

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 156.583 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
AGTE.(S) : TODOS AQUELES PRESOS EM RAZÃO DA
APLICAÇÃO DA SÚMULA 122 DO EGRÉGIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA
REGIÃO
ADV.(A/S) : SIDNEY DURAN GONÇALEZ
AGDO.(A/S) : RELATOR DO HC Nº 447.758 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO - VISTA

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: O presente agravo regimental foi interposto contra decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, então Relator do feito, pela qual negou seguimento ao presente *writ*, sob o argumento de que, não obstante entenda cabível o *mandamus* coletivo para a proteção de direitos individuais homogêneos, a presente impetração impugna ato singular de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, circunstância que impediria o seu conhecimento.

Sustentou, ademais, que as execuções provisórias de condenações criminais ainda não transitadas em julgado, decretadas com arrimo na Súmula 122 do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, decorreriam de entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Bem examinados os autos, verifico que, de fato, o presente *habeas* volta-se contra decisão monocrática do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminarmente a inicial do HC 447.758/RS, razão pela qual a insurgência aqui deduzida, à primeira vista, não poderia ter seguimento, sob pena de extravasamento da competência desta Suprema Corte, descrita no art. 102 da Constituição Federal, limitada, na espécie, ao exame de coação praticada por Tribunal Superior.

Essa foi, aliás, a orientação firmada pela Segunda Turma quando do

HC 156583 AGR / RS

juízo do HC 119.115/MG, de minha relatoria, ocasião na qual se decidiu que a não interposição de agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça, quer dizer, a ausência de análise colegiada de decisão monocrática, impede o conhecimento de *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, pois, do contrário, permitiria ao jurisdicionado escolher o juízo apto a conhecer e julgar a sua causa. Como regra, nessas hipóteses, tem se aplicado a Súmula 691 desta Corte, *verbis*:

“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”.

Observo, contudo, que o caso sob análise está a exigir a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício, diante do flagrante constrangimento ilegal a que estão submetidos integrantes de um grupo determinável de pessoas, a saber, aquelas que foram presas com base unicamente na Súmula 122 do TRF-4, em favor das quais o presente *writ* foi proposto.

O STF, em situações similares, tem superado a Súmula 691, com arrimo, dentre outros, nos seguintes precedentes:

“‘HABEAS CORPUS’ – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA SUPOSIÇÃO DE QUE A RÉ PODERIA VOLTAR A DELINQUIR – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – ‘HABEAS CORPUS’ CONCEDIDO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A

RESTRICÇÃO SUMULAR. - **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, 'hic et nunc', da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade.** Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie [...]” (HC 115.613/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma).

“Habeas corpus. 2. Penal e Processo Penal. 3. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. 4. Ausência de fundamentação lastreada em elementos concretos. Ilegalidade. 5. **Súmula 691. Manifesto constrangimento ilegal. Superação.** 6. Ordem de habeas corpus concedida, confirmada a medida liminar” (HC 126.816/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma).

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. 1. **Este Supremo Tribunal tem admitido, em casos excepcionais e em circunstâncias fora do ordinário, o temperamento na aplicação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal** (‘Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar’). **Essa excepcionalidade fica demonstrada nos casos em que se patenteie flagrante ilegalidade ou contrariedade a princípios constitucionais ou legais na decisão questionada.** 2. Não evidencia fundamentação idônea e suficiente, decisão que impõe o regime inicial fechado de cumprimento de pena, baseada, objetiva e exclusivamente na norma inscrita no art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, declarada incidentalmente inconstitucional por este Supremo Tribunal, no HC 111.840 (Relator o Ministro

HC 156583 AGR / RS

Dias Toffoli, de 27.6.2012). 3. Inexequível a pena de prisão imposta na condenação sem a correspondente motivação idônea. Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício” (HC 120.274/ES, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma).

Feitas tais considerações, registro preliminarmente que esta Segunda Turma, em recente e pioneira decisão, ao julgar o HC 143.641/SP, do qual fui relator, admitiu o cabimento de *habeas corpus* coletivo como forma de salvaguardar o direito fundamental de ir e vir de um conjunto de mulheres perfeitamente identificáveis, submetidas a idêntico constrangimento ilegal.

No caso, cuidava-se de gestantes, puérperas, lactantes e mães de crianças de até doze anos de idade, presas preventivamente, mesmo em face de dispositivo legal (art. 318 do Código de Processo Penal) que lhes assegurava o direito de permanecer em liberdade, durante o desenrolar do respectivo processo, mediante a imposição de medidas alternativas à pena corporal.

Tratava-se, na ocasião, de enfrentar obstáculos colocados à liberdade daquelas mulheres, os quais, longe de encontrarem origem na lei - que, ao revés, apontava no sentido da preservação de valores caros à própria vida civilizada, dentre os quais a proteção da maternidade e da infância - achavam-se enraizados em uma renitente “cultura de encarceramento”, acriticamente aceita por magistrados, promotores, procuradores, policiais e outras autoridades, insensíveis ao drama pessoal e familiar por que passavam aquelas criaturas, dotadas de emoções e sentimentos, cujas individualidades vinham sendo desconsideradas pela denegação sistemática, mecânica e desumanizada de um direito fundamental, que a legislação processual lhes assegurava, sem antepor maiores empecilhos.

Como ficou claro para a maioria dos integrantes do Colegiado, a solução daquele e de outros problemas de idêntico jaez somente poderia

HC 156583 AGR / RS

tornar-se efetiva por meio do emprego de instrumentos processuais coletivos, aptos a coibir ou prevenir lesões a direitos de indivíduos que se encontrem em uma mesma situação jurídica, sobretudo quando integram grupos sociais mais vulneráveis.

Na oportunidade, assentou-se que o conhecimento do *writ* coletivo, pelo Supremo Tribunal Federal, homenageava nossa tradição jurídica de conferir-se a maior amplitude possível ao “remédio heroico”, consubstanciada entre nós na denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.

Naquele histórico *habeas corpus* coletivo, concedido por esta Segunda Turma, levou-se em consideração que tramitavam no Poder Judiciário cerca de 100 milhões de processos, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, situação que estava a exigir o emprego de medidas processuais de natureza coletiva para conferir a máxima eficácia aos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da efetividade da prestação jurisdicional.

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter generalizado, mostrando-se imprescindível, inclusive por razões de política judiciária, que sejam adotados mecanismos processuais, expeditos e eficazes, para enfrentá-las, particularmente em favor da população social e economicamente menos favorecida.

Reafirmo, assim, que se deve extrair do *habeas corpus* o máximo de suas potencialidades, quando mais não seja com fundamento no universalmente consagrado direito de acesso à Justiça, previsto na Constituição de 1988 e em diversos tratados internacionais, particularmente no Pacto de São José da Costa Rica, incorporado sem quaisquer restrições ao ordenamento legal pátrio.

HC 156583 AGR / RS

Na hipótese sob análise, entendo que a admissão do *HC* coletivo, para além do precedente mencionado, amolda-se perfeitamente ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que outorga aos juízes e tribunais a faculdade - na verdade a obrigação - de expedir ordem de *habeas corpus* de ofício, toda a vez que, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Essa compreensão, de resto, harmoniza-se com o previsto no art. 580 do mesmo CPP, o qual admite a extensão da ordem a todos aqueles que se encontrem na mesma situação processual de determinado paciente beneficiado por um *writ*.

Reitero que **a presente impetração abriga como pacientes todas aquelas pessoas cuja prisão foi determinada mediante mera alusão à Súmula 122 do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, sem qualquer outra consideração que levasse em conta a situação individual de cada uma delas**, atingidas que foram, burocraticamente, por aquela medida que constitui sempre a *ultima ratio* da persecução penal intentada pelo Estado-juiz.

Em suma, aqui se pleiteia a concessão de ordem coletiva de *habeas corpus* para tornar sem efeito as execuções provisórias determinadas pelo TRF-4, tão somente com base na redação de seu verbete sumular, desacompanhada de qualquer outra motivação juridicamente idônea.

Pois bem, como é cediço, o devido processo legal, em seus aspectos formal e material, constitui uma das mais importantes garantias para a defesa dos direitos e liberdades das pessoas, configurando um dos pilares do constitucionalismo contemporâneo.

Essa garantia fundamental tem origem na *Magna Charta Libertatum* de 1215, por meio da qual o rei João *Sem Terra*, da Inglaterra, foi obrigado

HC 156583 AGR / RS

a assegurar certas imunidades processuais aos seus súditos.¹ O parágrafo 39 daquele importante documento, ainda hoje em vigor, estabelece que "nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado [...] senão mediante um julgamento regular de seus pares ou em harmonia com a lei do país".

E tais prerrogativas foram sistematicamente reconfirmadas pelos monarcas subsequentes, sendo a expressão "lei do país", mais tarde, substituída pela locução "devido processo legal" (*due process of law*), no Estatuto de Westminster de 1353. Com isso, os direitos das pessoas passaram a ser assegurados não mais pela simples aplicação da lei, mas por meio da instauração de um processo levado a efeito segundo a lei.

A despeito de sua origem inglesa, essa franquia deitou profundas raízes nas colônias britânicas da América do Norte, incorporada que foi nas diversas declarações de direitos editadas logo após a independência daquelas. Na sequência, com o desenvolvimento do denominado "constitucionalismo moderno" nos diferentes países, a partir do início do século XIX, essa garantia foi incluída nas distintas cartas magnas como um instrumento destinado a prestigiar e a proteger os direitos das pessoas envolvidas nalgum litígio judicial.

Desde a sua concepção, o devido processo legal passou a constituir a "garantia das garantias", essencial para assegurar a concreção dos direitos e liberdades plasmados ao longo de séculos por renhidas lutas travadas contra a autocracia e o absolutismo.

O *due process of law*, como visto, desde há muito, foi incorporado às cartas políticas da maioria das nações democráticas, tendo merecido especial destaque no artigo 5º, LIV, de nossa Constituição Federal, com o

1 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 44.

HC 156583 AGR / RS

seguinte teor: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

Cuida-se, como é sabido, de uma garantia de caráter dúplice. De um lado, indica a indispensabilidade da instauração de um processo antes da restrição de quaisquer direitos. De outro, significa que o processo precisa ser adequado, ou seja, não pode ser um simulacro de procedimento, devendo assegurar, no mínimo, a imparcialidade do juiz, a publicidade do julgamento, a igualdade entre as partes, o efetivo contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões.

Com o passar do tempo, em benfazeja evolução doutrinária e jurisprudencial, passou-se a entender que não bastava apenas respeitar ritualisticamente o devido processo legal, afigurando-se imperioso assegurar às partes o denominado *fair trial*, ou seja, o "justo processo", que transcende a mera observância mecânica das regras procedimentais, de modo a fazer valer, durante todo o desenrolar de um feito, os valores universais que hoje embasam os ordenamentos jurídicos dos países culturalmente avançados, em especial o da dignidade da pessoa humana, sem o qual não se pode cogitar de uma convivência social justa, fraterna e solidária.

Vale destacar que o *due process of law* assume maior relevo precisamente no âmbito penal porquanto nele se coloca em jogo a liberdade que, depois da vida, é o bem mais precioso das pessoas. E a prática tem demonstrado que o imenso poder persecutório do Estado, detentor monopolístico do direito de punir, só se submete a temperamentos se escrupulosamente observada essa garantia essencial.

Cumprê sublinhar, outrossim, que hoje o processo penal não é mais considerado apenas um meio para se alcançar a punição de quem porventura tenha infringido as leis criminais, mas, ao revés, constitui um instrumento de tutela jurídica do acusado - de qualquer acusado - não

importando a gravidade do delito que lhe tenha sido imputado. Em outras palavras, o procedimento criminal apresenta-se atualmente como verdadeiro instrumento democrático de proteção do cidadão, a impedir o arbítrio, limitar o poder punitivo estatal e tutelar as garantias constitucionais de investigados ou denunciados.

Ora, com a edição da Súmula 122, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região, sob a equivocada premissa de dar cumprimento a precedentes desta Suprema Corte, perfilhou uma interpretação radicalmente contrária à histórica jurisprudência garantista nela prevalente, implementando, de forma temerária e francamente injurídica, a hipótese de prisão automática, ou seja, desprovida de adequada fundamentação - medida própria dos regimes ditatoriais -, o que representa inaceitável retrocesso institucional.

Ao assim proceder, aquele Tribunal Regional excedeu, de modo flagrante, os limites e o sentido das decisões prolatadas no HC 126.292/SP e no ARE 964.246/SP, as quais supostamente teriam dado guarida a essa - por todos os títulos - extravagante conclusão.

Transcrevo, por oportuno, a redação da Súmula 122 do TRF-4, ora questionada, *verbis*:

“Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, **deve ter início a execução da pena** imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário” (grifei).

Para o efeito de comparação, trago à colação as ementas dos precedentes desta Suprema Corte, que alegadamente teriam embasado a edição do aludido verbete sumular:

“CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. **POSSIBILIDADE.**

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado” (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; grifei).

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. **POSSIBILIDADE.** REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria” (RE 964.246-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; grifei).

Como se observa, a tese fixada pelo Plenário da Suprema Corte no julgamento do HC 126.292/SP - e reafirmada no ARE 964.246/SP - não obrigou e nem tampouco autorizou os distintos órgãos do Judiciário a executarem automaticamente condenações a partir de decisões prolatadas em segundo grau de jurisdição e também não dispensou os tribunais de motivarem suas decisões.

Com efeito, não obstante tenha sido acolhida provisoriamente pelo

Plenário, por estreitíssima maioria de votos - pelo menos até o julgamento de mérito ainda pendente das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43/DF e 44/DF -, **a tese de que seria possível determinar a execução provisória (antecipada) da pena, após a condenação em segundo grau, ela não se mostra hábil, por si só, para autorizar a decretação do início de cumprimento da sanção, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, mediante mera remissão, sem qualquer outra fundamentação, a determinados julgamentos do STF ou a súmulas de tribunais.**

Isso se revela ainda mais evidente quando se tem em conta a taxativa redação dos incs. LVII e LXI do art. 5º da Constituição, cujo enunciado, respectivamente, é o seguinte: (i) “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; e (ii) “**ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]**” (grifei).

E, mais, sobretudo quando se deixa de atentar para a contundente dicção do inc. IX do art. 93 de nossa Carta Política, segundo o qual “**todos os julgamentos serão públicos, e motivadas todas as decisões**, sob pena de nulidade [...]” (grifei).

Ainda que fosse a hipótese de invocar-se o efeito vinculante supostamente decorrente do julgamento do ARE 964.246/SP, afigura-se, a meu ver, de uma clareza solar que, em se tratando do cerceamento da liberdade de uma pessoa – de qualquer pessoa –, a decisão judicial correspondente há de ter em conta, ademais, o **princípio da individualização da pena**, abrigado no art. 5º, XLVI, da Constituição, que não admite nenhuma prisão baseada em expressões vagas ou genéricas, nem a alusão a certos julgados do STF ou a verbetes de quaisquer cortes.

A motivação idônea, exigência de todas as legislações que se pretendam “modernas”, constitui pressuposto de validade das decisões

judiciais, na medida em que exige que o juiz expresse as razões de sua escolha por determinada direção normativa ou hermenêutica e, sobretudo, pela grave opção de segregar uma pessoa do convívio social, enviando-a à prisão.

Trata-se de uma conquista das lutas travadas em prol dos direitos e liberdades intentadas no século XVIII, remontando, quando menos, à Revolução Francesa. Encontrou, de forma pioneira, expressão no Decreto de 9 de outubro de 1789, especificamente em seu art. 22, o qual proibia que juízes e tribunais empregassem fórmulas vagas ou genéricas para arrematar suas decisões, no âmbito criminal, ostentando a dicção abaixo:

“Toute condamnation à peine afflictive ou infamante, en première instance ou en dernier ressort, exprimera les faits pour lesquels l'accusé sera condamné, sans qu'aucun juge puisse employer la formule, par les cas résultants du procès” (grifei).²

Esse dispositivo foi assim concebido porque, com o triunfo das revoluções liberais, que soterraram o absolutismo, as pessoas deixaram de sentir-se obrigadas a atender os caprichos dos monarcas, veiculados por meio do bordão *le roi le veut*, ou seja, “o rei o quer”. No mesmo diapasão, é possível afirmar, com segurança, que hodiernamente ninguém pode mais ser compelido a cumprir uma determinação judicial, ou, pior ainda, submeter-se a uma ordem de prisão, apenas porque *le juge le veut*, é dizer, porque “o juiz o quer”.

Tal ideia foi enunciada pioneiramente pelo iluminista setecentista Cesare Beccaria,³ o qual advertia seus coetâneos de que “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública” –

2 Décret du 9 octobre 1789 sur la réforme de la procédure criminelle. In: Archive Parlementaires de 1787 à 1860 – Première série (1787-1799) Tome IX - Du 16 septembre au 11 novembre 1789. Paris: Librairies Administrative P. Dupont, 1877. p. 396, itálico no original.

3 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, s/d, p.14 e 15.

HC 156583 AGR / RS

integrado por parcelas de liberdade entregues pelos cidadãos ao Estado, em custódia – “são injustas por natureza”. Observava, ainda, que qualquer exercício do direito de punir “que desse fundamento se afaste, constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais poder legítimo”.

Daí a previsão, ainda que tardiamente acolhida em nosso ordenamento constitucional e legal, no sentido de que as ordens judiciais não podem emanar da simples vontade subjetiva dos julgadores e nem veicular meras fórmulas legais ou jurisprudenciais desapegadas de um contexto fenomenológico real e concreto.

Nesse sentido, os renomados doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery enfatizam a importância da motivação das decisões judiciais, consignando que:

“[...] a motivação da sentença tem por escopo imediato demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo que às partes, a *ratio scripta* que legitima o decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição; mostra à parte sucumbente que a decisão não é fruto da sorte ou acaso, mas de atuação da lei; permite o controle crítico da sentença, possibilitando o dimensionamento da vontade do juiz e a verificação dos limites objetivos do julgado [José Rogério Cruz e Tucci. *Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada* (RP 56/223)]”.⁴

Na mesma linha tem-se o ensinamento do eminente processualista Antonio Magalhães Gomes Filho, a saber:

“[...] é imperiosa para o juiz a demonstração, na motivação, de que a lei foi *validamente* aplicada no caso submetido à sua apreciação. A legalidade de uma decisão não

4 NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016. p. 1247.

resulta da simples referência ao texto legal, mas deve ser verificada *in concreto* pelo exame das razões pelas quais o juiz afirma ter aplicado a lei, pois tal exame é que pode propiciar o efetivo controle daquela demonstração”.⁵

Tais lições incidem de modo particular no âmbito penal, porquanto a **decisão de mandar uma pessoa à prisão precisa sempre e obrigatoriamente levar em consideração a situação particular do investigado, acusado ou réu**, mostrando-se imprescindível que, em cada caso, o juiz justifique a necessidade de sua separação do convívio social, bem assim dos respectivos familiares e amigos, porquanto se cuida de medida estatal extrema, insuscetível de reparação posterior, na hipótese de ocorrer eventual equívoco ou excesso.

De qualquer forma, penso que, para solucionar a controvérsia posta nestes autos, nem se faria necessário ingressar na seara constitucional, podendo sua solução ser encontrada exclusivamente na legislação ordinária e na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, em consonância com os dispositivos constitucionais supramencionados, o art. 283 do Código de Processo Penal dispõe, com todas as letras, que:

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (grifei).

5 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Garantia da Motivação das Decisões Judiciais na Constituição de 1988. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (orgs.). *Processo Penal e Democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 61.

De outra parte, o art. 381, III, do CPP, estabelece, como requisito inafastável da sentença (aqui, evidentemente o termo abrange toda e qualquer decisão judicial, seja de que instância for), “**a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão**” (grifei). Trata-se de formalidade essencial, cuja ausência acarreta nulidade, segundo dispõe o art. 564, IV, do mesmo diploma legal.

Convém ressaltar, por oportuno, que, até o presente momento, os referidos comandos legais não foram alvo de nenhuma declaração de inconstitucionalidade, encontrando-se, em consequência, plenamente vigentes, razão pela qual devem ser escrupulosamente cumpridos pelas autoridades estatais, em particular pelos juízes e tribunais criminais, jungidos que estão ao princípio da legalidade estrita.

Em complemento, observo que Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015), por sua reconhecida modernidade e inegável sofisticação técnica, incorpora princípios e regras que representam verdadeiras normas gerais aplicáveis à processualística pátria. E é exatamente nele que se vai encontrar, de modo subsidiário, a plena compreensão da expressão “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, abrigada no CPP, admitindo-se, apenas *ad argumentandum tantum*, que tal seja preciso, dada a clareza do texto.

Com efeito, o NCPC estabelece, de forma inequivocamente pedagógica, no art. 489, § 1º, o quanto segue:

“§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem

explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - **invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;**

IV - **não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo** capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - **se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula**, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - **deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento**" (grifei).

Ora, afigura-se injustificável que esses dispositivos legais, que acabaram de entrar vigor, direcionados a todos os magistrados brasileiros e, de resto, consentâneos com a mais abalizada doutrina sobre a questão, não sejam aplicados também ao processo penal, cujo escopo, por excelência, consiste em viabilizar a mais ampla defesa das pessoas acusadas da prática de algum crime.

Faz parte intrínseca do elevado múnus desempenhado pelo magistrado - protegido, para agir com independência, pelos predicamentos da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos - **a obrigação de assumir o intransferível ônus moral de chamar para si a grave responsabilidade de privar uma pessoa de sua liberdade, ainda que seja por um breve período de tempo, olhando diretamente nos olhos do réu e de sua defesa.**

Essa é, ademais, uma obrigação deontológica do juiz, que decorre do vigente Código de Ética da Magistratura, o qual assenta, em seu art. 8º, que compete aos julgadores, para demonstrar imparcialidade, buscar "nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das

HC 156583 AGR / RS

partes”, além de evitar “todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”. Isso só é alcançado, como é evidente, quando se motiva todas as decisões judiciais, sejam elas finais ou mesmo interlocutórias.

Se assim não fosse, bastaria que os juízes delegassem a tarefa de decretar a prisão de alguém a alguns serventuários da Justiça, dotados carimbos padronizados, ou a programas de computador, os quais determinariam automaticamente o recolhimento dos réus à prisão, tão logo publicada a sua condenação em segundo grau.

Ocorre que, para a perplexidade geral da comunidade jurídica, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região adotou, como regra, a decretação automática do cumprimento antecipado da pena, após a conclusão do julgamento em segunda instância, com base exclusivamente na aludida Súmula 122.

Aliás, numa circunstância que em tudo se assemelha à hipótese dos autos, porquanto também envolveu o verbete 122 do TRF-4, o decano desta Corte, o Ministro Celso de Mello, com peculiar maestria, assentou o seguinte:

“[...] como já salientado, o E. TRF/4ª Região, ao determinar que o magistrado federal de primeira instância adotasse as medidas necessárias ao início da execução provisória da condenação penal, limitou-se, *sic et simpliciter*, a mencionar o conteúdo da Súmula 122 daquela colenda Corte regional [...], abstando-se, no entanto, de fundamentar, de modo adequado e idôneo, a ordem de prisão, assim transgredindo o que prescreve (e impõe) o inciso IX do art. 93 da Constituição da República, que estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...].

É importante advertir, neste ponto, que a jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal, em orientação que se reflete na doutrina (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, Processo Penal, vol. 4/183, 11ª ed., 1989, Saraiva, v.g.), posiciona-se no sentido de reconhecer que a fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais (HC 80.892/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

‘É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões estatais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela ordem constitucional, reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos que veiculam a privação da liberdade individual, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos às autoridades públicas. Não se pode jamais esquecer que a exigência de motivação dos atos judiciais constritivos da liberdade individual deriva de postulado constitucional inafastável, que traduz expressivo elemento de restrição ao exercício do próprio poder estatal, além de configurar instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário, de tal modo que a inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Constituição Federal, precisamente por afetar a legitimidade jurídica dessas deliberações estatais, gera, de maneira irremissível, a sua própria nulidade’ (HC 95.034/PE, Rel. Min. Celso de Mello).

Sendo assim, e tendo presentes as razões expostas, defiro o pedido de medida cautelar, para, até final julgamento deste recurso ordinário em *habeas corpus*, suspender, cautelarmente, o início da execução da pena determinada nos autos do Processo nº 0011760-56.2008.4.04.7100/RS, do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, restando impossibilitada, em consequência, a efetivação da prisão de Wolf Gruenberg em decorrência da condenação criminal (ainda não transitada em

HC 156583 AGR / RS

julgado) que lhe foi imposta no Processo-crime nº 2008.71.00.011760-5 (7ª Vara Federal de Porto Alegre/RS) RHC 129.663-AgR-ED-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello; grifei).

Tal como corretamente ressaltado pelo decano desta Casa, no julgado acima transcrito, também entendo que, na hipótese sob exame, a **mera menção ao verbete do TRF-4 para determinar prisões, de forma automática, sem levar em consideração a exigência da individualização das penas e da fundamentação das decisões, ofende, de forma contundente, não apenas os mandamentos constitucionais e legais vigentes, bem como a legislação ordinária aplicável e ainda a orientação jurisprudencial pacífica desta Suprema Corte, sintetizada no julgado abaixo, de acordo com o qual:**

“A exigência de motivação da individualização da pena - hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) -, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica, e esta, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar” (HC 69.419/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, grifei).

Assim, decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região que contenham apenas a remissão aos julgados deste Supremo Tribunal ou à Súmula 122 editada por aquele pretório, como fundamento único para decretar o início da execução provisória da pena imposta aos pacientes, ainda pendente de trânsito em julgado, não se mostram, a meu sentir, revestidas de motivação hábil e suficiente, sobretudo se contrastadas com a legislação processual penal aplicável, que encontra espeque, em especial, no art. 93, IX, da Constituição, o qual exige a fundamentação de todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

HC 156583 AGR / RS

Registro, ainda, que o entendimento deste Supremo Tribunal sobre a **possibilidade** de execução antecipada da pena após a confirmação da condenação em segunda instância vem sendo, em boa hora, objeto de interpretações consentâneas com o texto constitucional e a legislação processual pertinente, pautadas pela ótica da proporcionalidade e da razoabilidade, em decisões prolatadas pelos mais distintos tribunais do País, mas em particular por esta Suprema Corte.

Nesse sentido, menciono que, mesmo após o julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Marco Aurélio deferiu liminares para suspender a execução provisória da pena, de forma automática, como pode ser visto nos HCs 144.712-MC/SP, 145.380-MS/SP, e 146.006-MC/PE.

Do mesmo modo, ao relatar o HC 142.173/SP, perante a Segunda Turma, o Ministro Gilmar Mendes adiantou uma mudança do seu posicionamento, externado no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, ocasião na qual compôs a maioria, consignando em seu voto que:

“No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.

Assinalo também minha preocupação com a decretação da prisão preventiva, de modo padronizado, sem que o

HC 156583 AGR / RS

magistrado aponte concretamente a necessidade da medida extrema.

Registro também que o STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória.

Evidenciado o constrangimento ilegal, em razão da ausência de demonstração da imprescindibilidade da medida extrema, esta Corte deverá invalidar a ordem de prisão expedida” (grifei).

Por isso, com a devida vênia, ousou manifestar, uma vez mais, o meu assombro diante da guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de esta Suprema Corte haver assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra em situação falimentar.

Naquela ocasião, o STF, de forma uníssona, afirmou que as prisões do País se achavam em um “estado de coisas inconstitucional”. Não obstante, poucas sessões depois, numa controvertida decisão majoritária, a Corte resolveu facilitar a entrada de presos provisórios neste verdadeiro “inferno de Dante” que é o sistema prisional brasileiro.

Em outras palavras, abrandou esse **princípio maior da Carta Magna**, qual seja, o **da presunção de inocência**, que configura verdadeira **cláusula pétrea**, de resto idealizada pelos constituintes de 1988 com o patriótico escopo de evitar que os abusos perpetrados durante o regime autoritário de 1964 voltassem a se repetir.

E, nesse particular, ressalto que a decretação automática da prisão do réu com base exclusivamente no mencionado enunciado sumular do TRF-4 **contribui de forma direta para a perpetuação e o agravamento das**

severas disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, fazendo aumentar ainda mais a superpopulação carcerária e a precariedade das condições dos presídios.

Conforme dados mais recentes, extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, no ano de 2016, a população carcerária correspondia a 726.712 presos, dos quais cerca de 40% eram provisórios (sem condenação definitiva). E a taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro era, naquele ano, de 197,8%.⁶

Ademais, como se sabe, a política de encarceramento em massa é extremamente onerosa aos cofres públicos, pois, de acordo com informações do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, mesmo nas precárias condições atuais, os Estados gastam, em média, cerca de R\$ 2.400,00 por mês para a manutenção de cada detento.⁷ Já o custo médio de construção de cada nova vaga corresponde a R\$ 44.000,00, segundo matéria elaborada a partir de informações do Departamento Penitenciário Nacional-DEPEN, o qual, em suas projeções, estima que seriam necessários R\$ 11 bilhões para suprir o déficit de 250 mil vagas no sistema prisional e que teriam de ser gastos R\$ 7 bilhões por ano para manter o serviço.⁸

Essas, aliás, foram algumas das razões pelas quais o Plenário desta Suprema Corte reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, tal como deflui do julgamento da ADPF 347 MC/DF.

6 Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

7 <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custam-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>

8

www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/01/12/interna_politica

Por oportuno, transcrevo os seguintes trechos daquele julgado, que extraio do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, *verbis*:

“A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.

É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada cultura do encarceramento.

[...]

Com relação aos problemas causados pela chamada cultura do encarceramento, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a

União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados” (grifei).

Um dos principais fatores responsáveis pela superlotação em nossas cadeias é o uso excessivo, desproporcional e inadequado de prisões provisórias, muitas decretadas de forma totalmente indevida, porquanto, consoante revelou estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-IPEA, 37,2% dos réus que cumprem prisão provisória não são condenados à pena privativa de liberdade ao final do processo, mas absolvidos ou condenados a penas e medidas alternativas.⁹

Tal decorre, como já aventado por alguns analistas, seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana das pessoas encarceradas.

Essa situação se agrava sobremaneira com a edição do enunciado sumular 122 do TRF-4, que, como visto, estabelece a automaticidade da prisão do condenado em segunda instância, afastando-se radicalmente do que dispõem a Constituição e as leis, bem assim dos precedentes desta Suprema Corte, os quais, a despeito de ter dado azo a uma série infundável de antecipações de execuções Brasil afora, consignou, inequivocamente, que **o início do cumprimento da pena, após a**

9 <https://apublica.org/wp-content/uploads/2015/02/pesquisa-ipea-provisorios.pdf>

condenação em segunda instância, constitui apenas uma possibilidade.

Portanto, ao reconhecer que **a execução antecipada da pena é tão somente uma possibilidade**, o STF deixou claro que ela **não é automática**, devendo ser, sempre e necessariamente, motivada. E, desde que se mostre imprescindível, a prisão só pode ser decretada com base nos requisitos a que alude o art. 312 do Código de Processo Penal, porquanto, antes do trânsito em julgado, ela nunca deixará de apresentar a natureza de uma prisão cautelar.

À toda a evidência, decisões que apenas fazem remissão a julgados deste Tribunal ou a súmulas de tribunais para decretar a prisão, como é o caso daquelas que atingiram as pessoas que figuram como pacientes neste HC coletivo, não se mostram, repito, segundo penso, revestidas de fundamentação hábil e necessária, à luz do que estabelecem a Constituição e as leis do País, o qual, segundo o texto magno, encontra-se instituído como um Estado Democrático de Direito

Diante desse quadro, considerada a intolerável manifestação de arbítrio judicial representada pela decretação de prisões desacompanhadas da necessária fundamentação, nas quais se demonstre a efetiva necessidade do encarceramento, bem assim à vista da sistemática supressão de direitos imposta aos custodiados nos estabelecimentos prisionais brasileiros, forçoso é concluir que a Súmula 122 do TFR-4 afigura-se flagrantemente inconstitucional e ilegal, no aspecto em que preconiza a prisão automática, sem motivação, a partir do julgamento em segunda instância.

Isso posto, dou provimento ao presente agravo regimental para conceder a ordem de *habeas corpus*, reconhecendo a inconstitucionalidade e a ilegalidade da Súmula 122 do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, no ponto em que consigna o seguinte: “Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, **deve ter início a execução da pena** imposta ao

HC 156583 AGR / RS

réu [...]”. Em consequência, decreto a nulidade de todas as prisões impostas com base unicamente nela, sem uma motiva o individualizada, concreta e específica.

Em elabora o