

Lenio Streck: STF erra ao fazer jurisprudência que atinge REsp

1. Qual é conceito de "prova irrelevante ou impertinente"?

Há mais de trinta anos denuncio o uso descontextualizado de verbetes e enunciados jurisprudenciais. Chamo a esse fenômeno também de "hermenêutica dos conceitos sem as coisas". Em inúmeros processos criminais em que atuei como procurador, desmanchei o clássico "legítima defesa não se mede milimetricamente" e "a palavra da vítima nos crimes sexuais...". Platitudes que, dizendo nada, dizem r coisa. Ao gosto do usuário.



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Qual é o problema nisso? Simples. Não é incorreto o conteúdo da ementa.

O problema é que pode, no caso concreto, ser absolutamente falso. Dizia eu — e no *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* desenvolvo isso detalhadamente — que uma coisa pode ser correta e ao mesmo tempo não verdadeira. Contextos é que dão o sentido.

Para exemplificar, o famoso "legítima defesa não se mede..." é tão falacioso que fui atrás para saber o contexto. Achei. O caso é de 1985. Sequer "fecha" com a ementa. O que dizer, então, se, além disso, *for usado sem contexto algum?* Empresta-se para qualquer coisa.

Hermeneuticamente, a crítica vai no sentido de que a dogmática acaba *transformando verbetes em enunciados assertóricos, com caráter universalizante*. Frases prontas que, justamente porque não têm contexto, servem para qualquer um.

É obvio que ninguém discorda do verbebo sobre legítima defesa ou que "prova para condenar tem de ser robusta". Porém, isso ocorre no caso concreto?

2. De como o STF também lida com conceitos sem coisas

Digo tudo isso para comentar recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, em que ficou decidido que



1. *O entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que o "indeferimento da diligência pelo magistrado de primeiro grau não configura cerceamento de defesa, uma vez que o próprio Código de Processo Penal prevê, no § 1º do art. 400, a possibilidade de o juiz indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que isso implique nulidade da respectiva ação penal" .*
2. *Hipótese em que as instâncias de origem, com apoio no conjunto fático-probatório, decidiram que seria "despicienda a realização de nova perícia". De modo que eventual acolhimento da tese defensiva no sentido de que as perícias judiciais seriam "relevantes, pertinentes e imprescindíveis" demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável em habeas corpus.*
3. *O STF já decidiu que o "livre convencimento do juiz pode decorrer das informações colhidas durante o inquérito policial, nas hipóteses em que complementam provas que passaram pelo crivo do contraditório na fase judicial, bem como quando não são infirmadas por outras provas colhidas em juízo". Relatoria Min. Roberto Barroso. HC 207.013 Agr.*

Vários problemas. Anotaram? O ponto é: livre convencimento. Tudo passa por ele. Então, vejamos.

Primeiro, o acórdão sob exame faz um raciocínio circular: é porque o juiz pode indeferir, ele pode indeferir. E se as instâncias decidiram que deveriam indeferir, nada pode ser feito. Resumidamente, é assim: 1. *O fato de o juiz indeferir diligência não é cerceamento*; 2. *Isto porque o CPP autoriza que o juiz indefira*; 3. *Se o juiz diz que a diligência é irrelevante, é impossível discutir o mérito da relevância porque isso é rediscutir prova*; 4. *Se o juiz assim o faz, é pelo seu livre convencimento. Causa finita.*

A primeira questão leva à segunda, construindo-se, com isso, uma aporia. Explico: se a jurisprudência do STF diz que provas irrelevantes podem ser indeferidas, *mas não examina, no caso concreto, se as provas eram, mesmo irrelevantes, qual é o sentido desse julgamento?* Na melhor das hipóteses, o julgado do STF *repete o que a lei já diz*; na pior, *subverte seu propósito*.

Vê-se, assim, uma jurisprudência defensiva que faz com que o Direito seja usado como instrumento para diminuir pilhas de processos e desincentivar o uso de *habeas corpus*.

Disso decorre o terceiro problema: o *STF, ao assim decidir, dá carta branca ao juiz indeferir o que achar irrelevante, impertinente ou dispensável*. Parece que isso fica bem claro, pois não? *Se o juiz pode indeferir porque acha irrelevante e o STF diz que o juiz está autorizado a isso, o resultado é que nunca saberemos se, no caso, as provas eram irrelevantes*. Mas, outra vez, indago: *O que é isto — a prova "irrelevante"?*

Trata-se de mais um caso que nos remete à discussão sobre as súmulas do STJ e STF que dizem que não cabe reavaliação — rediscussão de prova. Porém, aqui se trata de *habeas corpus*. E o STF disse que em sede de *habeas* não cabe discutir essa minúcia. *De todo modo, uma coisa é rediscutir provas; outra é rediscutir a avaliação feita pelo juiz acerca do sentido da lei que trata das provas*.



Um exemplo pode ajudar: Se em um acórdão de segundo grau se afirma que agiu sem culpa o motorista que dirigia seu veículo a 120 km por hora, quando colidiu com outro que vinha em preferencial, não se poderá dizer que contra tal decisão não cabe recurso especial porque se cuida de matéria de fato. O que há aí é *manifestamente erro quanto ao conceito jurídico de culpa*, o que significa erro da valorização jurídica do fato. No caso da prova pericial aqui em discussão, o que se pode discutir é o erro da valorização jurídica do fato. Ao decidir do modo como o fez, o STF obstaculizou, para sempre, qualquer possibilidade de se dizer que o juiz pode ter errado. Como no exemplo do automóvel. Uma perícia é irrelevante porque isso depende apreciação jurídica ou ela é irrelevante porque assim diz o juiz?

Portanto, se nem em habeas se pode discutir algo tão importante como "se o juiz tinha o poder de dispensar determinada prova", por óbvio que em recurso especial a resposta será a mesma. Logo, o STF, assim decidindo, fecha as portas de Recurso Especial no STJ. E assim vamos.

3. Claro: não poderia faltar o livre convencimento

Viu-se que o STF diz que o juiz tem livre convencimento (sic). Mas a questão é: *livre convencimento pode passar por cima de garantias processuais*? É pura ficção se dizer que o livre convencimento é uma vantagem e que veio para superar a prova tarifada. Não há elementos históricos que mostrem como no Brasil isso ocorreu. Os livros sobre isso se repetem. Aliás, em nome do jargão "superação da prova tarifada" usa-se o livre convencimento para dar o drible na própria lei. E, se acreditamos no jargão da "superação", no caso sob exame a pergunta que se põe é: havia alguma coisa "tipo tarifação que obstaculizava direitos e, assim, justificou o uso do elemento superador, o LC? Sim, porque se o LC tem alguma serventia, jamais poderia ser contra o réu. Alguém já se deu conta disso? Elementar me parece.

Aliás, eis aí um exemplo doutrinário de enunciados repetidos sem contexto: "o livre convencimento superou a prova tarifada"... é mesmo? Como foi esse processo histórico no Brasil? Só citar de passagem o Ferrajoli falando do contexto da Revolução Francesa não serve. Sinto muito. *Algo semelhante se dá com o "juiz boca da lei"*. Ele teria "morrido" com o advento da CF ou com o livre convencimento, etc etc, etc. Mas onde vivia o juiz boca da lei? Mistério. Tenho feito pesquisas em acórdãos do século XX e os resultados são surpreendentes. Em breve divulgarei. Ficções da realidade versus a realidade das ficções...!

Além disso, todas as garantias processuais-penais que constam no artigo 5 da CF são espécie de taxações (aviso: a democracia produz taxações "do bem"!)." 1 Então: se o livre convencimento (sic) pode superar a taxação (afinal, ele teria surgido para isso), a dogmática processual penal diria, então, *que o livre convencimento vale mais do que o teor garantidor de uma lei ou da própria CF*? A apreciação "livre" do juiz pode passar por cima, por exemplo, do direito ao silêncio? Ou da vedação de prova ilícita? Sim, porque livre convencimento — tido como superador da prova tarifada — é algo que coloca a apreciação do juiz acima da própria Constituição.

O que eu quis dizer é que, se o livre convencimento é um grande problema para as garantias processuais, pior ainda quando *usado como carta branca para, por exemplo, indeferir nova perícia*.

Na verdade, cabe a pergunta: por que o STF citou o livre convencimento nesse caso? A resposta parece ser: *foi para dizer que, em casos como esse, o juiz decide ao seu alvedrio*. Ou a citação é apenas retórica?



Gostaria, aliás, que me trouxessem exemplos de vantagem do livre convencimento sobre uma taxaço constitucional. Veja-se, exemplificadamente: o devido processo legal é uma conquista taxada na CF. Por ele, o réu tem direito a, em determinado caso, uma nova perícia (produção de prova como exercício de defesa). Ocorre que o STF está dizendo *que esse direito fica na dependência do LC do juiz*. E você não pode disso reclamar via habeas corpus. E nem por REsp. É disso que se trata. Vamos dar às coisas o nome que elas têm. E aqui está apenas a ponta do iceberg do uso do jargão "livre convencimento".

No caso desse agravo em habeas corpus, o que o STF fez, exaltando o livre convencimento do juiz de piso, foi lhe dar carta branca para dizer o que é despiciendo ou irrelevante. E vamos além: o STF ainda disse, do que se depreende do teor, que não caberia sequer Recurso Especial — *que diz respeito à legislação infraconstitucional*. Já imaginaram, portanto, os despachos de VPs de tribunais *não admitindo RESP com base em um julgado do STF*, cujos termos foram assentados a partir do julgamento de um Agravo em Habeas Corpus? Vejam os efeitos colaterais de uma decisão.

Basta que o tribunal dê razão ao juiz — e na prática o fará usando a jurisprudência acima — que a palavra do juiz será indiscutível. Plenipotenciária. Teremos que o sentido do que é irrelevante é aquilo que o juiz disser que é.

É isso que se lê do acórdão relatado pelo ministro Barroso. Em seu texto e seu contexto.

1 Não há espaço aqui para desenvolver o tema. Sugiro a leitura dos verbetes livre convencimento e livre apreciação no eu Dicionário de Hermenêutica, 2ª. edição. Há ali um completo estudo a respeito.

Date Created

18/01/2022