

Streck: STF, 7 erros e um destino! Meu prognóstico, do qual discordo!

Se eu tivesse que escrever um artigo bem enxuto, diria simplesmente o seguinte:

I) Levar o pedido de Habeas Corpus de Lula ao Plenário do Supremo Tribunal Federal é prova cabal de que não se podia invocar a colegialidade;

II) E a própria ministra Rosa Weber, dias antes, no Recurso Especial Eleitoral 12486-27.2009.6.20.0000/RN, em face do pedido do Ministério Público Eleitoral de prisão de acusados, assim decidiu: *"determino que se aguarde o encerramento da jurisdição deste Tribunal Superior para o início do cumprimento das penas impostas aos réus"*. Isto foi no dia 20 de março de 2018. Significa que, na jurisdição eleitoral, ela submeteu a execução da decisão de segunda instância ao esgotamento da instância especial. Portanto, ela sufragou a tese intermediária defendida pelos ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli e pelo autor da ADC 43. *Ou seja, a ministra Rosa Weber fez no recurso eleitoral o oposto do que fez no HC de Lula, com pouco mais de dez dias de diferença entre as decisões.*

III) Afinal, o que é isto — a colegialidade? Quem julga HC é a turma. Se o plenário foi afetado pelo ministro Edson Fachin, é porque o STF não tinha posição fixada. Óbvio ululante;

IV) E, se não tinha posição fixada, o HC, no plenário, só poderia ser apreciado depois da questão prejudicial;

V) Consequentemente, a evocação da colegialidade foi equivocada;

VI) Conclusão: julgamento de HC no plenário só poderia ocorrer se antes fosse votada a questão constitucional constante nas duas ADCs;

VII) o julgamento do HC em plenário quebrou preceitos fundamentais, entre eles o da igualdade — porque o voto da ministra Rosa, decisivo, tratou de forma desigual idênticas situações por ela mesma julgadas — e do juízo natural do HC (e, fosse legítimo o *per saltum*, o HC não poderia ser julgado sem a análise anterior da questão prejudicial posta nas ADCs);

VIII) por isso, pode ser manejada, como remédio último e, aqui, subsidiário, a jurisdição constitucional para resolver o problema (afinal, se os réus do RN poderiam aguardar em liberdade até o julgamento final pelo TSE, por que no caso Lula, o critério foi outro?). Qual seria o remédio? Não descartaria uma ADPF, em face da violação dos preceitos fundamentais e da ausência de outro remédio. Claro, um remédio subsidiário (e ADPF é isso) no caso de o STF não discutir — em plenário — as teses das ADCs.

Quem quiser parar por aqui, minha posição está posta. Para quem tem paciência, siga, porque quero convidar o leitor para um jogo de sete erros no Habeas Corpus 152.752.

1. O *primeiro erro* decorre do deslocamento do HC do seu juízo natural da turma para o Plenário. Já ali caberia uma ADPF porque foram violados vários preceitos fundamentais pela caneta do ministro Edson Fachin. Todavia, pôr em pauta no Plenário o julgamento de mérito do HC *antes* de se dar a discussão

sobre as teses levantadas nas ADCs 43 e 44, foi a pior estratégia possível no sentido de um desgaste institucional. A discussão tornou-se esquizofrênica, uma vez que a tese da possibilidade do cumprimento de pena antecipado após esgotados os recursos no *segundo grau de jurisdição* é o fundamento da decisão do TRF-4 ao decretar a prisão do réu. E, pior, a partir de uma súmula (122) editada à revelia da própria posição do STF.

2. Intimamente conectado a esse fato está o *segundo erro*: o de separar a avaliação de mérito do HC da avaliação constitucional da tese objeto das referidas ADCs.

3. Adentremos no terceiro erro: decidir contra a concessão do habeas preventivo, sob a fundamentação de que “decido assim pois é como o Tribunal disse que deve ser, embora bem saiba que o Tribunal está errado”. Tudo em nome do “princípio [sic] da “colegialidade”. Uma grave afronta à integridade do Direito e ao próprio conceito de princípio. E a maior ironia disso tudo? [Escrevi](#) sobre isso com Peluso Meyer, mas repito aqui: a maior ironia disso tudo é fundamental, justamente, uma afronta à integridade do Direito e ao próprio conceito de princípio *com base no próprio Ronald Dworkin* (!!!) como fez a Min. Rosa Weber.

4. O *quarto erro* foi considerar que os posicionamentos contrários à possibilidade de decretação da prisão após esgotados os recursos dentro da segunda instância estariam assentados tão somente a uma espécie de princípio de presunção da “não culpabilidade”. Isso é um reducionismo simplista dos posicionamentos como o que defendo, e uma absoluta desconsideração da base democrática que serve de alicerce à Constituição Federal. E por que o STF não enfrentou a literalidade do artigo 283 do CPP?

5. O *quinto erro* foi a utilização de argumentos de política, argumentos utilitário-consequencialistas. Poderia citar vários. O da impunidade foi o mais usado. A impunidade seria por culpa de garantias processuais? Digam isso pra os [750 mil presos](#) nas masmorras medievais (o epíteto de do ex-Presidente do STF)? Outro foi o argumento do “elevador processual”. E o da “efetividade judicial”. Não adentrarei no mérito de cada um desses argumentos teleológicos. Cada um renderia um texto novo aqui na **ConJur**. Assim, limito-me a dizer o óbvio: que um *juiz* deve fundamentar com argumentos... *jurídicos*. Quem faz *política* é... *político*.

6. E por falar em “voz das ruas” e política: o *sexto erro* é a insistência no dualismo metodológico. No século XIX, falava-se que as Constituições eram folhas de papel. Havia uma *realidade social* que podia substituir as leis. Eram outros tempos. Hoje, em países como nosso, uma visão da realidade social para substituir a Constituição é uma temeridade. Por quê? Porque, assim, viramos uma espécie de democracia plebiscitária, e pior: um *Judiciário* plebiscitário. Duplamente problemático. Quer ver? Quando um ministro do Supremo diz “Eu tenho de atender ao anseio popular”, eu digo “Alto lá! Como V. Exa. afere isso? Tem uma pesquisa?”. E *se existisse a pesquisa*, paradoxalmente... o Judiciário nem precisaria existir. *Se o anseio popular vale mais que a Constituição, caio num paradoxo: uma vez que eu consiga demonstrar esse tal de anseio popular, o Judiciário passa a ser inútil*. Perdoem-me, mas o dualismo metodológico professado por alguns ministros do STF é autofágico. Autofágico e contraditório.

7. *Last, but not least* (já que o direito brasileiro só quer falar inglês...), o *sétimo erro*: a confusão que se faz entre prisão preventiva ou cautelar, e a prisão no cumprimento de um ato punitivo do Estado, nas vias penais. Ora, parece-me bastante óbvio que a Constituição não exige o trânsito para que se realize

uma prisão. O réu pode, sim, muito bem ser preso em caráter cautelar se isso se mostrar necessário para manter a sanidade do ato processual. Todavia, para que um réu possa cumprir a pena, em decorrência de um ato ilícito, objeto de ação penal, existem elementos mais que devem estar presentes. Um elemento essencial é o da culpabilidade. *E a Constituição é clara ao exigir o trânsito para que se possa fazer presente o elemento de culpa.* De novo, falo o óbvio. Mas falar o óbvio é tristemente necessário em tempos nos quais dois mais dois é cinco, tempos nos quais onde se lê x o juiz pode dizer que é y.

Numa palavra final, repito: minha análise é jurídica. Porque sou jurista. Não sou político, cientista político e nem filósofo moral. Também não sou vidente, profeta, nem nada do gênero. Mas vou arriscar um prognóstico, se me permitem. Se a tese da execução antecipada voltar à mesa nas ADCs, penso que, em nome da *colegialidade* (sic), levando em conta o julgamento no TSE de antes do HC em tela, é possível que a ministra Rosa Weber venha a votar contraditoriamente com o que falou no julgamento do *habeas*. Paradoxalmente, ela foi pela colegialidade. Agora, receio que vá voltar atrás e juntar seu voto a uma nova colegialidade. Bom, para mim, colegialidade — no modo como está sendo tratada — não passa de álbi retórico para sustentar consensos ad hoc. Esperamos que a ministra nos mostre o contrário. *Porque toda a comunidade jurídica tem certeza de que o HC somente foi negado por causa de uma colegialidade que não era colegialidade.* Simples (e complicado) assim.

Bom, esse é meu prognóstico... embora eu torça ardente e fervorosamente contra ele (o meu prognóstico). Lembro, a propósito, do camarada Jacó em uma conhecida anedota sobre a URSS. Perguntado sobre sua posição acerca da questão judaico-soviética, o camarada disse, peremptoriamente, que pensava exatamente de acordo com o que Stalin dissera e que fora publicado no *Pravda*. Os emissários de Stalin insistiram e ele respondia sempre a mesma coisa. Até que lhe perguntaram: “— Mas você, camarada Jacó, não tem uma posição pessoal sobre o assunto”? Ele respondeu: “Tenho, mas sou radicalmente contra”!

Finalizo, mesmo, com uma frase do ministro Roberto Barroso, dita no julgamento recente em um caso envolvendo um ex-governador:

“O dia que a Constituição for o que os intérpretes quiserem independentemente do texto, nós vamos cair numa situação muito perigosa”.

Tem toda a razão, ministro. Toda!

Post scriptum: esta etapa do Direito está chegando ao fim. De consciência tranquila, fiz a minha parte: fui um dos subscritores da ADC 44 e escrevi todas as semanas invocando uma ortodoxia jurídico-legal-constitucional. Peleei muito. Mas não está morto quem peleia, se diz aqui no sul.

Date Created

09/04/2018