



Streck: Teori contraria Teori ao prender sem trânsito em julgado

Nesta quarta-feira (17/2), o país se viu diante de uma [mudança de posicionamento](#) do Supremo Tribunal Federal, quando, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, depois de mais de cinco anos de posicionamento contrário, decidiu pela possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau. Disse o STF que isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (como demonstrarei, o STF só esqueceu de discutir a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal).

Já havia alertado aos meus leitores sobre os perigosos rumos das consequências da operação “lava jato”, quando, já me posicionando também sobre o mesmo tema (presunção de inocência), [critiquei](#) o artigo dos juízes Antonio Bochenek e Sergio Moro, que culpavam o processo pela impunidade no Brasil, ventilando inclusive, eficácia imediata às sentenças condenatórias (para crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público).

Pois a decisão do dia 17 mostra que o STF fez uma efetiva alteração do texto constitucional (em um caso que nem mesmo se enquadra naquilo que pode ser considerado como uma exceção — “crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público”).

“Lá vem ele com a crítica ao ativismo judicial!”, irão dizer. Pois bem, essa decisão, até mesmo por parte de seus fundamentos, é um exemplo de ativismo judicial: não há fundamento jurídico constitucional que a sustente. Alguém poderá dizer que há argumentos muito bons e consistentes; votos bem escritos, que levantam questões importantíssimas para a República e que abrem espaço para debates interessantíssimos. Com certeza, compartilho da mesma opinião.

Entretanto, o STF errou. Reescreveu a Constituição e aniquilou garantia fundamental. Gostando ou não, essa é a Constituição que temos. E todos sabem de meu elevado grau de ortodoxia quando se trata da Constituição. Até de originalista já fui chamado.

Também pode haver quem diga, em defesa da decisão do STF, que ele foi coerente em sua decisão, porque seguiu a linha de posicionamento que já havia manifestado no julgamento sobre a constitucionalidade da lei da Ficha Limpa^[1]. Isso seria uma visão frágil da coerência, sem levar em conta uma dimensão de profundidade, principiológica. Como lembra Francisco Borges Motta, a partir de Ronald Dworkin: "para quem considera o ficha limpa um erro, houve 'coerência no erro'. É para isso que serve o padrão integridade, para que a coerência seja de princípio (e no acerto)".

Em outras palavras: a coerência só pode ser sustentada diante de uma decisão que respeite o conjunto normativo que dá conteúdo a um sistema jurídico (por isso coerência e integridade são padrões que são sempre compreendidos conjuntamente). Portanto, novamente, esse julgamento foi um equívoco — julgou inconstitucional o próprio texto constitucional.

Mas e agora? Observemos bem alguns pontos: essa decisão do STF é resultado de controle de constitucionalidade incidental, uma vez que a matéria foi levada ao Plenário. Mas, olhando bem, nesse caso, sequer houve declaração incidental, porque foi uma interpretação da Constituição e, ao que se sabe, não há dispositivo do CPP declarado inconstitucional. E aí está o problema: não há como contornar o



que diz, claramente, o artigo 283 do CPP (é de 2011 essa redação):

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Em primeiro lugar, não creio que haja dúvida sobre o que diz esse dispositivo. Todos sabemos o que é sentença condenatória transitada em julgado. Segundo: examinei o voto do ministro relator, Teori Zavascki (clique [aqui](#) para ler) e não encontrei sequer menção ao artigo 283 do CPP. Também na declaração final do dispositivo lida pelo ministro presidente foi possível detectar qualquer coisa nesse sentido. Consequentemente, esse dispositivo continua hígido, correto? Para tanto, com toda a vênia, vou usar Zavascki contra Zavascki. Explico: é do ministro Teori Zavascki, quando ainda no Superior Tribunal de Justiça, o brilhante voto na Recl. 2.645, que diz (e já citei no mínimo uma dezena de vezes essa bela passagem): não se admite que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo “*sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade*”. Perfeito! Resposta correta: não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade. Esta é, aliás, a primeira das minhas seis hipóteses pelas quais o Judiciário está autorizado a não aplicar uma lei (cf. *Verdade e Consenso, passim*). Por isso, tenho absoluta tranquilidade para dizer que o artigo 283 continua válido. Logo, aplicável.

Consequentemente, se esse dispositivo não foi declarado inconstitucional, então houve o quê? Interpretação do instituto da prisão provisória à luz da CF? Mais: esse novo entendimento não deu azo a uma súmula vinculante. E nem poderia, mesmo que tivesse 8 votos, porque a CF é clara, em seus limites semânticos, no sentido de que são necessárias várias decisões (reiteradas!). Portanto, na medida em que não é cabível a tese da abstratização (objetivização) do controle difuso (a Recl. 4.335 virou uma SV) porque, no caso, nem declaração de inconstitucionalidade houve, não caberá reclamação da decisão de um tribunal que resolva não aplicar a nova posição do STF. Já explico isso um pouco melhor adiante.

Entendo que há duas vias pelas quais devemos nos orientar, gostemos ou não do resultado, pelo posicionamento do STF: por imposição legislativa (as súmulas vinculantes — às quais lanço duras críticas — são exemplos disso) ou por coerência jurisprudencial. Não vejo, para esse caso, a aplicação de nenhuma das hipóteses. Assim, escrevo esse artigo para dizer: os tribunais de segundo grau não estão vinculados a essa decisão; não existe nenhum dever jurídico-constitucional de obediência a ela. Aliás, foi assim que o ministro Celso de Mello se manifestou (veja [aqui](#)): “Os juízes e tribunais da República poderão perfeitamente entender de forma diversa”. Vejam: estou dizendo pelas razões acima, mas por mais uma: o dispositivo que trata da presunção da inocência no CPP continua válido.

Porém, caso o Ministério Público recorra, o STF, na medida em que houve uma decisão de colegiado (7×4), proverá o RE. Só que, como o RE não tem efeito suspensivo (nem para soltar, que seria um HC, nem para prender), tudo se resolverá no próprio STF. A menos que o STF acate reclamações de decisões de tribunais que resolvam seguir o que bem disse o ministro Celso de Mello. Para frisar: o STF tem posição no sentido de cabimento de reclamação por violação de SV; nem para súmula não vinculante ele admite a reclamação. Portanto, ao que se pode ver da jurisprudência do STF, reclamação é só para casos de violação de SV e casos em que foi desobedecida a própria decisão (por exemplo, o STF decide determinado caso e, mesmo assim, não é obedecido). Não consta que o STF aceite reclamações sobre a



tese. Seria uma reclamação para mandar prender, nas hipóteses em que o tribunal cumpra o válido artigo 283. Só que, de novo, vou insistir: o STF não declarou inconstitucional o artigo 283 do CPP. Então ele vale. O resto fica sem importância.

Enfim, esse é um entendimento recente, isolado, ainda não amadurecido, portanto, precário. Penso que devemos levar a sério o texto constitucional. Falo dos limites semânticos (no sentido hermenêutico da palavra, como venho explicando de há muito). Essa questão assume maior risco quando se trata de cláusula pétreia. Com todo respeito que nutro pelo Judiciário e pela Suprema Corte, penso que isso não é bom para a democracia.

Além disso, a matéria não foi submetida a debate. Por sinal, não é o que se tem falado do contraditório, por ocasião do novo Código de Processo Civil? Como lembra Dierle Nunes, quer-se garantir influência e não surpresa aos jurisdicionados. Isso tem um alcance paradigmático. Transcende os casos isolados. Bem por isso, a nova sistemática processual civil (e tanto mais deveria valer na esfera penal) fala na necessidade de amplos debates para que tribunais modifiquem sua jurisprudência, só para ficar na correção procedimental. E mesmo com tudo isso, mesmo com o mais participativo dos procedimentos, não dá para transformar gato em cachorro, nem que ocasionalmente façamos um pacto em torno disso. Há uma dimensão substantiva que não está à nossa livre disposição, não pode ser simplesmente convencionalizada pelas majorias de ocasião. Temos uma Constituição! Ela serve para isso, é garantia!

Numa palavra: esse meu texto é coerente com o que tenho falado há tantos anos. Venho sempre criticando o ativismo. A ele não dou tréguas. Mesmo quando a decisão é simpática e agrade a maioria dos juristas. Quando isso ocorre, sempre aviso: se você aceita que o STF ultrapasse os limites semânticos da Constituição para uma decisão que lhe agrada, amanhã o que você dirá se a decisão, igualmente ativista e indo além dos tais limites, não lhe agrada? Ativismo não é bom. Já escrevi muito sobre a diferença entre ativismo e judicialização. Aqui, estamos claramente em face de uma decisão ativista. Que não obedeceu o próprio princípio invocado na discussão: o da presunção da inocência, que virou presunção da culpabilidade. Pois é. Pau que bate em Chico...

[1] A chamada “Lei da Ficha Limpa” (LC 135/10) aumentava as hipóteses de inelegibilidade, atingindo candidato que tivesse sido condenado por decisão colegiada nos casos de alguns crimes. A questão chegou ao STF, na análise conjunta das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, tendo a Corte reconhecido sua constitucionalidade. Mesmo assim, nas divergências abertas à época, alguns ministros já criticaram a relativização da presunção de inocência, invocando o art. 5º, inc. XXXVI, CFRB/88. A afronta a tal dispositivo se torna mais escandalosa quando tratamos da prisão de alguém.

Autores: Redação ConJur