

## O CURIOSO CASO DO CONSTITUCIONALISTA BARROSO

Autor: Rômulo de Andrade Moreira, Procurador de Justiça do Ministério Público da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

Em palestra proferida no último dia 11 de agosto, no 7º. Congresso Brasileiro de Sociedades de Advogados, promovido pelo Sindicato das Sociedades de Advogados dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, em São Paulo, o Ministro Luís Roberto Barroso voltou a defender a prisão antes do trânsito em julgado. Para ele, a decisão buscou moralizar a Justiça que *"padece com recursos protelatórios."* Na oportunidade, disse o Ministro que ele se recusava *"a integrar um sistema de Justiça desmoralizado."*

Para Barroso, *"temos que criar no Brasil a cultura de que os processos acabam. Os processos devem acabar em seis meses, em nove meses; se for complicado, um ano, e se for muito complicado um ano e meio. Essa cultura de processos que levam 5, 10, até 15 anos é um documento vivo de subdesenvolvimento e precisamos acabar com isso"*, acrescentando que só no Brasil há tantos recursos: *"No resto do mundo o recurso não é a regra como é no Brasil. As pessoas se acostumaram tanto com o errado que estão chocadas com o que é certo."* Exatamente Ministro: no Brasil. Só que você é Magistrado no Brasil! E aqui temos uma Constituição, em relação à qual o senhor deve obediência, por dever de ofício.

Para o Ministro da Suprema Corte, *"a criminalidade se difundiu na sociedade brasileira porque não havia nenhum tipo de punição. As pessoas tomam suas decisões baseadas em incentivos e riscos. Você tinha o incentivo do ganho fácil e farto e não tinha o risco de qualquer punição, porque a decisão tardava, os recursos procrastinatórios se eternizavam e você tinha prescrição. Nós criamos uma sociedade em que, frequentemente, o crime compensa."*

Continuando sua palestra, afirmou que *"o receio em relação à prisão após decisão de segundo grau é um reflexo histórico, pois o passado autoritário brasileiro traria dúvidas às pessoas sobre qualquer tipo de repressão do Estado"*, admitindo que a decisão do Supremo Tribunal federal *"pode afetar, principalmente, a "clientela" mais pobre das defensorias públicas — o que exigirá reflexão."*

O Ministro afirmou que, em parte, *"o excesso de prisões preventivas também vem da impunidade, pois o juiz vê essa medida como uma possibilidade de corrigir uma falha do sistema penal, pois algumas vezes, o juiz tem a tentação de aplicar a pena antes da hora, que é a prisão preventiva, porque ele sabe que se não fizer isso, não vai haver nenhuma consequência negativa para aquele fato."*

Para ele, deve-se *"canalizar as coisas da forma certa para o lugar certo. Você permitir a execução de uma pena depois que a pessoa*

*teve dois graus de julgamento, e depois que todas as provas e fatos foram discutidos, e o índice de provimento dos recursos é irrisório, não acho que fuja da razoabilidade. Isso corresponde tanto a um senso comum que, assim que as pessoas se acostumaram que isso é o normal e óbvio em todo o mundo, as coisas vão se acomodar bem.”*

Lamentáveis tais declarações, ainda mais vindas de um (suposto) estudioso do Direito Constitucional.

Como se sabe, no dia 17 de fevereiro, ao julgar o Habeas Corpus 126.292, 7 dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal entraram (mal) para a história do Direito brasileiro. Todos sabem o que foi ali decidido e quais foram os sete ministros.

Citarei os nomes dos quatro que saíram vencidos (?), ao menos para homenageá-los: a Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram pela manutenção da jurisprudência do tribunal que, desde 2009, no julgamento do Habeas Corpus 84.078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação. Até então, o Supremo Tribunal Federal entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. Houve um absurdo retrocesso, portanto.

O relator do processo, ao votar, afirmou que a *"manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena"*. Para ele, *"até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito"*.

Também se respaldou no Direito Comparado, para afirmar que não há *"país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da suprema corte"*. Esqueceu (?), porém, de dizer que as Constituições dos países cujas legislações foram consultadas não tratam os recursos constitucionais como a nossa, quando tratam. A Constituição da República Federativa do Brasil é diferente. Ponto. Se não serve, muda-se (como propôs o ministro César Peluso, ao defender a Proposta de Emenda à Constituição 15/2011, que estabelecia os recursos constitucionais como verdadeiras ações rescisórias). Porém, quem pode fazê-lo não é o Supremo Tribunal Federal, pois não tem legitimidade popular para isso. No máximo, pode interpretá-la. E interpretar não é rascunhá-la, aditá-la, borrá-la. Isso é de uma desonestidade funcional absurda e inadmissível.

Agora temos uma verdadeira execução provisória da pena ou, se quisermos dar outro nome, uma prisão provisória automática decorrente do acórdão condenatório. Óbvio que não é possível (ou não era). E se o acusado vier a ser absolvido no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal? Se, por exemplo, no recurso especial ou no recurso extraordinário interposto contra o acórdão condenatório for reconhecida uma nulidade e, posteriormente, vier a ser prolatada no

juízo *a quo* uma sentença extintiva da punibilidade pela prescrição? Quem irá remediar o “mal” causado pela prisão (verdadeira pena antecipada) já cumprida?

E não me venham com estatísticas de quantos recursos são providos nos tribunais superiores, pois para essas tenho tantas outras. Ademais, muitas decisões erradas dos tribunais são modificadas ou anuladas por outros meios, não recursais. Esse argumento é falacioso, por isso também desonesto. E, ainda que fosse verdadeiro, bastava um só recurso provido que já não se justificaria a decisão.

Ora, se o artigo 5º, LVII, da Constituição estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, é de todo inadmissível que alguém seja preso antes de definitivamente julgado, salvo a hipótese dessa prisão provisória se revestir de caráter cautelar. Soa, portanto, estranho alguém ser presumivelmente considerado não culpado (pois ainda não condenado definitivamente) e, ao mesmo tempo, ser obrigado a se recolher à prisão, mesmo não representando a sua liberdade nenhum risco seja para a sociedade, seja para o processo, seja para a aplicação da lei penal.

Assim, uma prisão provisória, anterior a uma decisão transitada em julgado, só se revestirá de legitimidade caso seja devidamente fundamentada (artigo 5º, LXI, CF/88) e reste demonstrada a sua necessidade. Nesse sentido, o artigo 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Se temos a garantia constitucional da presunção de inocência, é evidente que não pode ser efeito de uma sentença condenatória recorrível, pura e simplesmente, um decreto prisional, sem que se perquiria quanto à necessidade do encarceramento provisório. A prisão somente será uma decorrência de uma sentença condenatória recorrível quando que for cabível a prisão cautelar, medida excepcional.

Descurrou-se o Supremo Tribunal Federal, inclusive, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo menos em dois casos: Herrera Ulloa *versus* Costa Rica (2004) e Mohamed *versus* Argentina (2012)[1]. É muito possível, inclusive em razão de algumas colocações feitas pelos ministros, que a decisão da suprema corte tenha sido bastante influenciada por um receio de desagradar a opinião pública e a imprensa. Aliás, nesse ponto, as transmissões ao vivo das sessões da corte estão prestando um desserviço à Justiça, pois, ao contrário do que deveriam servir (à publicidade absoluta dos julgamentos), estão sendo utilizadas como verdadeiro palco para aulas dos ministros, alguns sem capacidade para ensinar nada! Basta observarmos a leitura dos cansativos votos, três, quatro horas de blá-blá-blá. Às vezes, matéria já decidida pela maioria, como foi o caso do ministro Gilmar Mendes quando, “séculos depois”, trouxe o voto-vista (panfletário) relativo ao financiamento privado de campanhas políticas.

Luhman já perguntou: “*Que es lo que los tribunales hacen? Deciden?*” E ele responde: “*la decisión opera dentro de su propia construcción que es sólo posible en el presente. Por outro lado, la decisión tiene consecuencias para los presentes en el futuro. La decisión abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían. La decisión presupone el pasado como invariable y el futuro como variable y precisamente por eso le da la voltereta a la relación de determinación: no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que*

*haya más decisiones. Por más problemático que esto sea, se puede comprender por qué los tribunales cuidan las consecuencias de sus decisiones y tratan de legitimarlas mediante la valoración de las consecuencias."* Viu Barroso?[1]

Também não foi apenas dessa vez que a suprema corte mudou radicalmente a sua jurisprudência como em um passe de mágica[2]. Enquanto outras cortes constitucionais levam décadas com o mesmo entendimento (mesmo mudando a sua composição e em respeito à própria instituição), aqui troca-se de entendimento com uma enorme facilidade, conforme seja do agrado da sociedade, muitas vezes. Ora, mas não é um ônus de uma corte constitucional ser contramajoritária? Ademais, como ouvir a maioria, se essa não tem conhecimento técnico a respeito da matéria. Quem tem, ou deveria tê-lo, são os ministros. Mas, não sendo contramajoritários, eles usam a sua prerrogativa constitucional de intérpretes da Constituição contra a própria democracia. Uma lástima.

Três últimas questões, para concluir:

Primeiro, uma pergunta: o que fazer com o artigo 283 do Código de Processo Penal, ainda hígido, pois nem sequer foi objeto de análise no julgamento, segundo o qual *"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"*. Este artigo deve ou não ser aplicado doravante? Nega-se-lhe validade? A corte não declarou a sua inconstitucionalidade, logo...

Segundo: tratando-se de jurisprudência prejudicial aos acusados (e, sobretudo, porque derivada de julgamento proferido em sede de controle difuso), por evidente que não deve retroagir para atingir processos relativos a fatos praticados anteriormente ao dia 17 de fevereiro de 2016. Aqui deve prevalecer a mesma regra aplicável ao Direito intertemporal[3].

Resta agora, para evitar a prisão automática decorrente do acórdão condenatório, uma das três opções: medida cautelar para que o relator no tribunal conceda efeito suspensivo ao recurso; mandado de segurança para reconhecimento desse efeito ou impetração de Habeas Corpus, alegando manifesta ilegalidade.

Pois é, como escreveu Roger Scruton, *"o Estado de Direito não é uma realização simples, para ser pesada contra os benefícios de algum esquema social rival e renunciado em seu favor. Pelo contrário, ele define nossa condição social e representa o ponto alto da realização política europeia. Há um Estado de Direito, contudo, somente onde todo poder, ainda que amplo, esteja sujeito à lei e limitado por ela."*[4]

[1] LUHMAN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, México: Herder, 2005, 2ª. edição, p. 371.

[2] <http://franciscofalconi.wordpress.com/2013/06/30/duplo-grau-de-jurisdicao-precedentes-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos> e

[http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_47\\_15.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_47_15.pdf)

[2] Por exemplo, a questão do cabimento do Habeas Corpus contra decisão monocrática de ministro da Corte: Habeas Corpus 105959 x Habeas Corpus 127.483.

[3] <http://emporiododireito.com.br/ate-que-ponto-o-novo-cpc-altera-o-sentido-dos-embargos-infringentes-no-crime-por-romulo-de-andrade-moreira-e-alexandre-morais-da-rosa/>. Nada obstante, o ex-Governador de Roraima, Neudo Campos, já condenado em segunda instância, teve sua prisão determinada pela Justiça Federal no mesmo dia da decisão do Supremo (<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-02/ex-governador-de-roraima-tem-pena-executada-com-base-em-decisao-do-stf>).

[4] SCRUTON, Roger, Pensadores da Nova Esquerda, São Paulo: É Realizações Editora, 2014, p. 305.