



SENSO INCOMUM

Presunção da inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC?

30 de junho de 2016, 8h00

Por Lenio Luiz Streck

Esta coluna é uma crítica a um voto de um ilustre ministro do Supremo Tribunal Federal. Na democracia, temos que discutir o conteúdo das decisões. A doutrina deve construir meios para tentar convencer o judiciário de que, em determinados casos, erra. É o que se chama de “efeito Julia Roberts”, cujo personagem, no filme Dossiê Pelicano, mostra o equívoco de seu professor em Harvard. Tanto errou que, ao depois, a *US Supreme Court* inverteu a sua posição. O texto no qual trabalhei isso se chama *A doutrina deve ou não deve apontar os erros do STF?* ([ver aqui](#))

O objeto de minha — respeitosa e lhana — crítica é o voto proferido pelo ministro Edson Fachin no HC 133.387 ([ver aqui](#)), em que ratifica a posição sobre a presunção da inocência constante no HC 126.292. Lembro que há duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade instando o STF a se pronunciar acerca da constitucionalidade do artigo 283 ([ver aqui](#)). O voto sob comento impactou profundamente a todos que pretendem a constitucionalidade do artigo 283. É meu dever cívico-epistêmico enfrentar o que ali está dito.

A argumentação da Ordem dos Advogados do Brasil — que subscrevi honrosamente — é constitucionalmente direta: *está-se diante de uma constitucionalidade espelhada* ([aqui](#)), o que pode ser visto pela simples comparação dos dois dispositivos. Vejamos:



Constituição da República

Artigo 5º

LVII — Ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

LXI — Ninguém será preso *senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Código de Processo Penal

Artigo 283

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.

Parece-me claro o espelhamento. Há uma adequada relação da semântica da Constituição e do artigo 283 do CPP. Essa é a nossa tese. Com a qual, como demonstrarei, o ministro Edson Fachin não concorda. Vamos, pois, debater?

Vamos ao que diz o voto: o artigo 637 do CPP atribuía apenas *efeito devolutivo* aos recursos especiais e extraordinários. Então até 2009, permitia-se, por uma interpretação que se limitava apenas ao plano da infra-constitucionalidade, a execução provisória de sentenças mesmo pendentes de apreciação de Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Ocorre que, em 2009, o STF alterou seu entendimento, passando a afirmar que, para dar fiel cumprimento ao que está contido no artigo 5º da Constituição Federal, a *prisão só é possível depois do trânsito em julgado*. E a reboque da nova jurisprudência do STF, em 2011 *foi introduzido o artigo 283 no CPP*. Em fevereiro de 2016, o Supremo, no HC 126.292, retornou à posição anterior a de 2009. *Conclusão do voto do ministro*: o artigo 637 atribuía apenas o efeito devolutivo e o novo Código de Processo Civil haveria inovado e passado a possibilitar, excepcionalmente, efeito suspensivo (artigos 995 e 1027). Por decorrência, como o CPC admitiria excepcionalmente esse efeito, *a decisão do STF de fevereiro apenas disse que em regra cabe execução provisória. Logo, com isso, não contrariou o artigo 283 e nem a Constituição Federal*. Na verdade, o novo CPC teria revogado o 283 do CPP, segundo o ministro. Dito de outro modo, o ministro tentou resolver a questão da presunção de inocência *fundamentando-se apenas nos efeitos dos recursos*, em regra apenas devolutivos — isto é, não suspensivos — o que demandaria o cumprimento imediato da sentença penal condenatória confirmada em segunda instância, antes, portanto, do trânsito em julgado. Todavia,

esta não é uma questão (meramente) processual; é *uma questão constitucional/substancial e materialmente deveria ser enfrentada*.

Mas, antes de analisar o voto do ministro, cumpre lembrar uma questão primordial que diz respeito à decisão do HC 126.292: quando um tribunal quer mudar seus próprios precedentes, há o correspondente ônus-argumentativo-de-demonstração-da-inadequação-jurídica da *ratio decidendi* desses precedentes. É dizer: se a impossibilidade de execução provisória da pena, em HCs como o 69.964 (ministro Sepúlveda) e o HC 84.078 (ministro Eros Grau) *foi fundamentada com base justamente na análise semântica do artigo 5, LVII, não poderia o STF afastar essa ratio decidendi sem que demonstrasse, após igual análise semântica*, a eventual compatibilidade dos termos "antecipação", "execução provisória" e "presunção concreta de culpa" — isto é, sem que demonstrasse que os referidos precedentes *erraram* quando entenderam pela incompatibilidade da execução provisória. Isso nem de longe foi feito pelo STF no HC 126.292. E isso é fato. E nem o ministro Fachin o fez no voto objeto desta análise crítica, por certo pela desumana pauta sobrecarregada do STF, que não permitiu essa pormenorização.

O voto do ministro não se alinhou com o brilho de seus escritos. Por exemplo, poderia ter prestigiado a doutrina. Com efeito, há ao menos três doutrinadores que buscaram interpretar o artigo 283 do CPP e as razões de sua introdução no ordenamento. Por exemplo, Guilherme Nucci^[1] explica que a norma contida no artigo 283 do Código de Processo Penal *“reproduz”* o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição. Também Douglas Fischer e Eugênio Pacelli, para quem, com o adendo do artigo 283 (Lei 12.403/11), *fica impedido o juízo de exceção à regra geral de proibição da execução provisória*.^[2] Tirante às filiações teóricas de cada um, uma coisa é certa: a unanimidade sobre o espelhamento do artigo 283.

Na verdade, por descuido, o ministro Fachin deu mais relevo ao CPC, mesmo que a questão trate de liberdades. Depreendo isso do voto, que diz que, *face ao CPC, não há nenhum problema de o STF decidir pela permissão de execução provisória da decisão condenatória de segundo grau*. Ou seja, para o ministro, o CPC permitiu que se restabelecesse a validade de um dispositivo do CPP (artigo 637, o qual, insisto, virara pó em 2009). Esqueceu, por exemplo, que, quando o STF decidiu o HC 126.292, o novo CPC *não* estava em vigor. Em palavras mais simples, *entre a taxatividade do artigo 283 do CPP (espelhado da CF) e uma suposta amplitude do CPC sobre recursos e seus efeitos, o ministro ficou com o CPC*.

Onde está o possível equívoco? Ao que consta, o ministro partiu de uma suposta mudança dos efeitos dos recursos extraordinários no CPC-2015, que, entretanto, *não ocorreu*. Eis o *busílis*. É verdade que o artigo 995, *caput*, do novo CPC inverteu a regra, presente no CPC-1973 reformado, no qual os pronunciamentos judiciais não possuíam executividade imediata. Com seu texto “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido

diverso”. Mas, atenção: *em relação aos recursos extraordinários, no plano da infra-constitucionalidade, tanto o artigo 542, §2º, do CPC revogado, quanto o artigo 1.029, §5º estabelecem-como-regra-tão-somente-o-efeito- devolutivo.*

A inovação é que o CPC-2015 criou um procedimento específico de requerimento de efeito suspensivo mediante simples petição para sua atribuição aos recursos extraordinários, *eis que até a entrada em vigor da nova legislação era necessária a utilização de sucedâneos recursais de cautelares inominadas para tal finalidade* (em conformidade com a construção jurisprudencial prevista nos enunciados 634 e 635 do STF). É disso que trata o voto? Vingando a tese, agora, com base no CPC, quando houver prisão por decisão do segundo grau, *o acusado deve fazer um requerimento para dar efeito suspensivo ao seu recurso extraordinário?* Será assim, ministro? Mas, com o disposto no artigo 5º, LVII e o artigo 283 do CPP, isto seria realmente necessário? O pressuposto é a Constituição Federal ou o CPC?

Perceba-se que, mesmo no período de 2009 a 2016, no qual vigeu a interpretação que reputamos correta do disposto na Constituição Federal, *a regra no processo civil era a de caber recurso extraordinário*, com efeito meramente devolutivo, excetuada a possibilidade de requerimento de efeito suspensivo pela via “própria” (as cautelares), ou seja, o ministro não se deu conta de que, nesse aspecto, *o novo CPC nada mudou*. Se o calço da tese era o novo CPC, já não para em pé.

Não vou discutir, aqui, argumentos pragmáticos do tipo “o réu pode abusar de seu direito e, portanto, só cumpre a pena quando quiser”. Acho que não é necessário. Estamos discutindo a Constituição e o CPP. E não argumentos de política ou pragmaticistas. Não podemos, por exemplo, culpar o réu por lutar por sua liberdade. Isso seria, *permissa vênia*, inverter as conquistas da modernidade. Não é por raciocínios utilitaristas que interpretaremos a Constituição.[3]

Outro possível equívoco: para o ministro Fachin, *a definição de coisa julgada e trânsito em julgado cabem ao legislador ordinário e não à Constituição Federal*. Permito-me discordar. Fosse isso possível, ter-se-ia que uma garantia do Estado de Direito, que define o momento de imunização das demandas judiciais, tem sua definição passível de ser manipulada pelo legislador ordinário, o que pode colocar em risco a tese da rigidez constitucional, afirmada desde *Marbury v. Madison*, em 1803.

Também poderíamos anotar que outro possível equívoco do voto esteja na mistura dos diversos tipos de prisão. Isto porque *prisão por alimentos não é pena; é uma medida processual coercitiva* para que se capte a vontade do devedor para o cumprimento da obrigação pecuniária. Portanto, aqui água e azeite. Conceitos de direito processual têm especificidades nos quais não cabem coisas como prisão por alimentos e outros tipos de multas ou prisões administrativas. *O artigo 283 do CPP*

foi elaborado justamente para assentar quais são os tipos de prisão penais são constitucionalmente aceitáveis. Ele veio para regular um problema processual penal — e não para "varrer do mundo" todas as outras prisões de cunho civil ou administrativo. O argumento parece não ter sido bem escolhido. O dispositivo não teve como objetivo varrer essas prisões, e sim varrer uma específica: *a que antecipa pena.* E isso está nos limites semânticos da Constituição. Justamente estes limites semânticos que foram utilizados em 2009 e que não foram suplantados em 2016. Não preciso, aqui, falar de Hesse e tantos outros autores que trabalharam a questão da força normativa da Constituição. Que envolve o respeito aos limites semânticos.[4]

Mais: a tentativa de dizer que a questão de fato já está decidida no segundo grau e que o STF vai julgar *só o direito* choca-se com toda uma tradição pós-metafísica de autores como Castanheira Neves, Friedrich Müller e Ovídio Baptista da Silva. Uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa. Impossível cindir isso.

Permito-me dizer que o raciocínio, como um todo, mereceria reparo. O equívoco maior pode estar na sua tese de fundo. E qual é esta? *A da prevalência do CPC em matéria de direitos de liberdade.*[5] Não posso concordar. Nenhum processualista penal ou constitucionalista concordará com ela. Do voto, pode-se concluir que o 283 do CPP tem função quando, excepcionalmente, com base no CPC, o Superior Tribunal de Justiça ou o STF concedem efeito suspensivo ao RE. Ao que se entende do que o ministro disse, o CPP (lei especial) teria sido alterado pelo CPC (lei geral e fonte subsidiária). Nem menos, nem mais. Mas, pergunto: em termos de antinomia, o critério cronológico não é fraco diante da especialidade? Talvez o julgador ministro Edson Fachin tenha sido traído pelo professor doutor Luiz Edson Fachin, brilhante catedrático de direito civil, ao tentar imprimir ao direito constitucional uma equivocada lógica privatista. Mas o assunto é de direito constitucional e trata da processualística relacionada às liberdades.

Em síntese, temos, pois, visões antitéticas: nossa tese, calcada na Constituição Federal e no artigo 283 do CPP, diz que não cabe execução provisória da pena, *em nenhuma hipótese.* Já a tese do ministro Fachin é: regra geral cabe prisão provisória; excepcionalmente, conforme o novo CPC, cabe um pedido de efeito suspensivo. Isto porque, para o ministro, *o CPC-2015 teria revogado o artigo 283 do CPP quando atribui ao RE e ao REsp tão somente efeito devolutivo.* Assim, procura escapar da discussão do espelhamento do artigo 283. Só que, neste caso, ele catapulta a discussão da Constituição Federal para a relação entre Códigos. Portanto, para o ilustre professor e ministro, trata-se de uma discussão meramente infraconstitucional.

Ou seja, em nova síntese: O artigo 637 (CPP-1941) já dispunha que só cabia efeito devolutivo no REsp e RE; com o advento da Lei 8.038 reforçou-se a ideia, pois o § 2º do artigo 27 também não prevê efeito suspensivo (potencializa a tese da execução

provisória);

o novo CPC tem a mesma orientação (RE não tem efeito suspensivo).

Ou seja: o ministro fez a leitura da Constituição Federal (presunção de inocência) pela legislação infraconstitucional (artigo 637 do CPP; artigo 26, §2º da Lei 8.038; artigo 1.029, § 5º do novo CPC — que dispõe sobre a concessão excepcional do efeito suspensivo mediante requerimento do recorrente). De todos os lados que se olha, o ministro Fachin acaba desviando da boa interpretação da Constituição.

Numa palavra final, a partir da Constituição — que fez uma opção que pode não ser a de outros países, *mas, paciência, esta é a nossa Constituição* — o legislador espelhou a tese de que prisão, no sentido processual da palavra, só depois do trânsito em julgado. *E depois que alcançamos esse patamar, o judiciário não pode, só porque não concorda com a semântica constitucional, vir a dizer mais do que a Constituição. E nem menos.* O STF não possui uma “coisa” que o constituinte tinha e mesmo o parlamento, ainda que dentro de determinados parâmetros constitucionais, tem: voto. Por isso — e isso sempre vem bem lembrado pelo ministro Marco Aurélio — a Constituição Federal diz que *são poderes da República o legislativo, o executivo e o judiciário*. E não o contrário.

Uma pequena observação, ainda. Talvez o mais inusitado é que, de tudo isso, possamos tirar efetivos avanços, paradoxalmente no processo civil. Com efeito, na contramão do modo ampliativo propugnado pelo ministro Fachin para a aplicação do CPC, vê-se que, no STJ e no restante dos tribunais e fóruns, ocorre uma quase-desobediência civil contra o CPC. Veja-se que já há até enunciado “determinando” a não aplicação do CPC aos juizados especiais. O STJ multiplicou por nove o prazo de pedido de vista. A coerência e integridade do artigo 926 está sendo esvaziada. O artigo 371 está virando pó. O artigo 489, nem falar.^[6] Quer dizer: para “resolver problemas e incongruências do CPP” podemos aplicar o CPC; já para o próprio ramo processual civil, o restante do Judiciário não quer aplicar esse mesmo CPC. Tenho a certeza que terei um aliado de peso na minha luta pela aplicação do CPC. Inclusive em lugares que mais resistem, como a Justiça do trabalho.

Devemos, pois, unir forças no Direito. Precisamos falar sobre tudo isso, parafraseando um famoso livro de Lionel Shriver. O ministro Fachin, um cientista do Direito, por certo dedicará atenção para estas respeitosas críticas. Que têm, metaforicamente, a pretensão de funcionar como “o fator Julia Roberts”.

A dogmática jurídica brasileira deve ter maturidade para discutir se a aplicação do Direito deve permitir que argumentos morais, políticos e pragmáticos sejam “incorporados” judicialmente para “corrigir” os pretensos “defeitos” das leis e, pior, da própria Constituição. De minha parte, tenho propugnado que não. Pode ser uma posição conservadora a minha. Posso estar,

como muitos dizem, excessivamente “agarrado a Constituição”. Como disse um prócer da Capes certo dia, “lá vem o Lenio de novo falando em Constituição”. Pois é. Pode ser que eu seja conservador. Alguns até me chamam de “originalista”, o que, por certo, é um exagero. Se a dogmática aceitar esse tipo de incorporação corretiva, deve, ao menos, dizer em que circunstâncias e pugnar por preservar minimamente os textos. Preservar a legalidade constitucional, para ser mais simples (uso o temo conforme Elías Díaz, é claro).

De todo modo, *precisamos refletir sobre os limites do Judiciário na interpretação na lei*. Ele não faz a lei. Ele a cumpre. Claro que o Judiciário não é inerte. Não é a boca da lei. Mas também não é o proprietário dos sentidos da lei. Minha procura cotidiana é por esse caminho do meio. Nem escravo, nem dono. Por isso, o texto da lei e da Constituição pedem passagem. Gadamer contava que leu de Schopenhauer uma frase que nunca esqueceu: "o texto é como o rei: ele tem a primeira palavra".

1 *Código de Processo Penal comentado*, 2015.

2 *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*; 2013, p. 578-579.

3 E não se diga que a decisão do STF no HC 126.292 tenha sido uma mutação. Marcelo Cattoni, Martonio Barreto Lima e eu escrevemos um contundente repto à decisão do STF na Rcl 4335 ([ler aqui](#)). Tudo o que escrevemos se aplica agora ao HC 126.292. Mutações surgiram na crise do positivismo para esconder o decisionismo. Não me consta que estejamos na crise do positivismo formalista, certo? Para uma reconstrução do pensamento de Dau-Lin, bem como um panorama histórico e crítico das principais teorias acerca do conceito tradicional de mutação constitucional, remetemos à obra de Flávio Quinaud Pedron, *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

4 Para quem teimar em querer me chamar de positivista por isso — o que não considero ofensivo nem um pouco — remeto o utente ao artigo Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Disponível [aqui](#).

5 Aury Lopes Jr. De há muito critica isso, dizendo que não se pode admitir o transplante livre de institutos do processo civil para o processo penal, como se ambas as realidades normativas fossem idênticas (*Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 56-59).

6 Quem tiver dúvida, veja este acórdão do STJ: EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA

CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

Lenio Luiz Streck é jurista, professor de direito constitucional e pós-doutor em Direito. Sócio do Escritório Streck, Trindade e Rosenfield Advogados Associados: www.streckadvogados.com.br.

Revista **Consultor Jurídico**, 30 de junho de 2016, 8h00