Sustentações orais em agravos da negativa de HC

Recentemente foi divulgada uma entrevista concedida pelo ministro Sebastião Reis Jr. ao *Migalhas*, onde ele explica o que está acarretando a inovação trazida pela Lei 14.365/2022, que alterou a Lei 8.906/94, para assegurar o direito de o advogado proferir sustentação oral em agravo regimental que ataca a decisão monocrática que não conhece do recurso especial, do Habeas Corpus e outros recursos estabelecidos na referida lei. Na entrevista, o ilustre ministro refere que na última sessão da 6ª Turma do STJ, foram proferidas 40 sustentações orais, algo que inviabiliza a administração da justiça, além de ser prejudicial para a própria advocacia.

Temos profundo respeito e admiração pelo ministro, sem dúvida um dos melhores magistrados do Brasil, com decisões corajosas, técnicas e justas, que contribuem efetivamente para o avanço e melhoria do processo penal brasileiro e do próprio sistema de administração da justiça. Suas decisões são frequentemente citadas em nossos livros e artigos pelo diferencial da qualidade. É notória a defesa intransigente que o ministro Sebastião faz dos direitos e garantias do devido processo penal democrático e constitucional. Frisamos ainda que compreendemos e concordamos com a sua reclamação, mas aproveitamos o debate para convidar a uma reflexão mais ampla.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Em primeiro lugar, já chegou o momento de assumirmos que o STJ tem que dobrar de tamanho, no mínimo, e de forma urgente. Nem que fosse pela reconfiguração de cada turma, para funcionar com apenas três ministros (e não cinco como atualmente). Bastariam apenas mais dois ministros para, com um total de 12, constituírem quatro turmas criminais sem maiores gastos ou mudanças estruturais. Mas, definitivamente, duas turmas criminais para dar conta da demanda judicial de um país de dimensões continentais como o Brasil, é claramente insuficiente, ainda mais com o perfil recalcitrante da magistratura de primeiro grau e do Tribunais que, em geral, não observam os padrões judiciais estabelecidos pelo STF e pelo STJ. Compete ao STJ — e falamos apenas da esfera penal — uma missão imprescindível para a própria construção da cidadania, para demarcação dos limites de aplicação e interpretação de toda a legislação penal e processual penal infraconstitucional. Mais do que o recurso especial, estamos falando de Habeas Corpus, mandado de segurança, reclamações, agravos, enfim, um amplo poder de revisar as decisões tomadas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais de um país imenso. Para agravar o cenário, temos sistemáticas violações de direitos fundamentais, com a perseverança efetiva de um processo penal inquisitório e autoritário, em desconformidade com a matriz acusatória indicada pela Constituição, o Bloco de Constitucionalidade e pelos Tribunais Superiores. É uma demanda invencível, como reconhecem os próprios integrantes da corte.

Mas o caminho é ampliar e não restringir o acesso à justiça, como tem sido feito há décadas, por exemplo, com a blindagem da jurisprudência defensiva. A enxurrada de agravos e HC's decorre do próprio estrangulamento criado por essa jurisprudência defensiva (a começar pela malfadada Súmula 7, verdadeiro ovo da serpente do decisionismo, porque embora não se possa analisar fatos, em tese, no regime especial e/ou extraordinário, o próprio STJ reconheceu, em diversas situações, distorções gritantes na análise da prova, isto é, se as premissas do suporte teórico em relação às provas são inidôneos, em consequência, a análise subsequente também será). E, mais: se temos muitos HC's, isso é sintoma da doença da jurisdição de primeiro e segundo graus, com meritórias exceções, ressalve-se, isto é, conformação acusatória. É porque temos uma cultura punitivista e inquisitória fortíssima, com sistemáticas violações de direitos fundamentais.

De um lado há a superexploração do uso espúrio e oportunista do Habeas Corpus, seguindo a lógica de "mais uma chance", sem que se tenha, efetivamente, boas razões para impetração, com o congestionamento do STJ e do STF, enquanto, por outro, há o direito legítimo de sustentar oralmente as razões. Por isso se fala da ocorrência da Tragédia dos Comuns no âmbito do Habeas Corpus, estabelecida por Garrett Hardin[1], consistente no raciocínio individualista, desprovido da perspectiva cooperativa, isto é, quando se impetra Habeas Corpus para tudo, torna-se difícil o trabalho do julgador de separar o que é "sinal" e o que é "ruído" (impetração com fundamento e sem fundamento). Em consequência, os Tribunais Superiores passaram a lançar mão do expediente da negativa monocrática, cujo agravo não conferia direito à sustentação oral. O procedimento suprimia de modo abusivo o direito do advogado de sustentar as razões da impetração e, por isso, foi alterado pela nova lei. Em resumo, o advogado pode sustentar oralmente as razões do Habeas Corpus, com a decisão monocrática, ainda que agravada, o direito era subtraído. É óbvio que até existem HCs despidos de qualquer fundamento, mas esses podem ser fulminados de plano, até pelo porteiro do tribunal… Mas a massa das demandas têm fundamentos mínimos, mesmo que não se concorde com eles. Em geral, ninguém brinca (ou deveria brincar) de fazer *habeas corpus* por falta do que fazer ou por oportunismo…

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Antes de limitar o acesso à jurisdição do STJ, precisamos ver os motivos que geram uma demanda tão elevada e assumirmos que é preciso aumentar a estrutura.

O segundo ponto de reflexão é ainda mais complexo e relevante: chegamos nesse ponto de (quase) colapso da administração da justiça criminal por conta da banalização do direito penal e do próprio processo penal. Temos que repensar seriamente o que fizemos com o direito penal brasileiro e sua diarreia legislativa-punitiva imparável, associada à renitência da aplicação de normas que se orientam à diretriz acusatória e oral. Se o STF e o STJ reconhecem o cariz acusatório do Processo Penal, não há fundamento para suspensão de dispositivos que apenas declaram no CPP o que já é decorrência da própria Constituição, por exemplo. A crise do bem jurídico, a expansão absurda do direito penal, a vulgarização dos tipos penais abertos, genéricos e vagos, enfim, uma conta que o Direito Penal precisa acertar com a democracia e a Constituição.

Depois, precisamos falar seriamente sobre o processo penal e sua imensa crise, a começar pela absurda banalização do exercício do poder de acusar. Denúncias absolutamente despidas de justa causa, de lastro probatório mínimo, de viabilidade, entopem os foros brasileiros e depois, os tribunais, incluindo o STJ. Aqui é a banalização que decorre da cultura punitivista (quase estrutural e repetida inconscientemente), às vezes até com a "melhor das boas intenções" (salvacionismo), lembrando a célebre passagem de Agostinho Ramalho Marques Neto: quem nos protege da bondade dos bons. Enxurradas de acusações por condutas absolutamente insignificantes, até denúncia por furto de comida vencida no lixo já tivemos. Os exemplos são diários e só aumentam.

Noutra dimensão, patológica, está uma parcela menor de acusadores que — mesmo conscientes da inviabilidade acusatória — ainda assim acusam. Não querem a pena-penal, mas a pena-processual, aquela gerada pelo simples fato de colocar alguém no banco dos réus, a estigmatização e a pena de *banquillo* como dizem os espanhóis, aludindo a pena que decorre do simples fato de sentar-se no "banco dos réus". É inegável que uma pessoa perde seu emprego, sua respeitabilidade, sua identidade social, seus amigos, sua família, seu patrimônio e a sua vida, por "simplesmente" ser acusado da prática de um crime. Uma das maiores misérias do processo penal, parafraseando e recordando Carnelutti, é que para saber se devemos punir alguém, já vamos punindo através do processo, mesmo que ao final nada tenha para ser punido. Muitos não se dão conta que ao "acusarem em todos os casos", promovem o congestionamento jurisdicional, com acusações frívolas, bagatelares, maliciosas e inviáveis rivalizando com ações penais relevantes. O mesmo fenômeno da Tragédia dos Comuns opera com a acusação orientada pela lógica individualista, incapaz de perceber o todo.

Processo é pena.

E muitos acusadores sabem disso e usam a pena-processo, contando ainda com o bizarro espetáculo midiático. A propósito, ainda esperamos a retratação e o *mea culpa* da grande mídia por conta da *lavajatolatria*. Mas não só por ela…

Mas quando se tem a banalização do direito penal e a irresponsabilidade acusatória, espera-se que os juízes sejam chamados a exercer o filtro de admissibilidade para barrar essas acusações infundadas. Infelizmente isso não está ocorrendo, pelo menos não na dimensão que deveria.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Os recebimentos de denúncias seguem, na sua imensa maioria, sendo automáticos e burocráticos. Precisamos urgentemente despertar nos juízes a consciência da necessidade de se fazer um filtro sério e efetivo das condições de admissibilidade da acusação (que obviamente demanda um respeito às categorias jurídicas próprias do processo penal[2]). E essa consciência, se não vier pela compreensão de qual é o *lugar do juiz* no processo penal democrático e constitucional (e a crise identitária da jurisdição é um tema muito sério), que venha pela necessidade de sobrevivência do sistema de administração da justiça. Opera-se o entulhamento das varas criminais pelo recebimento sistemático de acusações infundadas. E mais, esses processos inúteis (e injustos, obviamente), acarretam a demora dos processos que realmente têm justa causa, condutas graves e que exigem uma apuração e punição. Então, enquanto recebem burocraticamente acusações natimortas e sem justa causa, os casos sérios e graves, ficam parados nas prateleiras. O tiro sai pela culatra e isso gera impunidade. E voltamos ao ciclo autofágico: o entulhamento conduz à demora e ela, à sensação de impunidade. Diante do reclamo de que tudo demora e nada funciona (ou seja, impunidade), o que se faz? Mais doses de direito penal e processo penal, e se retroalimenta o ciclo, desaguando nas 40 sustentações orais em uma sessão do STJ, sem falar nas centenas de recursos julgados em bloco (rotina em todas as sessões).

O colapso do sistema é lógico: se não se controla a entrada, por meio da exclusão da litigância penal frívola, bagatelar, maliciosa ou abusiva, a consequência é, mais uma vez, a Tragédia dos Comuns. Uma das providências seria exigir seriedade na motivação da admissão da acusação, ainda tolerada em alguns lugares como se fosse desprovida de conteúdo decisório, justamente porque é o momento adequado da análise da justa causa. O efeito é que sem decisão motivada, associada à ausência de previsão de Recurso em Sentido Estrito, a defesa é obrigada a impetrar Habeas Corpus, não raro, negado em face da complexidade do caso, mas consequência direta da tolerância quanto à parcimônia motivacional da decisão de admissão da acusação. Conceder a ordem por ausência de fundamentação da decisão seria uma estratégia apta à redução dos Habeas Corpus.

Portanto, realmente é insustentável termos 40 sustentações orais em uma única sessão e o Ministro está correto. Mas é preciso refletir sobre as causas. Por que chegamos neste ponto? Fazer uma anamnese mais profunda e buscar uma efetiva redução de danos lá na origem. Não adianta mais jurisprudência defensiva e nem limitar o acesso, mas perceber a dimensão dos problemas jurídicos brasileiros e o papel – imprescindível — do STJ neste contexto, a começar pela anulação de todos os casos em que a acusação for admitida sem motivação e fundamentação idônea dos pressupostos, requisitos e condições do exercício da ação, em especial, a justa causa[3].

[1] HARDIN, Garrett. ***The Tragedy of the Commons***. *Science*, vol. 162, N. 3859. **1968**

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

. pp. 1243-1248 que, segundo José Everton da Silva (A proteção do conhecimento tradicional sob o lógica da análise econômica do direito: uma questão constitucional baseada na dignidade da pessoa humana. Itajaí: UNIVALI (Doutorado), 2015) pode ser assim descrita: "O exemplo clássico que ilustra tal situação é o referido por Hardin (1968), o professor de biologia da Universidade da Califórnia, Santa Barbara, que cunhou a expressão tragédia dos comuns, em artigo de 1968 publicado na revista norte-americana Science. Imaginou Hardin um campo de pasto cuja propriedade seria comum, vale dizer, todo pecuarista que quisesse levar o seu gado para ali pastar poderia fazê-lo, sem que tivesse de pagar por essa oportunidade. Um pecuarista, ao agir racionalmente, perguntaria: “Qual a utilidade, para mim, adveniente do incremento de um animal adicional em meu rebanho?”. Desse ato, o pecuarista perceberá todos os ganhos e só incorrerá, imediatamente, em uma fração dos custos do incremento que realizou. Ao agir assim, gerará um problema de externalidade, vez que não leva em consideração, no processo de tomada de decisão para incrementar o seu rebanho, os custos sociais de tal aumento advenientes. E só o faz porque sabe que, pelo fato de se tratar de um recurso comum, o custo de sua atividade será suportado, pelo menos imediatamente, mais pelos outros pecuaristas do que por ele próprio. Mas isso não é tudo. O incremento no rebanho não seria feito por apenas um pecuarista. Pelo fato de ser irrisório o custo para incrementar o rebanho em uma unidade e levar um animal a mais para o pasto comum, e em razão de o custo gerado não ser suportado por quem o originou, a tendência é que todos os pecuaristas que se valem do recurso comum assim atuem. Tal situação decorre, ainda, de que cada pecuarista não tem incentivos para levar em conta o quanto a sua própria atividade afetaria a atividade dos demais pecuaristas. Dessa forma, o ato de um pecuarista que visava a, tão-somente, maximizar o seu interesse, transforma-se em uma tragédia, vez que o recurso que antes era tido por comum (livre acesso para qualquer pessoa) e suficiente, passa a ser comum e escasso, porquanto o número total de cabeças de gado excederia a capacidade suportada pela área destinada ao pasto, vale dizer, a sua utilização em excesso conduziria à concretização da chamada tragédia dos comuns. A inserção de uma unidade a mais traz, a quem a insere, mais ganhos do que perdas. […] Uma conclusão a partir da tragédia dos comuns assume um tom de generalidade. Isso porque não é só o pastor, cuidando de seu rebanho em um pasto de uso comum, que agirá dessa forma; mas, sim, todos os agentes que se encontrarem em situação semelhante, vale dizer, quando o ganho em utilizar um recurso comum demonstrar-se superior à perda de tal uso adveniente. […] Por isso, "a racionalidade colectiva levará ao incremento cumulativo e à ruína do recurso, dada a liberdade de acesso: essa liberdade acaba por ter consequências trágicas (ARAÚJO, Fernando. ***A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: o problema econômico do nível óptimo de apropriação***. Lisboa, Ed. Almedina, 2008, p. 63)".

[2] Tratamos disso nos livros ‘Direito Processual Penal’ e ‘Fundamentos do Processo Penal’, ambos publicados pela Editora Saraiva Jur. Também remetemos as obras de Alexandre Morais da Rosa, especialmente no “Guia do Processo Penal Estratégico. De Acordo com a Teoria dos Jogos e o MCDa-C”, publicado pela Editora EMais.

[3] TJSC, 3ª Turma Recursal, Habeas Corpus Criminal 5000542-07.2022.8.24.0910, rel. Juiz Alexandre Morais da Rosa (j. 08.06.2022): “ADMISSÃO DA ACUSAÇÃO E CAUSA PROVÁVEL (JUSTA CAUSA). A DECISÃO QUE ADMITE A ACUSAÇÃO DEVE ANALISAR O PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E CONDIÇÕES AO EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL DE MODO CLARO, OBJETIVO E ESPECÍFICO. AINDA QUE POSSÍVEL A INTEGRAÇÃO DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (*CUSTOS LEGIS* NO CASO DE AÇÃO PENAL PRIVADA), A TEOR DA ORIENTAÇÃO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA 1.384.669 (MIN. NÉFI CORDEIRO), DEVE ACRESCENTAR MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA E PRÓPRIA, VEDADA A REFERÊNCIA GENÉRICA AO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. O PREENCHIMENTO DOS ATRIBUTOS DAS ENTIDADES (CAUSA PROVÁVEL – JUSTA CAUSA) EXIGE A DECLARAÇÃO DO CONTEÚDO ASSUMIDO PELO JULGADOR, HIPÓTESE EM QUE A REFERÊNCIA GENÉRICA É INSUFICIENTE À GARANTIA DA DEVIDA

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Causa provável é o suporte fático externo e independente da subjetividade do legitimado para o exercício da ação penal, pelo qual é possível a inferência válida e robusta sobre a probabilidade de ocorrência de uma conduta criminalizada que justifique a sua deflagração. Dito de outro modo, a noção de "causa provável" está associada à prévia existência de justificativa normativa articulada e aderente aos indicadores de realidade suporte da ação penal, isto é, devem estar previamente demonstrados por evidências externas (vedada a decisão baseada em mera subjetividade ou em estigmas sociais), capazes de estimar a probabilidade positiva da verificação da Hipótese Acusatória (HAc) no decorrer da instrução procedimental. Ainda que a decisão de admissão não deva incursionar sobre o mérito, deve estabelecer concretamente "no que" consiste a "causa provável ou "justa causa", diferenciando a mera possibilidade, inválida para o exercício da ação penal, da efetiva probabilidade de condenação (causa provável). *"[…] a mera transcrição de outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo de fundamentação, não é apta a suprir a exigência de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal. 2. A Corte de origem, ao apreciar o apelo defensivo, limitou-se a fazer remissão ao parecer ministerial, sequer transcrito no acórdão, sem tecer qualquer consideração acerca das preliminares arguidas, o que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais"*(STJ. EDResp 1.384.669. Relator: Min. Néfi Cordeiro).

Date Created
08/07/2022

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.