

Entrevista: Thiago Bottino, professor de Direito da FGV-Rio

18/05/2014



Proferida em agosto de 2012, a [decisão](#) do ministro

Marco Aurélio, na qual negou a possibilidade do Habeas Corpus como substitutivo do Recurso ordinário, determinou nova jurisprudência sobre o tema no Supremo Tribunal Federal. A partir daí, o Superior Tribunal de Justiça e os demais tribunais seguiram o mesmo entendimento e passaram a não conhecer mais os pedidos em HC que achassem que caberiam em recursos.

A medida, adotada como forma de administrar a sobrecarga de pedidos de HCs que chegam a Brasília todos os dias, revelou outro grave problema da Justiça brasileira: a incapacidade do STF e do STJ em comunicar aos demais tribunais, de maneira eficiente, a jurisprudência que aplicam.

A avaliação é do professor **Thiago Bottino**, responsável pela coordenação da pesquisa "Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas Corpus nos Tribunais Superiores", desenvolvida pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio) a pedido do Ministério da Justiça.

"Mais importante do que fechar a porta é saber por que existe essa demanda altíssima de Habeas Corpus. Foi esse o interesse do Ministério da Justiça ao encomendar a pesquisa", explica Bottino, em entrevista exclusiva concedida à revista eletrônica **Consultor Jurídico**.

De acordo com o professor, o estudo mostra que os ministros do Supremo e do STJ deveriam priorizar a identificação dos temas de maior demanda que chegam às cortes e transformá-los em súmulas. “No momento em que fizerem isso, vão comunicar mais rápido às instâncias de baixo e, conseqüentemente, o entendimento vai se uniformizar e não se terá mais tantos recursos subindo”, acredita.

Coordenar por seis meses o trabalho de leitura e classificação de 13,8 mil Habeas Corpus ajudou a construir essa convicção, admite o doutor em Direito pela PUC-RJ, que dedica seu tempo às aulas de Direito Penal na UFRJ e na FGV-Rio, onde também coordena a graduação.

O universo retratado pela pesquisa corresponde a 5% dos pedidos de HC que aportaram nas cortes superiores entre 2008 e 2012. Durante os cinco anos analisados, foram impetrados, em média, 180 pedidos de HC por dia no STJ e 30 no STF.

Além de profissionais e estudantes de Direito, o time de 30 pessoas envolvido na empreitada incluiu um matemático e um técnico em TI. Isso possibilitou explorar mais bem os números para responder a perguntas como: “quais os tipos penais mais comuns entre os HCs que chegam ao STJ e STF?”; “qual o ranking dos tribunais responsáveis pela maioria dos recursos?”; “como os ministros de Brasília julgam?”; “que tipo de decisão prevalece entre eles, colegiada ou monocrática?”.

Uma das surpresas da pesquisa foi a liderança isolada do Tribunal de Justiça de São Paulo entre os pedidos de HC que subiram ao Supremo e ao STJ, com 44% do total.

Para se ter ideia do que isso significa, ainda que se reunisse os recursos dos quatro tribunais seguintes no ranking — Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Distrito Federal —, não se chegaria nem à metade dos recursos originados no TJ-SP. Para Bottino, esse dado revela que juízes e desembargadores de São Paulo resistem a seguir a jurisprudência pacificada do STJ e STF.

Clique [aqui](#) para consultar o site exclusivo que permite explorar todas as variáveis da pesquisa, que foi lançada semana passada no TJ-SP, e tem lançamento previsto, no TJ do Rio, para o próximo dia 2 de junho. Depois, o Ministério da Justiça deverá lançar oficialmente o estudo em Brasília, na sede da Ordem dos Advogados do Brasil. A data ainda será confirmada. Clique [aqui](#) para ler a pesquisa no formato tradicional, com a análise dos números.

Leia a entrevista:

ConJur — O que motivou o Ministério da Justiça a encomendar essa pesquisa?

Thiago Bottino — No fim de 2012, o Supremo Tribunal Federal, por meio do ministro Marco Aurélio, que relatou a [decisão](#), mudou a orientação no que diz respeito ao Habeas Corpus e passou a não conhecer mais o HC em determinados casos. Deferir ou não deferir é uma coisa, outra é não analisar nem o mérito, simplesmente não conhecê-lo.

ConJur — Em que tipo de situação isso passou a ocorrer?

Thiago Bottino — O Supremo e o STJ passaram a não conhecer o HC em um caso muito particular. Digamos que um juiz pratique uma ilegalidade. O advogado recorre ao tribunal.

Normalmente se faz isso por meio de um HC, visto que em muitas decisões não cabe Apelação e a única via é mesmo o HC. Caso o tribunal negue, pode-se recorrer ao STJ. O recurso correto seria o Recurso Ordinário de Habeas Corpus. Mas, nesse caso, é preciso aguardar a publicação do TJ. Quanto tempo isso pode levar? Uma semana, um mês, um ano?

ConJur — Chega a um ano?

Thiago Bottino — Em alguns casos, até passa de um ano. E o que fazer com quem está preso injustamente? Se o advogado não pode entrar com recurso, faz um Habeas Corpus em substituição no STJ. Se o STJ nega, o caminho seria impetrar um recurso no STF. Mas o advogado costuma entrar logo com um HC substitutivo, o que, aliás, sempre se fez. Porque, na prática, não há diferença entre um recurso e um HC.

ConJur — Se não há diferença, por que o STJ e o STF negam?

Thiago Bottino — No seu voto, o ministro Marco Aurélio Mello diz que existe uma quantidade absurda de processos no Supremo e que não há condições físicas e materiais de dar conta dessa demanda. Afirma, então, que só reconhecerá o pedido se ele vier no meio próprio, ou seja, no recurso. O que ele está fazendo com isso? Ganhando tempo.

ConJur — Fechando uma das portas...

Thiago Bottino — Quando o Supremo fez isso, o STJ decidiu fazer o mesmo. Só que o STJ resolveu que além de HC substitutivo de Recurso Ordinário, também não aceitaria substitutivo de Recurso Especial nem de Revisão. Ocorre que todos os recursos são demorados e o Habeas Corpus era a via adotada pelo advogado para demonstrar que havia uma ilegalidade.

ConJur — Efeito dominó?

Thiago Bottino — Exatamente. Nesse momento, os Tribunais de Justiça resolveram que também não iriam mais reconhecer Habeas Corpus substitutivo de Apelação e de Agravo de Execução, como se o problema fosse o Habeas Corpus em si. Claro que isso vai reduzir o número de recursos, mas o que se perde do outro lado? Se impede que o cidadão tenha um caso conhecido de forma célere pela Justiça, o que é importante quando falamos de liberdade de locomoção. Imagine ficar até quatro meses preso porque o acórdão ainda não foi publicado? E se, mais tarde, ele tem reconhecido o direito de ficar em liberdade? Quem paga esse tempo que ele ficou preso a mais? Não tem como. O Ministério da Justiça reconhece que é um problema ter um volume tão grande de processos no STF e STJ, afinal, isso prejudica a prestação jurisdicional, as decisões demoram mais e a qualidade não é a mesma. Porém, mais importante que fechar a porta é saber por que isso está acontecendo. Foi para compreender esse fenômeno que o Ministério da Justiça encomendou a pesquisa.

ConJur — De quanto foi o crescimento de HCs?

Thiago Bottino — Analisando a média histórica de impetração de HCs, entre 2008 e 2012 [*período coberto pela pesquisa*] chegou a um pico de 6 mil no Supremo, em 2009. No STJ, o boom acontece em 2011, com 36,5 mil HCs, caindo um pouco em 2012, para 32,5 mil. No período, isso dá 180 HCs por dia no STJ e 30 no Supremo.

ConJur — Isso é sintoma ou doença?

Thiago Bottino — Sintoma. Trata-se de uma febre fortíssima.

ConJur — E a pesquisa descobriu a causa?

Thiago Bottino — São várias as causas. Pegamos uma amostra estatística de 5% de todos os HCs julgados no STJ e STF nesse período de cinco anos. Parece pouco, mas como trata de um universo grande, é muito representativo. Estatisticamente é perfeito. Pegamos casos aleatórios, mês a mês, tribunal a tribunal. Em seis meses de trabalho, a equipe leu e classificou 13,8 mil casos.

ConJur — A pesquisa levantou a origem desses HCs. Como está esse ranking?

Thiago Bottino — O primeiro lugar é de São Paulo, com quase 44%. Depois vem Minas Gerais, com 9,5%. Você vai me dizer: “ora, São Paulo é o estado mais populoso”. Ok, mas o estado que tem 21% da população do país concentrar 44% dos Habeas Corpus? A lista dos cinco primeiros reúne São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Distrito Federal. Curiosamente, se somar os HCs do segundo ao quinto colocado não chega à metade dos HCs originados em São Paulo.

ConJur — E a pesquisa ajuda a explicar essa liderança tão isolada?

Thiago Bottino — Essa análise passa pelo perfil de cada impetrante, que pode ser o advogado, o paciente ou a Defensoria Pública. Vale dizer que até 2008 o estado de São Paulo não tinha defensores públicos. O primeiro concurso para a Defensoria Pública ocorre em 2007, e os primeiros defensores tomam posse ao longo daquele ano. Em 2008, finalmente, a população de baixa renda de São Paulo passa a ter acesso aos tribunais superiores como nunca antes.

ConJur — E, assim, libera-se a demanda reprimida de jurisdicionados.

Thiago Bottino — Uma demanda reprimida brutal. De repente, uma boa parte da população passa a ter alguém que levará o seu caso para um tribunal superior. Hoje, Defensoria Pública impetra mais HCs no STJ que advogado. Em 2008, 53% dos HCs do STJ foram impetrados por advogados, e 36%, por defensores. Quatro anos depois, o cenário se inverteu: 47% dos HCs chegaram por meio da Defensoria e 44% pelos advogados. No Supremo o percentual de HCs impetrados pela Defensoria Pública também cresceu.

ConJur — Então, o aumento de HCs no STJ e no STF tem relação direta com a criação da Defensoria Pública em SP?

Thiago Bottino — O que não é algo ruim. Na verdade, o que esses números estão dizendo é que a Defensoria está com a razão e o TJ de São Paulo está errado.

ConJur — Quais os principais tipos penais relacionados a esses HCs?

Thiago Bottino — Em São Paulo, os tipos que predominam, pela ordem, são roubo, tráfico, homicídio e furto. Dentro de roubo, os temas que mais aparecem são progressão de regime, prisão cautelar, regime inicial de cumprimento — quando se discute se o cidadão vai cumprir a pena no regime aberto, semiaberto ou fechado —, regras de dosimetria e excesso de prazo.

ConJur — E a primeira conclusão foi...

Thiago Bottino — Que o TJ de São Paulo é muito resistente, diria até que em geral não segue a jurisprudência do STJ. Antes, quando não havia tantos recursos chegando a Brasília, ficava do jeito que estava. Mas com a chegada da Defensoria Pública, o índice de deferimento de HCs explodiu. Por exemplo, no tema roubo com erro na fixação do regime, a taxa de concessão no

STJ chega a 62%.

ConJur — O que é possível concluir disso?

Thiago Bottino — A questão é: o STJ está concedendo tantos HCs porque os ministros são bonzinhos, ou porque eles já examinaram esse tema, já firmaram uma jurisprudência e os tribunais de baixo não estão cumprindo?

ConJur — Qual a média de concessão de HCs no STJ e no STF?

Thiago Bottino — No STJ é 27%, uma média alta. A do Supremo é bem inferior, 8%.

ConJur — O tema do princípio da insignificância também aparece nesses HCs?

Thiago Bottino — Aparece muito. Aliás, uma das conclusões da pesquisa é que falta uma súmula sobre o tema. O princípio da insignificância não está na lei, na Constituição, no Código, em lugar nenhum. É uma construção jurisprudencial, doutrinária, e por essa razão, cada juiz decide de um jeito. Um decide que furtar melancia é insignificante, outro diz que furtar abóbora não é.

ConJur — Entre os tipos penais prevalentes, quais possuem entendimento pacificado e quais ainda não?

Thiago Bottino — Dos cinco, ao menos um, roubo, possui diferentes entendimentos pacificados no STJ e no Supremo. O roubo pressupõe violência e grave ameaça. Se eu roubo você com uma arma de verdade é uma coisa, mas com uma de brinquedo é outra. Por quê? A qualificadora do emprego da arma de fogo só vale quando a arma é de verdade. Se a arma for de verdade, sua vida está em risco e sua pena aumenta. Já a de brinquedo não é capaz de matar, logo, não haverá uma pena tão grave. Sempre é roubo, mas é preciso dar respostas diferentes, de acordo com a periculosidade da ação do sujeito. Aí eu pergunto: no roubo em julgamento foi usada uma arma de verdade, que não atira ou está sem balas. Nesse caso, aumenta-se ou não a pena?

ConJur — Sem entendimento pacificado, o juiz decide sozinho.

Thiago Bottino — Exatamente. Bastaria uma súmula para resolver esse impasse. Mas os ministros do STJ e do Supremo não sabem disso porque estão sentados em 36 mil processos e não conseguem digerir tudo aquilo. O que a pesquisa está dizendo é que o STJ e o Supremo precisam criar mecanismos para identificar o tema que mais cresce e buscar pacificá-lo. O que não pode é esperar um ano, dois anos, cinco anos. Identificou uma situação que está sendo discutida, pacifica logo. Porque isso vai arrefecer a demanda, seja para o lado mais liberal ou mais conservador. O pior de tudo é não pacificar, porque aí aumenta o número de processos e cria desigualdade. Se o tema não está pacificado, você vai ter na mesma cela dois presos que roubaram com arma que não atira, mas que terão penas diferentes porque seus casos foram decididos por juízes com entendimentos diferentes, ou, quem sabe, cada processo caiu em uma Turma do STJ.

ConJur — Isso não fere o princípio da isonomia?

Thiago Bottino — Não apenas isso. Ter casos iguais com tratamentos diferentes gera insegurança jurídica e aumenta o número de processos, além, claro, de criar uma situação de desigualdade entre pessoas que praticaram o mesmo fato. Hoje, o STJ e o STF ainda não sabem,

mas o tema do roubo com arma precisa ser enfrentado e pacificado.

ConJur — Súmula Vinculante do STF deve ser seguida pelos tribunais, já a Súmula do STJ tem caráter de sugestão. Isso se reflete nas decisões dos tribunais?

Thiago Bottino — No caso das Súmulas do STJ, o juiz e o desembargador têm independência para decidir como quiser. O problema é que quando se faz isso já sabendo que o outro tribunal pensa diferente. Nessa hora, o juiz está obrigando uma parte a recorrer. Ou, se aquela parte é mais humilde e não vai recorrer, está mantendo-a em uma situação de desigualdade em relação a que vai recorrer. Quando se diz que quem tem bom advogado consegue uma porção de coisas, é verdade, porque ele vai até a última instância, e assim consegue fazer valer o entendimento que já está pacificado, enquanto outros não conseguem. Isso vale para o crime, mas também para setores como cível e família.

ConJur — Entre as razões para o congestionamento de HCs no STJ e STF, alguma lhe chamou a atenção?

Thiago Bottino — A forma como é julgada a maioria desses casos. No Supremo as decisões monocráticas representam 68,8%, e no STJ, 59,4%. Isso é ruim, porque a expectativa é que quando o HC chega ao Supremo ele seja julgado por um colegiado. Se a decisão é monocrática, acabamos tendo a jurisprudência de cada ministro. Quando se leva o pedido de HC para o colegiado e se debate, o ministro que foi vencido vai aderir ao voto vencedor na próxima, justamente para manter a constância. Na decisão monocrática, não. A falta de um julgamento colegiado impede essa fixação de entendimento pacificado, de súmula. Fica cada um no seu quadrado, julgando sozinho, e isso não gera segurança jurídica, uniformidade de pensamento, nem diminui o número de processos. Vira uma loteria. O advogado passa a pensar, “se o meu caso cair com fulano eu ganho, se cair com sicrano eu perco”. Por outro lado, quando o julgamento acontece no Plenário, mesmo que seja por 6 a 5, acabou, ninguém vai levar aquilo de novo para o Plenário. No caso do STJ, as Turmas passam a julgar de acordo com o que foi decidido em Plenário.

ConJur — A alta demanda de processos é o motivo alegado para as decisões monocráticas, naturalmente.

Thiago Bottino — Mas enquanto os ministros julgarem assim, o volume de processos não vai diminuir.

ConJur — O que fazer, então?

Thiago Bottino — Identificar os temas com maior demanda, levá-los a Plenário, decidir e transformar em súmula. No momento em que fizerem isso, vão comunicar mais rápido para as instâncias de baixo, consequentemente o entendimento vai uniformizar e não se terá mais tantos recursos subindo.

ConJur — O julgamento colegiado no STF e STJ já não cumpriria esse papel?

Thiago Bottino — Mas ele comunica menos do que a súmula. O juiz que compra uma nova edição do Código Penal encontra a lei acompanhada das súmulas. Nem sempre ele lê o informativo do STJ e do Supremo para saber a decisão sobre aquele tema. A súmula resolve esse problema. A mensagem da súmula é essa: fechamos a questão, agora é definitivo, a divergência aqui acabou. Depois, imprime a súmula no Código e o acesso é muito mais fácil,

seja para o delegado, o promotor, o advogado, o juiz, o desembargador. Às vezes, há decisões do Plenário do Supremo que só vão passar a ser aplicadas no dia a dia meses ou anos depois.

ConJur — A causa do excesso de HCs no STF e STJ está na falta de comunicação com os tribunais inferiores?

Thiago Bottino — Mas é preciso saber o que comunicar e o que comunicar. Qualquer especialista em comunicação que estivesse acompanhando o dia a dia do Supremo diria que eles estão comunicando mal suas decisões. Porque está chegando muita coisa repetitiva lá. Vários instrumentos têm sido criados, no âmbito do Judiciário, para comunicar melhor e diminuir o recurso repetitivo. Há a repercussão geral, nos recursos extraordinários, as decisões sobre recursos repetitivos e a súmula vinculante. Tudo isso existe para evitar decisões iguais. O que a pesquisa demonstra é que o crescimento de Habeas Corpus no STJ e Supremo embutem decisões repetitivas.

ConJur — Ou seja, não adianta o ministro não conhecer o Habeas Corpus.

Thiago Bottino — Dessa maneira, o ministro só estará represando ainda mais o andar de baixo. E isso é ruim, porque tem gente ali que está sofrendo. Quando o ministro não conhece o HC substitutivo, na verdade, não está resolvendo nem o problema dele. Porque em algum momento isso explode. Seja por meio da superpopulação prisional ou pelo sentimento de injustiça das pessoas. Cada vez fica mais difícil dar conta de todo esse volume de processos. Uma hora essa onda virá, como uma tsunami. Ninguém vai deixar de recorrer por causa disso, nem a defensoria, nem o advogado.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-mai-18/entrevista-thiago-bottino-professor-direito-fgv-rio/>