

XI CONGRESSO ESTADUAL DE MAGISTRADOS
Montevideo – Uruguai
Setembro/2015

PROPONENTE: Jayme Weingartner Neto, Desembargador da
1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do RS.

TESE 15: É LÍCITO AOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA SUPRIREM, EM *HABEAS CORPUS*, RAZÕES DE DECIDIR, PESE ALEGADA AUSÊNCIA/DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO, MESMO QUE TANTO RESULTE EM MANUTENÇÃO DA PRISÃO.

EMENTA: O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça consolidaram jurisprudência no sentido de que não é lícito às instâncias superiores suprirem, em *habeas corpus* ou recurso da defesa, a falta ou deficiência de fundamentação da decisão penal impugnada¹. Tal entendimento enseja duas soluções: (a) quando inexistente fundamentação concreta a embasar a custódia do paciente, a conclusão é a concessão da ordem e a respectiva soltura, mesmo quando houver nos autos dados empíricos que recomendem providência diversa; ou (b) em caso de fundamentação deficiente, consideram-se os elementos fáticos e objetivos, constantes do processo e/ou fornecidos pela defesa, para aferição da existência de fatores concretos a sustentar a constrição da liberdade, que, presentes, impõem a denegação da ordem. A solução (a) redundaria em um esquema no qual o mundo não existe, pois contempla um excesso de formalismo. A solução (b), por sua vez, considerando que o segundo grau das instâncias ordinárias constitui tribunais de fatos, parece mais adequada, por revelar a realidade da situação processada.

¹ Se bem que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu (e, penso, corretamente) que, em recurso exclusivo da defesa, desde que não agravada a situação do condenado, “o efeito devolutivo da apelação permite a análise das circunstâncias concretas do fato pelo Colegiado, com nova ponderação sobre os termos da dosimetria aplicada”, sem que isso importe em violação do princípio do *non reformatio in pejus* (STJ, HC 290426/BA, 5ª T., Ministro Rel. Moura Ribeiro, j. em 10/06/14 e HC 232861 / SP, 6ª T., Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 11/03/14).

JUSTIFICATIVA:

Assenta-se que não há qualquer precedente vinculativo acerca da impossibilidade de acréscimo de fundamento, pelas instâncias superiores, às razões de decidir do primeiro grau. Ainda assim constata-se a clara orientação jurisprudencial dos tribunais superiores no sentido da “inadmissibilidade do reforço de argumentação, pelas instâncias superiores, do decreto de prisão cautelar” (STJ, HC 310.238 – SP, Rel. Min. Felix Fischer; isso porque, “em sede de *habeas corpus*, não cabe à instância superior adicionar novos fundamentos objetivando suprir eventual vício de fundamentação da decisão originária”, STF, HC 113.945 – SP, 2ª Turma, 29/10/2013, Rel. Min. Teori Zavascki). Assim, a adoção da solução (b) exige ainda maior carga argumentativa.

Adotar o referido entendimento, majoritário no âmbito dos Tribunais Superiores, no segundo grau de jurisdição, acaba por hipostasiar a função prudencial do tribunal, tornando-o deliberadamente infenso ao substrato de vida trazido a julgar. O *habeas*, particularmente, que surge historicamente como o direito de ser, corpo presente, ouvido pelo juiz, transmuda-se, no limite, a uma constatação, pelo juízo hierarquicamente superior, acerca do maior ou menor acerto do estilo de uma decisão [o resultado do “jogo” depende do talento do magistrado], e não, como poderia ser, em ponderação, por juízes em regra mais experientes e em colegiado, investidos de soberania estatal, do acerto (ou erro) de manter uma privação cautelar de liberdade que recai sobre um cidadão [no horizonte da pacificação social com justiça, em face de acontecer social conflitivo].

Há outra diretriz jurisprudencial implicada: a “gravidade em abstrato do delito não basta para justificar, por si só, a privação cautelar da liberdade individual do agente” (STF, HC 111586 / SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., j. em 26/06/2012 e STJ, HC 239550/RJ, 5ª T., j. em 18/09/12). Ademais, inúmeros precedentes já assentaram que, na fundamentação do decreto prisional, o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito, assim como o volume de drogas apreendidas ou o clamor social constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, somente quando vinculados a qualquer fator concreto ensejador da

configuração dos requisitos do art. 312 do CPP (STJ, HC 211700 / CE, 5ª T., j. em 14/02/12 e HC 245703 / MG, 5ª T., j. em 28/08/12).

A solução (B) justifica-se, em relação aos precedentes citados, com uma ratificação e uma distinção.

Considera-se deficiente a fundamentação em face da ausência de dados empíricos que evidenciem a gravidade do delito e a periculosidade do paciente.² A decisão, ainda que sucinta, desde que fundada em elementos concretos, mínimos que sejam, mas devidamente comprovados nos autos, é suficiente para a manutenção da prisão. Desimplicando a assertiva, abrem-se duas perspectivas diversas: (a) a decisão é sucinta, de estilo abstrato (pois invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, nos termos do art. 489, inciso III, do novo CPC), mas revela exame concreto dos autos e funda-se em fatos comprovados documentalmente, o que a torna (mesmo que não elencados articuladamente no corpo do *decisum*), sob aspecto formal, suficiente [*rectius*, não é nula, embora longe da melhor técnica]; (b) a decisão é sucinta e de estilo abstrato, mas, no que tange aos fatos concretos e condição pessoal do réu [lidos em conjunto], desde que amparados em dados do processo, pode ser aferida [neste contexto] e mantida com a explicitação dos fundamentos pelo Tribunal de Justiça.

Mesmo no seio do STF, há alguns votos, flexibilizando o “*summum jus*” da absoluta inadmissibilidade de suprimento de motivação/acréscimo de fundamentos, que parecem inclinar-se pela perspectiva (a), quando o “conjunto da obra é convincente” – é suficiente para revelar que o “fundamento da ordem pública realmente resta vulnerado e comparece, à luz do próprio artigo 312 do Código de Processo Penal, como fundamento suficiente” (STF, HC 87.041-4 PA, 29/6/2006, voto do Min. Carlos Britto, pp. 929-32; no mesmo julgamento, e também

² Confira-se o seguinte extrato de ementa: “Ausente demonstração de ‘concreto risco’ a justificar a manutenção da segregação de réu primário, flagrado com pequena quantidade de droga em patrulhamento de rotina, como no caso processado. Embora a ordem pública global esteja abalada pelo tráfico de drogas, no ambiente de influência deste réu não há gravidade além daquela ordinária para o tipo em questão. Não se contenta a ordem jurídico-constitucional com a prisão automática e inexorável, com fundamentação invariável apenas no ‘fumus’ de tráfico, sem que haja diálogo com os dados concretos que revelariam eventual periculosidade” – Habeas Corpus Nº 70059871723, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 02/07/2014.

vencido, o Min. Ricardo Lewandowski, pp. 935-6, refere-se ao “contexto”, *verbis*: “Não podemos fazer uma leitura literal. Precisamos contextualizar a situação.”).

Verifica-se que, em análise aos precedentes dos Tribunais Superiores, a jurisprudência dominante parece-me absolutamente apropriada para estes, nomeadamente cortes de direito orientadas para a guarda da Constituição e da integridade do direito nacional. Não é a melhor resposta, todavia, para as instâncias ordinárias, que são tribunais de fatos. No contexto do mencionado HC 87.041-4, o Min. Carlos Britto (p. 948) referiu-se a um suposto juízo natural substancial para a avaliação do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, “aquele juiz predisposto pelo ordenamento jurídico para processar e julgar fatos (...) quer mesmo [o inciso LXI] prestigiar as instâncias ordinárias em matéria de prisão processual (...) porque são as instâncias ordinárias que conhecem os fatos, que sopesam as provas, que põem o olho no olho da instrução criminal em relação à inquirição de testemunhas, ao depoimento dos acusados.”.

Nesta linha, o Tribunal de Justiça (segundo grau das instâncias ordinárias), diante de fundamentação deficiente (mas existente), pois estilizada, do Juiz de Direito (primeiro grau das instâncias ordinárias), deve aferir a prisão sob seu crivo em conjunto e no contexto dos dados concretos do processo em exame. E decidir, com a fundamentação mais robusta possível (que é o contrário de fechar os olhos numa operação autorrestritiva de vender-se e amordarçar-se), se aquela particular prisão reveste-se da excepcionalidade exigida para arrostar a presunção de inocência, explicando os motivos concretos pelos quais os conceitos jurídicos indeterminados consagrados no artigo 312 do Código de Processo Penal incidem no caso e prevalecem sobre a liberdade do cidadão.

Se não o fizerem, as instâncias ordinárias, então sim, os tribunais superiores, com maioria de razão, já que o Estado-juiz não se desincumbiu de sua tarefa oportunamente (providência que pode ser exigida, a rigor, pelo cidadão, nos termos dos artigos 301 e 310, inciso II, ambos do Código de Processo Penal), mostrando-se inapetente aos fatos, devem operar o rigor de seus precedentes e invalidar a prisão.

Pode-se cogitar, ainda, de alguns acréscimos, levando em conta: (i) a proibição de insuficiência derivada dos deveres de proteção decalcados

da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como (ii) um *prius* lógico-axiológico, diante do desvalor de certas condutas (art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal) que, se não podem significar prisão automática e inexorável (o que seria inaceitável, como se bastasse o *fumus comissi delicti*), comportam uma exigência menos apertada de carga argumentativa quanto ao preenchimento do suporte fático do *periculum libertatis*. Mas, não é demais lembrar, sem ultrapassar o limiar mínimo de fundamentação, abaixo do qual a ausência constitui nulidade também de nível constitucional.

Por fim, a solução (a) redundaria num esquema no qual o mundo não existe, apenas a linguagem se erguendo de um habitat feito de sombras (formalismo, a exigir o uso de uma linguagem que responda apenas à si mesma, às suas leis internas) – e a história que o Poder Judiciário conta à sociedade é [apenas] geométrica; mas tampouco qualquer linguagem serve, diante de um mundo inefável (o que nos levaria ao pântano do decisionismo). Na construção intersubjetiva de significados que serão mais ou menos adequados no cotejo com contextos narrativos, a solução (b) aproveita a singularidade dos dados captados pelo diálogo jurisdicional das instâncias ordinárias, arranjando-a num esquema fluido com as teses dos tribunais superiores – e a narrativa protagonizada pelo Poder Judiciário configura um horizonte identitário, no esforço de harmonizar as tensões formais inerentes à segurança jurídica com a pretensão de justiça sem a qual não se encontra paz social.

PLENÁRIA: APROVADA POR MAIORIA.