

Geraldo Prado: presunção de inocência, recurso extraordinário e STF

Nas próximas horas o STF estará proferindo talvez sua mais importante decisão em período democrático, ao definir o âmbito normativo do preceito da Constituição que assegura que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

O tema está colocado de forma indireta por meio das ações constitucionais que pretendem ver reconhecida a validade da regra do artigo 283 do Código de Processo Penal,^[1] que não autoriza a antecipação do cumprimento da pena ou, dito de outra maneira, não admite que uma sanção penal seja executada antes do esgotamento das vias recursais, o que no direito brasileiro implica reconhecer, no limite máximo, que a execução da pena criminal dependerá de não caber mais recurso extraordinário impugnando a condenação.^[2]

Neste breve ensaio pretendo abordar o tema pelo ângulo do fortalecimento da posição do STF como "garante da democracia" em um contexto histórico que absorveu e processou as experiências políticas anteriores a 1988. Com efeito, defendo que a opção plasmada na Constituição de estabelecer o "trânsito em julgado da sentença penal condenatória" como marco jurídico para exigir do acusado, convertido em definitivamente condenado, o cumprimento da pena, está relacionada ao papel de "garante da democracia" atribuído ao STF não somente em sua condição de tribunal constitucional e órgão de cúpula do Poder Judiciário, mas na sua relação com os demais poderes – o Executivo, a que estão subordinadas as polícias e as agências penitenciárias, e o Legislativo, que por meio de leis eventualmente inconstitucionais poderia ensejar tratamento injusto e grave a determinadas pessoas.

Sublinho, inicialmente, que o condicionamento da execução de uma pena criminal ao trânsito em julgado da decisão condenatória não é exclusividade do direito brasileiro, sendo certo que está igualmente consagrado no art. 27 da Constituição da Itália^[3] e art. 32 da Constituição de Portugal.^[4]

Sem embargo de não se tratar de *excentricidade* do nosso direito, a decisão política do Constituinte brasileiro, por sua vez, também deve ser apreciada como resultado da experiência história que a constituiu e que definiu o contexto que transformou significativamente a estrutura normativa da Constituição, resgatando os direitos individuais dos porões retóricos a que foram confinados nas antigas Cartas, para reservar-lhes a "sala principal" do pacto social, político e jurídico, "porta de entrada" da então nova Constituição republicana e democrática.

Para ficarmos apenas com as Constituições republicanas anteriores, fato é que direitos e garantias individuais, em extensão e profundidade franciscamente mais limitados que aqueles admitidos a partir de 1988, transitaram do art. 72 da Constituição de 1891 ao artigo 153 da de 1967 (EC nº 1 de 1969), passeando entre o artigo 122 da Constituição do Estado Novo (1937) e 141 da de 1946.

Estas mesmas Constituições, regularam também de forma distinta o recurso extraordinário como dispositivo recursal que viabilizava o controle dos atos de violação de direitos e garantias individuais, cabendo ressaltar que hipoteticamente a proteção das liberdades via recurso extraordinário estava tratada nos artigos 101 da Constituição de 1937 e 119 da de 1967 (EC nº 1 de 1969).

Nas Constituições anteriores não havia expressa garantia da "presunção de inocência", tampouco do "devido processo legal",^[5] o que é compreensível à luz da concreta história brasileira, em um século permeado por ditaduras (1937-1945 e 1964-1985), no qual as instituições judiciárias seguiram funcionando normalmente, embora na prática submetidas à direção de governos autoritários que instituíram polícias políticas às vezes às claras, às vezes clandestinamente, valeram-se da tortura como método ordinário de investigação criminal e fizeram da garantia da inviolabilidade do domicílio e das comunicações letra morta.

A lógica imperante neste período, que contribuiu para a naturalização de regras do Código de Processo Penal de 1941, como a do antigo artigo 595, podem muito bem ser exemplificadas pelo episódio do fechamento do Congresso Nacional pelo presidente Geisel, em abril de 1977, para a edição do que ficou conhecido como "Pacote de abril", criando e alterando leis e dispositivos constitucionais à margem do processo legislativo previsto pela Constituição então vigente.

Em resposta à indignação que tomou conta da sociedade civil naquela oportunidade, o general Golbery do Couto e Silva argumentou com a tese do "fato consumado", semeada nas salas da Escola Superior de Guerra há décadas e consagrada desde o golpe de 1964.

Os atos do "Pacote de abril" até poderiam, em movimento de ousadia extrema das oposições, ser impugnados no STF. Em tese não eram definitivos... mas o general deixou claro que seus efeitos eram irreversíveis.^[6]

A relação entre condenação criminal, execução penal, especialmente via prisão, e efeitos de um possível julgamento de procedência de recurso extraordinário na prática era ditada por essa "irreversibilidade dos efeitos de uma condenação criminal não definitiva", que desestimulava um enfrentamento mais contundente pelo STF do significado concreto do direito de defesa e da garantia do contraditório.

Explica-se por essa chave de leitura a escassez das decisões do STF em matéria criminal que pudessem aprofundar o conceito das referidas garantias. O exemplo eloquente é a comparação entre a súmula 707 do STF e a recente decisão do Pleno do tribunal sobre a ordem de apresentação de memoriais em processo envolvendo, simultaneamente, acusados delatores e delatados.^[7]

Tendencialmente, o efeito "Golbery" no processo criminal não incentivaria resoluções no campo do controle de constitucionalidade que assegurassem um mínimo de garantias.

É muito importante lembrar que até 1988 considerava-se "natural" o mesmo juiz iniciar o processo criminal contra um acusado, valendo-se de portaria, colher a prova e julgar este acusado (artigos 531 e seguintes do CPP), sem questionamento da imparcialidade do julgador e da acusatoriedade do próprio sistema de justiça.

Por isso, a transformação operada pela Constituição de 1988 foi radical. Abusos naturalizados ao longo de décadas pelo sistema policial-judicial haveriam de ser contidos e reprimidos. O "trânsito em julgado da sentença condenatória", fugindo à racionalidade peculiar ao processo civil, foi concebido para assegurar ao Supremo Tribunal Federal condições efetivas de exercício do controle de legalidade do sistema de justiça criminal, possibilitando ao STF examinar criteriosamente o cumprimento de regras do jogo elementares em uma democracia e cruciais em um ambiente político e social civilizado para determinar a responsabilidade penal de alguém.

A proibição da prova ilícita, a separação escrupulosa do julgador da figura do acusador, a exigência de motivação das decisões penais, a criteriosa definição da competência jurisdicional, o direito ao silêncio e a garantia contra a autoincriminação compulsória, a viabilidade do duplo grau de jurisdição, são marcos claros de uma nova concepção de processo penal, instituída pela Constituição de 1988, cuja eficácia está na dependência de garantir ao STF a última palavra sobre o caso, antes por óbvio de se punir efetivamente alguém.

Isso sem considerar os novos direitos fundamentais em matéria penal decorrentes do avanço das tecnologias (direito à identidade digital, ao domicílio digital – caso dos *smartphones* – garantia contra a geolocalização contínua e contra a unificação de unidades de inteligência financeira e agências de segurança pública, protegendo nossa autodeterminação informativa).

A autoridade do Supremo Tribunal Federal neste contexto evidentemente reclama seja a categoria jurídica do «trânsito em julgado» respeitada como umbral a ser superado para que a pena criminal possa ser aplicada de forma legítima.

Esta autoridade do STF é imperativa não somente em face dos juízes e tribunais, mas também em relação aos demais poderes, porque o controle de constitucionalidade via recurso extraordinário, ainda que atinente a um só caso, emite mensagem a estes poderes e seus agentes sobre o que pode ou não ser objeto de cerceamento de liberdades públicas para reprovar o crime e punir o seu autor (efeito *dissuasório* das decisões do STF sobre as garantias do processo penal).

Claro está, na minha opinião, que a eleição do Constituinte de 1987/88 não pode ser ignorada por interpretação que, em tese, estaria impondo uma indevida prevalência do fático sobre o jurídico. Quando muito não poderia ser assim, na esteira das lições de Canotilho sobre interpretação e aplicação das normas constitucionais, porque:

“(3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição, mas ‘contra legem’ impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais.”

Em recente e extraordinário artigo a respeito da prisão antecipada em julgamento perante o Tribunal do Júri, Lenio Streck, Marco Aurélio de Carvalho, Juliano Breda, Fabio Tofic e Antonio Carlos de Almeida Castro alertam sobre a impossibilidade de alguma interpretação romper as barreiras das garantias constitucionais do processo penal em desfavor do titular dessas garantias, estabelecendo entendimento que em realidade «desarma a garantia».[8]

Acrescentaria, a prevalência de interpretações restritivas *contra legem* neste campo recupera o indesejável "efeito Golbery": “a sentença condenatória não é definitiva, mas seus efeitos punitivos são irreversíveis. Deixemos tudo, portanto, como está.”

Não pode ser assim, porque, lembrando Ulysses Guimarães, dessa história nós já conhecemos o fim.

[1] Art. 283, CPP. 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. ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

[2] Art. 102, CR de 1988.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

[3] Art. 27

A responsabilidade penal é pessoal.

O imputado não é considerado culpado até condenação definitiva.

As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado.

Não é admitida a pena de morte.

(Disponível em:

<https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/CO>

. Consultado em 10 de abril de 2018).

[4] Artigo 32.º

Garantias de processo criminal

1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

[...].

(Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

. Consultado em 10 de abril de 2018).

[5] Art. 5º, CR. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[6] CARVALHO, Thiago Bonfada de. *Geopolítica brasileira e relações internacionais nos anos 50* : o pensamento do General Golbery do Couto e Silva. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

[7] Supremo Tribunal Federal. Súmula 707. Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo. Data de aprovação: Sessão Plenária de 24 de setembro de 2003. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Comp. Consultado em 16 de outubro de 2019. Sobre a ordem de apresentação de alegações finais entre delatores e delatados: Habeas Corpus 166.373/PR. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Paciente: Mario de Almeida Ferreira. Julgamento em 02 de outubro de 2019.

[8] BREDÁ, Juliano; CARVALHO, Marco Aurélio de; KAKAY, Antonio Carlos de Almeida; SIMANTOB, Fábio Tofic; STRECK, Lenio Luiz. Atenção: O espectro da prisão antecipada ronda o Tribunal do Júri. In: *Estadão*, 14 de outubro de 2019. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/atencao-o-espectro-da-prisao-antecipada-ronda-o-tribunal-do-juri/>. Consultado em 14 de outubro de 2019.

Date Created

16/10/2019