

# JOTA

## Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena

Publicado 18 de Fevereiro, 2016



Foto: Marcelo Camargo/ Agência Brasil



Por **Thiago Bottino**  
Professor da FGV Direito Rio

**P**ergunte a um advogado criminalista quantas vezes ele reverteu uma condenação em segundo grau por meio de um recurso especial ou extraordinário. Poucas vezes, talvez nenhuma. Os recursos para os tribunais superiores, em matéria criminal, raramente modificam as decisões dos juízes e tribunais. Logo, a decisão do STF não modificará a realidade atual no que diz respeito ao resultado final do processo.

Agora, pergunte a esse mesmo advogado criminalista quantas vezes ele reverteu as decisões dos tribunais de apelação pela via do *habeas corpus*. Muitas, ele dirá. Há estatísticas que comprovam a afirmativa[1]. No STJ, entre 2008 e 2012, foram providos 27,86% dos HCs para reformar, total ou parcialmente, as decisões dos tribunais de 2ª instância. No STF, outros 8,27%. Números alarmantes se considerarmos que somente se leva aos tribunais superiores, em HC ou RHC, questões de direito (e não valoração de prova), o mesmo objeto dos recursos especial e extraordinário.

Qual a razão, portanto, de se interpirem esses recursos especiais e extraordinários? Ganhar tempo. Seja para que ocorra a prescrição, seja

para ter tempo de ver o HC julgado e a condenação indevida revertida sem que o cidadão sofra uma pena indevida.

É inegável que, na realidade do sistema jurídico brasileiro, os recursos aos tribunais superiores demoram muito a serem julgados. E que isso gera um incômodo legítimo na sociedade. Mas, embora se possa prever que 75% a 80% das decisões não serão modificadas, isso não justifica que o restante dos acusados deva sofrer penas que, mais tarde, serão consideradas indevidas.

Com a decisão de ontem, contudo, a maioria dos ministros do STF optou por assegurar que a maioria dos culpados cumpra as penas que são devidas em um prazo mais curto, ainda que alguns inocentes também precisem fazê-lo por um período.

+ JOTA: Moro elogia decisão do STF: “Essa janela de impunidade foi fechada”

+JOTA: O voto de Teori Zavascki no HC 126.292, que mudou jurisprudência do STF sobre execução de pena

A Constituição diz que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Mas o Supremo ontem disse o oposto. Mesmo se ainda existirem recursos, pode-se prender pessoas como se condenadas já fossem. Duas questões surgem daí.

A primeira questão é que, há bem pouco tempo, em 2009, o mesmo Supremo dissera o oposto. Dissera que era necessário aguardar o trânsito em julgado para executar a pena. De 2009 a 2016 houve mudança dos integrantes do STF. Mas não houve mudança da Constituição. Como explicar para a população que a cada novo ministro que integrar no Supremo as decisões anteriores podem mudar? Cria-se uma insegurança jurídica. Justamente o contrário da previsibilidade que se espera em um Estado de Direito.

Ao ser sabatinado no Congresso dos Estados Unidos quando indicado para presidir a Suprema Corte daquele país, John Roberts afirmou que um Juiz não deve votar pela substituição de um precedente apenas porque considera que o julgamento que o estabeleceu foi equivocado<sup>[2]</sup>. Roberts é conhecido por suas posições conservadoras e a pergunta tratava da possibilidade de mulheres abortarem. Embora pessoalmente contrário a essa decisão anterior da Suprema Corte americana, Roberts demonstra respeito à história da própria instituição. Jurisprudência de Corte Constitucional não é como nossas meias, que trocamos todos os dias.

A segunda questão está ligada à democracia. O Congresso não pode mudar a Constituição com a finalidade de abolir uma garantia fundamental. A própria Constituição proíbe isso (art. 60, §4º). Logo, o Congresso não poderia alterar o texto constitucional nessa parte para alcançar o resultado de punir alguém antes da decisão final. Mas será que o Supremo poderia? Sem alterar o texto, o STF negou a interpretação

literal daquele texto que não permite tratar como culpado (logo, executar a pena) antes de uma decisão final.

+JOTA: [STF muda jurisprudência para permitir prisão depois da 2ª instância](#)

+JOTA: [Para advogados, decisão do Supremo enterra garantismo penal no Brasil](#)

No entanto, seria possível alcançar o mesmo efeito alterando outros dispositivos da Constituição. Não há uma cláusula pétrea exigindo a existência dos recursos ao STJ e STF. Portanto, se a sociedade entende que há recursos demais no processo penal, que a decisão dos tribunais de segunda instância devem ser definitivas, o caminho democrático seria, portanto, acabar com esses recursos mediante alteração da Constituição, extinguindo os recursos especial e extraordinário. Justamente o que propôs o ministro Cezar Peluso quando era presidente do STF.

Ele apresentou ao Congresso uma Proposta de Emenda à Constituição que eliminava esses recursos. O que o Supremo decidiu ontem foi uma forma indireta de alcançar o mesmo resultado. Antecipou-se ao Congresso. Porém, modificando a interpretação de um artigo da Constituição cujo teor literal não dá margem a essa interpretação.

No entanto, não é o STF a instituição que pode fazer essa escolha. Não tem legitimidade, nem mandato, nem representa a população brasileira. Não em matéria penal. Não quando elimina, na prática, a proteção dada ao cidadão por uma garantia constitucional. O Supremo pode interpretar o texto da lei, inclusive fugir de seu teor literal<sup>[3]</sup>. Mas não para reduzir garantias individuais e ampliar o poder punitivo do Estado.

Os riscos decorrentes de uma leitura moral da Constituição pelo Poder Judiciário em matéria penal são justamente o aumento do arbítrio punitivo estatal e a quebra do fundamento de confiança que os indivíduos depositaram no estado como protetor dos direitos fundamentais. Esses riscos só desaparecem quando essa interpretação esteja voltada para a proteção da parte mais frágil na relação entre Estado-acusador e indivíduo-acusado.

Cabe ao STF assegurar os direitos consagrados no texto da Constituição, bem como a previsibilidade do Estado de Direito e o respeito ao princípio democrático.

Justamente o oposto do que se viu ontem.

+JOTA: [Como o caso do triplex chegou às mãos do promotor Cássio Conserino](#)

+JOTA: [Futuro presidente do TST critica escritório que desiste da ação para fugir de multa](#)

---

[1] <http://diretorio.fgv.br/projetos/habeas-corpus-nos-tribunais-superiores>.  
Se considerado o período entre 2006 e 2014, os números de concessão

*integral e parcial são ligeiramente diferentes: 21,26% no STJ e 9,20% no STF.*

*[2] <http://www.nybooks.com/articles/2005/10/20/judge-roberts-on-trial/>*

*[3] Foi o que ocorreu, dentre outros casos, no julgamento que reconheceu a união estável entre casais homoafetivos (ADPF 132 e ADI 4277).*