



CÉSAR MAXIMIANO DUARTE

CASE DE APLICAÇÃO DE HERMENÊUTICA NO ÂMBITO JURÍDICO

SOROCABA/SP

2021

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo expor um caso real de aplicação hermenêutica no ambiente jurídico.

O caso escolhido trata-se de uma petição de *habeas corpus*, realizada por um advogado criminalista ao Supremo Tribunal Federal, buscando a liberdade de um réu preso por tráfico ilícito de entorpecentes.

Referida peça processual diferencia-se das demais por ter como fundamento quase que exclusivo o ataque aos malabarismos hermenêuticos e exegéticos perpetrados pelo juízo de primeiro grau, pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, igualmente, pelo Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça.

Deste modo, a peça a ser estudada aponta os equívocos hermenêuticos, e, assim o fazendo, traz à luz as boas hermenêutica e exegese, necessárias ao julgamento justo do caso concreto.

Ademais, a petição também denuncia a reiterada prática do desvirtuamento hermenêutico, perpetrada por grande parte dos juízes brasileiros, e que merece ataque e reparo.

2. DESCRIÇÃO DO CASO

Tratou-se de caso em que o paciente, ou seja, aquele que está preso, carregava consigo, para consumo pessoal, cerca de novecentos e noventa gramas de *cannabis sativa L*, vulgarmente conhecida como “maconha”.

A petição que se irá estudar não adentra pormenorizadamente ao mérito da questão, mas aborda somente o descabimento da prisão preventiva ao caso, uma vez que é necessário, para a sua decretação, a comprovação de perigo na liberdade do indivíduo preso (*periculum libertatis*).

O que se percebe, não só no caso em análise como na maioria maciça das ocorrências que envolvem apreensão de drogas, é que a prisão preventiva, ou seja, anterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tem sido usada como verdadeira ferramenta de punição antecipada, sendo muitas vezes despida de fundamentos jurídicos válidos. Os juízes, todavia, determinam a segregação do indivíduo, utilizando-se dos dispositivos legais, todavia transgredindo sua interpretação, em um verdadeiro “estupro hermenêutico”.

A petição a ser analisada é bem instrutiva, e esclarece como os juízes deturpam os mandamentos legais – e até constitucionais, afastando-se completamente dos princípios norteadores das leis, e que deveriam também nortear a prática jurisdicional.

3. A PETIÇÃO

Com o intuito de preservar as partes, o presente estudo trará somente as considerações de fato e de direito (hermenêutica), suprimindo, por conta, nomes, datas e outros detalhes particulares que tenham sido colocados no corpo da petição.

Feita tal ressalva, o que segue, então, é a íntegra da peça de *habeas corpus*.

PRELIMINAR DE MÉRITO

a) Os objetos imediato e mediato do presente *writ*

O que se quer combater nestas linhas é a irregular prisão do paciente, e este é o objeto imediato de crítica. Contudo, o que se escancara é um conjunto de estratégias decisoriais largamente utilizado pelos magistrados de todo o Brasil, que, ante a ausência de robustez para a decretação do cárcere cautelar, utilizam-se de proposições logicamente falaciosas para tentar validar aquilo que se reputa como verdadeiro abuso de jurisdição. Este é o objeto mediato, e a verdadeira causa criadora do objeto imediato.

b) O cabimento do presente *habeas*

O art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal determina que há de ser concebido *habeas corpus* **sempre que alguém sofrer coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.**

É o que está a fluir no presente caso, como se pretende deixar evidente nas vindouras linhas.

Ademais, a mesma Constituição Federal, desta feita em seu art. 102, inciso I, alínea *i*, determina que **é de competência do Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento, originariamente, de habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior.**

Como o coator é o Superior Tribunal de Justiça (STJ), entendem ser de vossa competência o julgamento deste *writ*.

I – BREVÍSSIMA SÍNTESE FÁTICO-PROCESSUAL

No dia [SUPRIMIDO], o paciente estava se mudando de sua cidade para a cidade de Ubatuba/SP. Para tanto, utilizava-se do veículo [SUPRIMIDO], placas [SUPRIMIDO], onde levava seus pertences.

Usuário contumaz de *cannabis sativa L*, vulgarizada pela fama de “maconha”, o paciente ouvira os conselhos de sua mãe, que, apesar de ser contrária ao uso da erva pelo filho, por preocupar-se com sua segurança, pediu-lhe que comprasse quantidade significativa, a fim de não necessitar frequentar, na nova cidade, lugares desconhecidos e provavelmente perigosos.

E foi assim que [O PACIENTE], a caminho de sua nova morada, fora abordado por policiais rodoviários federais e, ato contínuo, preso como traficante de drogas por portar 992,5 gramas de “maconha” que, em verdade, trazia consigo **para consumo pessoal**.

Pesem as condições da prisão e a ilibada vida pregressa do réu, a prisão em flagrante, às de praxe, fora convertida em prisão preventiva no dia [SUPRIMIDO].

No mesmo dia, requereu-se ao juízo da causa a revogação da prisão preventiva, posto que inexistentes seus requisitos autorizadores.

No dia [SUPRIMIDO], o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu a denúncia, sendo a defesa prévia ofertada no dia [SUPRIMIDO].

No dia [SUPRIMIDO], **quase três meses após o pedido de revogação da prisão preventiva**, o juízo de piso o denegou.

Neste meio-tempo, foi impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça respectivo, que o denegou, do que se impetrou novo *habeas corpus* ao STJ, que, basicamente pelos mesmos motivos, igualmente denegou a ordem.

É o necessário para se concluir que, como há de se verificar, está a ocorrer, não só neste caso, mas em **praticamente todos os casos que envolvem a apreensão de certa quantidade de drogas**, um **verdadeiro desvirtuamento hermenêutico, completamente avesso aos ditames legais**, e que, portanto, merece vossa douta atenção, pela qual rogam as impetrantes desde já.

II – O DESVIRTUAMENTO HERMENÊUTICO

a) A inversão do ônus da prova e a morte da presunção de inocência

O disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, como bem ensina a farta doutrina pátria, vai muito além da necessidade do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para que alguém seja considerado culpado.

Em verdade, tal dispositivo é a materialização de um arquétipo principiológico muito mais amplo, qual seja o ***princípio da presunção de inocência***.

Por ser princípio, sua abrangência é (ou ao menos deveria ser) integral. Inclusive, é este o principal norte do art. 312 do Código de Processo Penal, que traz os **requisitos** para a decretação da prisão preventiva. Vejamos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

O que deriva de mais esta materialização do metafísico princípio da presunção de inocência é que, para prender alguém antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é (ou ao menos deveria ser) fundamental a **comprovação inequívoca de periculum libertatis**.

E, por atenção a esta regra transcendental, que infelizmente vinha sendo rotineiramente desdenhada pelo Poder Judiciário como um todo, o legislador, em não tão recente modificação legislativa, trouxe o parágrafo 2º ao referido art. 312, que determina o óbvio:

§ 2º. A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Contudo, *in casu*, verifica-se o **total desvirtuamento do princípio da presunção de inocência** - o D. Min. Relator do Superior Tribunal de Justiça, após citar a cabeça do art. 312 do Código de Processo Penal, concluiu do modo que segue:

Portanto, caso a liberdade do acusado não represente perigo à ordem pública, econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, não se justifica a prisão.

Trata-se de desvirtuamento hermenêutico, que pode passar despercebido aos olhos da maioria, mas, aos mais atentos, **estampa a incoerência jurídica que contém em si**, incoerência esta que produz um estado de encarceramento inconstitucional. Analisemos.

O princípio em estudo, que se traduziu no referido art. 312, **determina que só se pode prender preventivamente se presentes os requisitos autorizadores, e dentre eles está o periculum libertatis**. Isso significa dizer que, **para prender, é necessário PROVAR o perigo da liberdade**, e não o oposto, como pretende o D. Ministro!

Em sua conclusão, o N. Relator desmedidamente inverte o ônus da prova, dizendo que **caso a liberdade do acusado não represente perigo, aí então não se justifica a prisão**.

Pois não é o réu que deve provar que sua liberdade não representa perigo, mas sim a acusação que deve(ria) trazer ao conhecimento do juiz comprovações bastantes em relação à periculosidade do réu.

E é se utilizando de tais “detalhes” aqui e acolá que o Poder Judiciário vem colocando usuários e traficantes de drogas no mesmo caldo criminoso, encarcerando desmedidamente, e, o que é pior, querendo dar roupagem de pertinência jurídica a ações tão custosas à sociedade.

b) A necessária deficiência exegética para a manutenção do cárcere

Como já citado alhures, o legislador fez questão de positivar a compreensão que se desdobra do princípio da presunção de inocência no sentido de que **a decisão que decreta o cárcere preventivo deve estar pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime**.

Infelizmente, nem o princípio norteador, nem o dispositivo legal foram capazes de fulminar os verdadeiros achismos dos magistrados envolvidos. O D. Ministro Relator do STJ citou trecho do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou o *habeas* lá impetrado. Ei-lo:

O fato imputado ao autuado é concretamente grave, ante a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente (992,5 gramas de maconha), o que indica, em análise perfunctória, envolvimento não superficial com o narcotráfico, sendo elevado o risco de reiteração delitiva (...).

Do que se trata tal trecho se não de uma consideração genérica e vazia sobre a gravidade do crime? Todavia, o juízo bandeirante vai além: **a quantidade de droga (992,5 gramas de maconha) é o suficiente, EM ANÁLISE PERFUNCTÓRIA, para COMPROVAR ENVOLVIMENTO NÃO SUPERFICIAL COM O NARCOTRÁFICO E ELEVADO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA.**

A um: qual é a irrefutável prova de envolvimento com o narcotráfico que o isolado fato de portar menos de um quilo de “maconha” traz aos autos?

A dois: donde se deriva a certeza de existir elevado risco de reiteração delitiva, dado ser o réu primário e de bons antecedentes?

A verdade é uma só, Excelências, e para expô-la pedem todas as vênias: o Poder Judiciário, na menor das dúvidas, tem encarcerado os indivíduos que são pegos com drogas. **As explicações nada convencem, posto que despidas de motivação idônea,** mas o que subsiste é o poder, unicamente o poder, sem qualquer respeito à tão necessária fundamentação lógico-jurídica válida para se promover a prisão de alguém.

E tal assertiva não é leviana: torna-se, ao contrário, mais e mais evidente quando se continua a leitura da decisão do TJ bandeirante, citada pela ora autoridade coatora:

Da mesma forma, restou demonstrado o periculum libertatis. Em análise à decisão, constata-se que **o paciente foi preso** em flagrante por policiais rodoviários, quando transportava expressiva quantidade de Cannabis sativa L. em seu veículo. Assim, malgrado o paciente seja primário, **as circunstâncias elencadas,** especialmente a expressiva quantidade de droga apreendida, indicam a gravidade concreta da conduta e justificam a manutenção da custódia cautelar para garantia da ordem pública. [grifamos]

Rogam que se responda: **ter sido preso por policiais militares é, per si, uma circunstância que indica a gravidade concreta da conduta?** O Tribunal de Justiça paulista literalmente “finge” ter elencado circunstâncias, quando, de fato, não o fez. E não o fez por um motivo óbvio: elas não existem!

O Desembargador estadual, ainda nesta esteira de verdadeiro abuso exegético, **elenca como circunstância a própria materialidade do crime** (que, segundo ele, é a “*expressiva quantidade de droga apreendida*”). E, por este motivo, declara justificada a “*manutenção da custódia cautelar para garantia da ordem pública*”.

Oras, o que o Desembargador fez foi exatamente descumprir a **vedação a considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime para a segregação preventiva.**

E foi exatamente neste *gap* lógico-hermenêutico que o D. Ministro Relator do STJ, ora autoridade coatora, apegou-se para denegar a ordem. Vejamos:

Assim, à luz dos trechos acima transcritos, é necessário verificar que **a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando, sobretudo, a considerável quantidade de drogas apreendida – 992,5g de maconha –, circunstância essa que, além de demonstrar a gravidade exacerbada da conduta perpetrada, evidencia a periculosidade social do acusado, apontando para um significativo envolvimento com a narcotraficância.** [negritamos]

A utilização, pela autoridade coatora, do termo “sobretudo” funcionara como a falsa máscara da legalidade. Não há de se falar em “*sobretudo*”, pois não há o “*tudo*” pretendido: **a única coisa que há é menos de um quilo de “maconha”, e nada, absolutamente nada mais.**

c) O cerrar de olhos para o *distinguishing* entre a jurisprudência paradigma, as próprias bases decisoriais e o caso concreto

O D. Ministro Relator do STJ, com o fito de explicar sua decisão, afirmou que “*as circunstâncias fáticas do crime, como a grande quantidade apreendida, a variedade, a natureza nociva dos entorpecentes, a forma de acondicionamento, entre outros aspectos podem servir de fundamentos para o decreto prisional quando evidenciarem a periculosidade do agente e o efetivo risco à ordem pública, caso permaneça em liberdade*”.

Oras, são as próprias palavras da D. autoridade coatora que determinam ser necessário um **conjunto de circunstâncias fáticas para evidenciar o risco à ordem pública**, dentre elas a quantidade apreendida, a variedade, a natureza nociva dos entorpecentes, a forma de acondicionamento, entre outros aspectos, sendo que **o que há no caso concreto é a apreensão, com o paciente, de menos de um quilo de “maconha”.**

E foi deste modo, negligenciando o necessário liame entre seus próprios fundamentos e o caso em concreto, que a D. autoridade coatora juntou jurisprudência do Pretório Excelso, *decisum* da lavra da E. Ministra Carmen Lúcia que assim declarou:

Nesse sentido, o Supremo Tribunal assentou que “a gravidade concreta do crime, o *modus operandi* da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciados pela **expressiva quantidade E pluralidade de entorpecentes** apreendidos, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública” (HC n. 130.708/SP, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 06/04/2016). [grifamos e colocamos em caixa alta]

De se observar o conectivo lógico “E”, retro grifado, da decisão de Vossa Casa: trata-se de conectivo conjuntivo, implicando que, de fato, **é a somatória das evidências, quais sejam QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS**, que é capaz de evidenciar a gravidade concreta do crime e a periculosidade do agente.

De se lembrar que se trata de flagrante delito em que um réu primário, de bons antecedentes, comprovadamente trabalhador, foi pego com porção moderada de maconha, pois estava a se mudar para outra cidade, levando consigo quantidade de entorpecente necessária para não a adquirir na nova e parcialmente desconhecida cidade.

Nítido, portanto, que, até o presente momento, todos os magistrados que se debruçaram na temática ora abordada, e neste rol se inclui a autoridade coatora, D. Ministro do STJ, simplesmente se utilizaram de manobras hermenêutico-exegéticas que se afastam do princípio da presunção de inocência, e, por consectário, de todos os ditames legais referentes ao tema, como o art. 5º, LVII, da Constituição Federal e o art. 312, *caput* e parágrafos, do Código de Processo Penal.

4. APRECIÇÃO CRÍTICA

Como já dito, trata-se de petição que foge da média (o que não significa ser boa ou má, tão só diferente), pois se debruça quase que exclusivamente nas contravenções hermenêuticas de um punhado de juízes: o de piso, o de segundo grau e um dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Interessante notar a utilização, pelo advogado, do *círculo hermenêutico*, partindo dos dispositivos legais (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e art. 312 do Código de Processo Penal) para se chegar ao princípio norteador, que está além, e, portanto, é muito mais abrangente que os próprios dispositivos. Seria, em uma análise kantiana, a localização do imperativo categórico. Após tocar o princípio da presunção de inocência, o advogado faz o caminho de volta, destinado ao caso em concreto.

Além de demonstrar, através do *círculo*, quão distantes da boa técnica hermenêutica estão os juízes analisados, o advogado também ataca a paupérrima exegética dos magistrados, que simplesmente descartam construções lógico-gramaticais básicas, com o intuito de, conspurcando a lei, atingir seu intento, que é o cárcere desmedido e infundado do paciente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um ditado, mui sábio, que diz que “o poder sem moral converte-se em tirania”. É o que se tem visto do Poder Judiciário brasileiro: um Poder que nada mais respeita, senão os seus próprios achismos; um poder que nada mais almeja, senão suas próprias vontades.

E a ferramenta que vem sendo utilizada para a perpetração da “tirania dos togados” é exatamente o “estupro da hermenêutica e da exegese”. Muito desse *status quo* se deve à classe dos advogados, que, diante de verdadeiras aberrações lógicas, deixaram e deixam de fazer o que deve ser feito, acovardando-se em brandas petições, tudo em nome do bom relacionamento com a tirania, a fim de, obviamente, tentar de algum modo ser atingido pela “benevolência” dos ditadores.

A petição analisada é daquelas poucas que denunciam o erro, que apontam o absurdo, que transcendem os interesses pessoais em busca daquilo que se costumava chamar de Justiça.

Enquanto tais petições forem a minoria, o poder dado ao juiz continuará conduzindo-o ao orgulho, e o orgulho à insolência. Se a sociedade, a começar pelos advogados, corajosamente arvorar-se para apontar essas perniciosas ferramentas jurisdicionais, o Poder Judiciário só terá uma opção: fazer o certo.

Um poder odioso só não é duradouro se encontrar contra si aqueles que bradam pelo que é certo.