma do STJ[8].

Assim sendo, soa extravagante que se permita a impetração originária substitutiva do recurso, feita por pessoa sem instrumento de mandato, mas o recurso não.

Cria-se uma injustificável disparidade de tratamento que, em primeira e última análise, representa um formalismo incompatível com a garantia constitucional que direta ou indiretamente cuida da liberdade.

No mais, é de se advertir, consoante sábia jurisprudência do próprio STJ, aliás, lavrada pelo saudoso Min. Assis Toledo, que “*não pode o Tribunal criar condição extralegal para a impetração do habeas corpus (STJ, RHC 113, 5ª T., DJ 6/11/89)*”[9].

Embora o julgado em apreço tratasse da possibilidade de se recorrer da decisão que não conhecesse da *habeas* na instância de origem, a diretriz traçada se aplica com exatidão para o caso em que, pela via exegética, se quer criar condição não prevista em lei para o conhecimento do recurso de *habeas corpus*, vale dizer, procuração do advogado-impetrante ou “qualquer pessoa-impetrante”.

Mais grave, repita-se, é que se está invocando uma Súmula que tem incidência aos casos de “instância especial” que o recurso ordinário, diz o próprio nome, não representa.

Por fim, mas não menos importante, é de se lembrar que o impetrante é parte no *habeas corpus*, não representa, no sentido processual da expressão, o paciente. Portanto, ele, quando recorre, o faz em nome próprio.

Explicuemo-nos: quando o advogado (ou qualquer pessoa sem ter essa qualificação) impetra o *habeas* o faz “*em favor* do paciente”. Vale dizer, não age por procuração, como representante do paciente no sentido processual do termo. Não é seu mandatário. Tem voz e legitimação ativa próprias.

Assim, quando a ordem é denegada na origem, o impetrante, como parte que é, tem legitimidade recursal em nome próprio. A se seguir a jurisprudência do STJ cairíamos no absurdo de ter que se outorgar procuração em causa própria ou, pior ainda, ter que pedi-la ao paciente para atuar em seu nome, quando a lei não o exige!

Enfim, a jurisprudência do STJ, que, lamentavelmente, começa a ganhar corpo, merece ser repensada e afastada pela odiosa restrição que acolhe em matéria onde deveria imperar a tão decantada “*instrumentalidade das formas*”, sempre lembrada para estreitar garantias, mas raramente para lhes dar vida.

[1] Entre muitos outros julgados cf. HC n. 114.821, rel. Min. Rosa Weber, DJe 9/9/2014.

[2] *No day in Court: access to Justice and the Politics of Judicial retrenchment*. Nova Iorque, Oxford University Press, 2015. Especificamente sobre as restrições ao *habeas* no Brasil ver o meu: “*Habeas corpus está sendo amesquinhado*”, disponível em www.conjur.com.br, de 20 de maio de 2010.

[3] Nalini, José Renato e Xavier de Aquino, José Carlos G. *Manual de processo penal*. 3ª ed. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2009, n. 46, p.

[4] Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 401.

[5] Mirabete, Júlio Fabbrini. 9ª ed. São Paulo, ed. Atlas, 2011, p. 1.750. No mesmo sentido, o escólio de Damásio de Jesus, também com apoio na jurisprudência do STF, cf. RHC 60.421, DJ 22.4.1983 em *Código de Processo Penal Anotado*. 23ª ed. São Paulo, ed. Saraiva, 2009, p. 537.

[6] RHC n. 52.977/SP, 5ª T., rel. Min. Félix Fischer, DJe 31/3/2015.

[7] Impetrado contra o RHC 37.949 do STJ, rel. Min. Sebastião Reis Jr. (DJe 13/12/2013).

[8] STF, 2ª T, HC 110.118, j. em 22/11/11, rel. originário Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ ac. Min. Joaquim Barbosa, DJe 8/8/2012.

[9] *Apud*: Damásio de Jesus, *Código de Processo Penal anotado*, ob. cit., p. 538.

Date Created

22/04/2015