

O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção da inocência?

01/09/2016



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Rios de tinta e milhares de caracteres foram gastos para discutir o

juízo do Habeas Corpus 126.292, que autorizou a execução provisória da sentença de segundo grau mesmo que haja recursos interpostos. Não conseguiria colocar aqui as dezenas de links sobre o tema. Como se sabe, em fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal fez um giro de 180 graus em sua jurisprudência e deu nova interpretação à presunção da inocência.

Na verdade, o STF fez uma simples alteração de sua jurisprudência por 7×4. Por que “simples”? Porque não enfrentou os argumentos até então consolidados. Explico: se quisermos mesmo pegar a sério a questão de precedentes e vinculação de *stare decisis* [horizontal](#), então a decisão de fevereiro deveria ter realizado um *overruling* acerca de sua decisão anterior.

Overruling ocorre quando um tribunal se dá conta de que tem de mudar sua jurisprudência. Deve demonstrar porque está assim agindo. Além de explicar as razões legais, deve dizer por qual prognose o faz. *Overruling* quer dizer: o caso “provocador” deve ser um “caso” que tenha o condão de provocar essa reviravolta. Bom, na verdade, isso é assim no *common law*.

De todo modo, se quisermos aplicar e seguir esse modo de aplicar por aqui, então que sejamos fiéis ao original e não façamos uma jaboticaba. Na verdade, o STF parece mais ter feito um *overlapping* no texto legal. A começar que o [caso](#) que originou o HC 126.292 (*leading case*, para imitar o que se diz no *common law*) diz respeito a um acusado que *respondeu a apelação em liberdade* e o Tribunal de Justiça de São Paulo — por incrível que pareça — decretou “de ofício” a prisão”. Isso é fato. Peço desculpas pela minha pergunta, mas é assim que se faz uma mudança jurisprudencial?

Deixando de lado qualquer aspecto passional ou ideológico, é facilmente constatável que o STF não assumiu de forma consistente o ônus argumentativo para fazer um *overruling*, porque isso exigiria ampliar a garantia e não a restringir (sendo mais claro — e este é o ponto — com ou sem exigência de *overruling*, o STF não fundamentou porque fez a virada). *O que ele fez foi lançar mão de um argumento utilitarista com uma pitada ad hoc de ponderação* (ela acaba sempre aparecendo) que se tentou fazer entre garantia da liberdade individual e eficácia do sistema penal. Ora, como já chamei a atenção em tantos textos, *o STF não pode sacrificar um direito individual por razões de política criminal*. De uma vez por todas: mesmo para Alexy essa perspectiva não seria universalizável, pois implicaria afirmar a possibilidade de relativização de qualquer direito, individual ou coletivo, qualquer um mesmo, se o tribunal começar a se meter a fazer política assim, contra — e não a favor — de direitos fundamentais. Isso é assim, doa a quem doer. É o ônus da democracia. Ou atiremos fora a água suja com a criança junto?

Mesmo um *overruling* exige razões consistentes com os princípios constitucionais. Aliás, especialmente no caso, somente se justifica para ampliar e não para restringir direitos. Pois implica *uma redistribuição do ônus da prova que põe em risco a defesa, o contraditório, o devido processo legal*. O Supremo Tribunal Federal não pode, portanto, restringir direitos usando argumentos do tipo, "a execução provisória é mais eficaz no combate ao crime". E, ainda que pudesse, com base em que poderia fazer uma afirmação dessas? Nas estatísticas (ver [artigo](#) sobre o lado oculto dos números da presunção da inocência) do procurador-geral da República? Do ministro Roberto Barroso? Da FGV?

Um exemplo de *overruling*

Como esta coluna tem também objetivos pedagógicos, dou o seguinte exemplo (bem familiar, pois não?): suponha-se que em 2009 não tivesse havido o julgado do HC 84.078/MG (apaguemos ele da memória) e a jurisprudência continuasse a permitir execuções provisórias. Muito bem. Sobrevindo, em 2011, a nova redação do Código de Processo Penal (artigo 283), seria obrigação do STF fazer um *overruling* acerca de sua posição. Por quê? Porque ocorreu uma alteração na integridade do direito. Já não poderia, com a superveniência do artigo 283, o STF ser coerente no erro. Daí que, fazendo um *overruling*, passaria a obedecer ao que o legislador disse (lembremos: estou fazendo um exemplo como se a decisão no HC 84.078 não tivesse acontecido). Simples assim. Isso é um exemplo de *overruling*. Claro que há outras possibilidades. Mas penso que, aqui, serve bem o exemplo.

Agora trago a questão para a concretude. Fato: em 2009 o STF altera sua jurisprudência fazendo um *overruling* em face da Constituição (isto pode ser considerado *overruling*). Fazendo uma certa inversão na "ordem natural das coisas", o parlamento veio atrás do que decidiu o STF e aprovou o artigo 283 do CPP exatamente porque houve *overruling* e para fincar a âncora do resultado do *overruling*. Sabem como é a coisa no Brasil; parece que o parlamento adivinhou que o STF poderia mudar de ideia mais tarde. Com efeito, em 2016 o STF muda de posição, não enfrentando esse dispositivo fruto da *overruling* anterior. Conclusão: o que o STF fez foi uma alteração jurisprudencial e não enfrentou um dispositivo que diz claramente aquilo que ele, STF, definiu em 2009. Sendo mais claro ainda: em 2011 o Parlamento veio atrás do que o STF decidiu em 2009 e aprovou o artigo 283 para explicitar a proibição de execução provisória. Mas o STF não obedeceu o que o parlamento decidiu. O *overruling* de 2009 se transformou no *overlapping* de 2016.

Isso gerou duas ações ([ADC 43, do PEN](#) e a [ADC 44, da OAB](#)). Esta última cobrando explicitamente do STF a constitucionalidade espelhada do artigo 283 do CPP. E cobrando uma coisa chamada “autoridade do direito”. E limites interpretativos.

Depois do HC 126.292, houve decisões monocráticas concedendo habeas corpus e decisões negando. As concessivas se basearam na posição anterior do STF e na Constituição (por exemplo: [aqui](#) e [aqui](#)). Já as denegatórias ([ler aqui](#)) — especialmente da lavra do ministro Edson Fachin — invocaram o CPC para dizer que o artigo 637 atribuía apenas o efeito devolutivo e o novo CPC haveria inovado e passado a possibilitar, excepcionalmente, efeito suspensivo (artigos 995 e 1027). Por decorrência, como o CPC admitiria excepcionalmente esse efeito, *a decisão do STF de fevereiro apenas disse que em regra cabe execução provisória. Logo, com isso, não contrariou o artigo 283 e nem a CF*. Na verdade, segundo o ministro Fachin, o novo CPC teria revogado o 283. O ministro tentou resolver a questão da presunção de inocência fundamentando-se apenas nos efeitos dos recursos, em regra apenas devolutivos — isto é, não suspensivos — o que demandaria o cumprimento imediato da sentença penal condenatória confirmada em segunda instância, antes, portanto, do trânsito em julgado.

Não vou discutir de novo o que já foi abordado por tanta gente. Vamos aguardar a decisão do STF. O que importa, agora, é saber qual é o papel do legislador e os limites da interpretação do direito. O direito é aquilo que o STF diz que é? Se isso é verdade, para que precisamos de parlamento? Mais: O que vamos dizer aos nossos alunos? Que o Judiciário pode decidir como quer? Mas, não existem limites? Que Constituição é essa que não tem força normativa? Seria apenas uma folha de papel?

Pode ser que a CF seja só isso. Um ornamento. A decisão sobre a presunção da inocência é/será paradigmática. Nela estão envolvidos desacordos não meramente empíricos-subjetivos (números de recursos e estatísticas — todos contestáveis e não confiáveis — além de argumentos morais e políticos), e, sim, desacordos teóricos. O que queremos do direito: isto é o que está em jogo.

Mas, pelo amor ao debate, vamos lá: admitamos que seja bom para a sociedade (quem pode dizer isso?) a circunstância de que os condenados comecem a cumprir a pena depois do segundo grau. OK. Mas, quem é o Judiciário para dizer mais do que a Constituição e o parlamento? Pergunto: mesmo que houvesse uma enquete apontando que 80% aprova a execução provisória, o que isto teria a ver com a regra constitucional? Fosse isso decisivo, há números mostrando que mais de 60% aprovam a pena de morte. Um jurista-democrata deve dizer: e daí? *A Constituição não é o remédio contra maiorias?* E o STF não deve atuar contra majoritariamente para defender a Constituição? Ah, dirá o ilustre ministro Roberto Barroso: o STF é a [vanguarda](#) iluminista que empurra a história no Brasil (ver crítica [aqui](#)). Claro. Só que tem um problema aí. Se isso for verdade, teremos um paradoxo: se o Ministro estiver certo, é porque fracassamos. Exatamente isso. Pelo bem da democracia, teremos que torcer para que o ministro esteja equivocado. E se ele estiver certo, nem precisaremos mais votar. Afinal, uma vanguarda iluminista peleará (expressão gaúcha) por nós. E nos indicará o caminho do progresso e do futuro.



Só teremos que alterar a Constituição: onde está escrito “todo poder emana do povo”, colocaremos “todo poder emana do judiciário”; e na ordem dos poderes da República, inverteremos: em vez de legislativo, executivo e judiciário (aproveitando, aqui, a fina ironia do ministro Marco Aurélio), escreveremos Judiciário, Executivo e legislativo.

Mas, pensando bem, estou me contradizendo: por qual razão necessitaríamos mudar a Constituição? Afinal, se o Direito é o que o Judiciário (*ratio* final, STF) diz que é, nem mesmo precisaremos alterar a Constituição. Simples assim.

Numa palavra final: em face de tudo isso, o que se espera é *uma postura de humildade da Suprema Corte diante da Constituição e da legislação democraticamente aprovada*. O STF não pode mais do que os limites semânticos do seu texto. E quem disse isso não fui eu: *foi o ministro Roberto Barroso, no seu livro Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 2001, pp. 128-129. Ele diz também que “as mutações que contrariarem a Constituição podem certamente ocorrer, mas serão inconstitucionais”*. Bingo, ministro!

Sim, o STF pode manter a decisão de fevereiro de 2016. Afinal, ele tem a última palavra. Mas seria melhor, se assim vier a fazer, que diga claramente estar utilizando argumentos utilitaristas-pragmaticistas. Seria, no limite, mais aceitável. O que parece não se mostrar adequado é dar uma roupagem jurídica a isso tudo.

Essas coisas têm de ser ditas. Doa a quem doer.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia/>