

A necessidade de se seguir entendimentos dos tribunais superiores



Gustavo Mascarenhas
Professor e assessor de ministro

Na história republicana brasileira o Supremo Tribunal Federal e o *habeas*

corpus têm papel protagonista. Rui Barbosa é, em grande parte, o responsável por isso. Articulador da República, foi ele quem fez constar na Constituição de 1891 os artigos 61 e 72. Enquanto o primeiro abria acesso ao Supremo, pela via do *habeas corpus* — sendo a regra atuar o Tribunal como segunda instância, mas, excepcionalmente, quando o caso fosse urgente, de ofício —, o último garantia o *habeas corpus* “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder” — ou seja, toda vez que se constatasse ato ilegal de autoridade pública, cabia acessar a jurisdição da Suprema Corte. [1] Fez-se do excepcional a normalidade, garantindo com o *habeas*, uma passagem amplíssima à jurisdição do STF.

Tantos foram os usos da ação mandamental, com o Tribunal agindo sempre por essa via nas questões que importavam nas primeiras décadas da vida republicana nacional, que se estabeleceu uma doutrina própria no país, a doutrina brasileira do *habeas corpus* [2] — segundo a qual não era necessária a ameaça à liberdade para ser cabível o HC. O quadro apenas veio a ser modificado em 1926, com a revisão constitucional que, ante o escancaramento da via, limitou-a aos casos de tutela direta da liberdade. Como a Constituição de 1934, com a introdução do mandado de segurança, saneou a necessidade do combate a ilegalidades que não afetassem a liberdade diretamente, manteve-se estável durante o último século a finalidade precípua do *habeas corpus* no Brasil.

Ao observar a evolução dos acervos do STF e do STJ, contudo, podemos notar na última década um aumento explosivo no número de impetrações. Se até 2010 haviam chegado em toda a história do Supremo 102 mil HCs, na última semana a contagem alcançou a casa dos 190 mil. No Superior Tribunal de Justiça, mais da metade de todos os *habeas* da história da Corte foram formalizados nos últimos seis anos. Como e por que chegamos a esses números são questões que precisam ser esclarecidas nos debates atuais aos quais procederemos nos próximos textos dessa coluna, abordando o modelo de justiça penal que queremos, mas o mais importante é o oferecimento de soluções.

Rui Barbosa, ao impor o *habeas* como via ampla, buscou, firmar a tese da competência do STF para perquirir a higidez constitucional de quaisquer atos do Executivo ou do Legislativo, nos moldes do *Judicial Review* norte-americano[3]. Ainda que o legislador brasileiro tenha limitado o papel das impetrações a seu destino imaginado na origem, o direito anglo-saxão, não tornou insubsistente o papel de revisão das Cortes Superiores, com o estabelecimento de jurisprudência-forte, o que de fato parece ser o melhor sistema de organização judicial. Faltou combinar com os atores do judiciário deste século.

A valer a sistemática, o Superior Tribunal de Justiça deve ter papel equivalente ao das Cortes de Cassação europeias, normalizando a jurisprudência dos Tribunais locais, enquanto o Supremo atua como órgão de cúpula, dedicado às questões constitucionais, inclusive que afetem a seara penal, como, recentemente a execução provisória da pena.

Ocorre que é impossível ao STJ e ao STF o desempenho de tais papéis no xadrez processual brasileiro, simplesmente porque as instâncias anteriores não adotam a jurisprudência-forte emanada do topo. Não faltam exemplos disso, um deles na Lei de Drogas. Ao analisarmos os dados das ordens deferidas em *habeas corpus* pelo Supremo em 2018 e 2019[4], chegamos a impressionante marca de, respectivamente, 49% e 53% das ocasiões envolverem questões relacionadas à matéria. O quadro deve-se a não aplicação pelos Tribunais estaduais e regionais federais da jurisprudência do STJ e do STF quanto ao tema.

Observe-se, por exemplo, haver o Supremo, em 2016, afastado, no HC 118.533, a hediondez da conduta do pequeno traficante, que preencha, segundo análise judicial, os quatro requisitos cumulativos estipulados no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006 — ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa. A votação foi tomada por maioria, de 8×3, quórum, suficiente à aprovação de súmula vinculante inclusive, nos termos do disposto no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988 e no artigo 2º, § 3º, da Lei 11.417/2006. Em que pese a decisão do órgão de cúpula, até hoje não faltam impetrações versando exatamente essa questão, com Juízes deixando de aplicar a jurisprudência da Suprema Corte, algo impensável nos EUA, inspiração do nosso sistema.

Por que uma jurisprudência com mais de três anos, do órgão máximo do judiciário, amplamente divulgada, não “pega”? As instâncias anteriores resistem ao que decide o órgão máximo, numa dinâmica que acaba por fragilizar os próprios Tribunais locais. Perceba-se que a autoridade dos TJs e TRFs no sistema de *Judicial Review* decorre justamente do ideal de um sistema de justiça baseado no respeito às decisões judiciais, no qual a autoridade de baixo é legitimada pela próxima — desafiada a ordem legítima de um Juiz, não há dúvida que o Tribunal o garantirá. Se isso é verdade, também deve o juiz seguir o que diz o tribunal e, decorrência lógica, os Tribunais o que decidem as Cortes Superiores. Mesmo assim, há casos de estados com números significativos de dissonância: em pesquisa que conduzimos, descobriu-se que apenas três unidades da federação foram responsáveis por mais de 70% das ordens deferidas pelo Supremo em 2018 e 2019.^[5]

Não se ignora que a fricção do processo é parte na evolução da jurisprudência, mas quando a jurisprudência da Suprema Corte é mais garantista do que a das instâncias anteriores que a ela resistem, o custo do friccionamento é a liberdade de um jurisdicionado que continuará a espera de um pronunciamento reconhecendo um direito que já era seu. No julgamento do HC nº 82.490, ainda em 2002, o ministro Sepúlveda Pertence anotou importante lição: “a Justiça é, contudo, um serviço público, em favor de cuja eficiência — sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos — , a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução”.^[6]

A solução das súmulas vinculantes, introduzida a partir da Lei nº 11.417/2006, busca sanear parte do problema, estabelecendo enunciados estáveis, mas que, por serem estanques, nem sempre oferecerão a melhor resposta ao caso concreto. O *habeas corpus* coletivo, por sua vez, entrega uma saída abstrata para um grupo de indivíduos — apesar de ser uma solução moderna, ainda padece da personalidade e da instrução individualizada. Tanto as súmulas quanto o *habeas* coletivo parecem ser tentativas sistêmicas de resolução do problema, mas nos dois casos ainda é preciso aprimoramento.

No fim, melhor seria que a jurisprudência do Supremo ensejasse respeito absoluto das demais instâncias, obedecendo-se o modelo de *Judicial Review*. Ainda que tomadas em processos abstratos e sem caráter vinculante, as decisões do órgão máximo deveriam significar o rumo do sistema, evitando-se desvios de rota que causem retrabalho e demora na prestação jurisdicional. Se os Tribunais locais entendessem nisso não uma violação ao livre convencimento motivado, mas sim uma forma de promoção da segurança jurídica e de economia dos meios da Justiça, teríamos, ao mesmo tempo, à diminuição expressiva no número de impetrações e o fortalecimento do sistema de justiça penal enquanto via estruturada de resolução de conflitos.

[1] STF, HC nº 3.969, relator o ministro Pedro Lessa, j. 17 mai 1916.

[2] BARBOSA, Eduardo Ubaldo. *Tradição e modernidade constitucional: a construção do Supremo Tribunal Federal e os regimes de historicidade do início da República Brasileira*. 2017. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24280?mode=full>

[3] Em apertada síntese, o *Judicial Review* pode ser entendido como a doutrina segundo a qual as ações legislativas e executivas que não se coadunem com a Constituição podem ser revisadas e, se for o caso, anuladas pelo poder Judiciário. Vê-se, portanto, que tal construção parte de duas premissas básicas: (a) o princípio da soberania da Constituição, norma máxima de determinado ordenamento jurídico a qual todos os demais atos normativos devem se sujeitar; e (b) o reconhecimento do Judiciário como o intérprete privilegiado da Carta Política. Ainda que o *Judicial Review* possa ser visto como o produto de um longo percurso, sua certidão de batismo deve ser buscado no histórico caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela *Supreme Court* dos EUA, no qual o *chief of Justice*, John Marshall, firmou as bases desta doutrina.

[4] VASCONCELLOS, Vinicius; PEDRINA, Gustavo; DUARTE, Áquila; SALLES, Caio. Habeas corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2020 (no prelo).

[5] *Idem*.

[6] STF, HC nº 82.490, relator o ministro Sepúlveda Pertence, j. 29 out 2002.

Date Created

27/08/2020