

A Sentença Penal Condenatória Confirmada em Segunda Instância e a Perda do Cargo Público

A Sentença Penal Condenatória Confirmada em 2ª Instância e a Perda do Cargo Público

The Criminal Sentence Confirmed by the Court of Appeals and the Dismissal of the Public Functions

BRUNO BARCHI MUNIZ

Pós-Graduado em Direito Tributário e Processual Tributário pela Escola Paulista de Direito (EPD), Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos, membro da Associação dos Advogados de São Paulo. É sócio-fundador do escritório Losinskas, Barchi Muniz Advogados Associados e advogado em São Paulo.

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar a recente decisão do STF que autorizou a aplicação de pena de prisão após confirmação da condenação em segunda instância e suas repercussões no Direito Administrativo, especificamente sobre a perda do cargo público em virtude de condenação criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Sentença penal; condenação; cargo público; constituição; presunção de inocência.

ABSTRACT: The present work has the objective to analyze the recent decision by STF which authorized the imprisonment for those whose conviction are confirmed by the court of appeals and its rebounds in administrative law, especially about the dismissal of the public functions linked to criminal conviction.

KEYWORDS: Criminal sentence; conviction; public functions; constitution; presumption of innocence.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O regime constitucional da presunção de inocência; 2 Efeitos da sentença penal condenatória; 3 O caminhar do STF e o caminhar da legislação brasileira; 4 A condenação em segunda instância e a posição do STF – ADCS 43 e 44; 5 Efeitos no direito administrativo sancionador: a perda do cargo público; 6 A vedação ao retrocesso; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O Brasil vive um momento muito polêmico, mas que parece orientado pelo espírito de nosso tempo. Sim, pois não é exclusividade brasileira a ascen-

são desenfreada do Poder Judiciário, que, a pretexto de garantir a democracia, acaba por recortá-la por meio de uma Aristocracia dos Juízes.

Recentemente, o nosso STF começou a abusar do que entendia e chamava de “lacuna da lei” e passou a legislar, criando novos institutos, fórmulas e proposições *contra legem* e, afinal, contra a Constituição Federal.

Podemos citar, de passagem, alguns casos recentes, tais como a criação da “suspensão de mandato eletivo”, figura sem base legal ou constitucional, aplicada a Eduardo Cunha, que, na visão dos ministros julgadores, estaria se utilizando do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados para coagir testemunhas e prejudicar a instrução dos processos criminais dos quais era réu.

Salta aos olhos de qualquer um que a solução para o caso, se isso era verdade, seria a prisão cautelar, na forma do art. 312 do Código de Processo Penal. Muito pouco tempo antes disso já havia sido aplicado ao então Senador Delcídio do Amaral.

Porém, como dito, a solução mágica tirada da cartola dos ministros, previamente combinados, como disseram os jornais, foi a de suspender o mandato de Eduardo Cunha, criando verdadeiras leis novas por meio da jurisprudência. Só que essa jurisprudência não durou muito.

Ainda de forma mais recente, homenageando outra invenção do STF, de que réus não podem estar na linha sucessória presidencial, Marco Aurélio Mello concedeu liminar para retirar Renan Calheiros da Presidência do Senado. O Senado se recusou a cumprir a ordem e, ao final, o Pleno do STF permitiu a Renan continuar na Presidência do Senado, impedindo-o, porém, de assumir a Presidência da República, se a sucessão até ele alcançasse.

Tudo, absolutamente tudo isso não está na lei ou na Constituição, mas foi fruto da simples vontade dos ministros do STF, embasada de forma extremamente precária, mas dando o tom do governo dos juízes.

Também recentemente o Ministro Barroso buscou revogar a proibição ao aborto até o terceiro mês de gravidez, tendo sido acompanhado por outros de seus pares.

A esse respeito, ainda em dezembro de 2016, o Ministro Luiz Fux, em palestra promovida no 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, assim disse:

Há várias questões em relação às quais o Judiciário não tem capacidade institucional para solucionar. É uma questão completamente fora do âmbito jurídico. Mas, mesmo assim, temos que decidir. E por que temos que decidir? Porque a população exige uma solução. Essas questões todas deveriam, realmente, ser resolvidas pelo Parlamento. Mas acontece uma questão muito singular. O Par-

lamento não quer pagar o preço social de decidir sobre o aborto, sobre a união homoafetiva e sobre outras questões que nos faltam capacidade institucional.

Com essa declaração, que seria um escândalo para qualquer país sério e civilizado, o Ministro Fux avocou ao STF a função de legislador quando houvesse omissão (ou suposta omissão) das Casas Legislativas.

De acordo com ele, há uma espécie de vacância do poder de legislar, sendo que se não exercido pelo respectivo poder, outorgará automaticamente ao Judiciário o poder/dever de legislar em seu lugar.

Ocorre que nem mesmo este absurdo encontra bases sólidas, pois, a título de exemplo, na mencionada decisão sobre o aborto, o legislador já deu a sua palavra – *vide* art. 124 do Código Penal, em tipo especial de homicídio –, enquanto que o constituinte não fez ressalvas ao proclamar o direito à vida, no art. 5º.

Nota-se, pois, que o STF exerce mais do que o papel de usurpador que Fux tanto deseja, mas alcança o papel de revogador da lei, impondo norma nova conforme seu bel prazer. Nem mesmo o Poder Moderador Imperial tinha esse poder.

Como dito no primeiro parágrafo, essas sandices não são uma exclusividade brasileira, mas um fenômeno de nosso tempo, como se viu também na Grã-Bretanha, quando juízes das Altas Cortes barraram o “Brexit” afrontando a vontade popular, manifestada de forma direta, por meio de referendo, alegando que seria necessário que as Casas Legislativas britânicas se manifestassem para impor a retirada da União Europeia.

Lá, nas capas dos jornais se estampou que os juízes eram “Inimigos do Povo”. Por aqui, nossos ministros dos Tribunais Superiores agora são vistos pelo povo com a mesma visão com que o homem comum olha para representantes do Executivo e Legislativo: com o ar da delinquência a lhes rodear.

O STF tem dado mostras terríveis de politicagem e tratado a lei e, pior ainda, a Constituição como um empecilho desagradável à persecução de suas vontades pessoais ou institucionais.

E quando isso acontece, o sistema jurídico, que é, de fato, um sistema acaba por ruir, porque não se pode retirar ou alterar uma norma aqui e outra acolá sem causar uma verdadeira quebra desse sistema.

E mais grave ainda o é quando a ruptura se dá em um princípio basilar do sistema, ocasionando a implosão de todo o Direito, como se houvesse o corte da árvore pela raiz, e não a quebra de um dos galhos mais afastados.

Isso aconteceu como adiante melhor analisaremos, quando o STF definiu a possibilidade de prisão de condenados em segunda instância, alterando o paradigma constitucional da Presunção de Inocência.

A mudança, comemorada por muitos do povo, talvez mais pela sua conveniência do que pela sua constitucionalidade, gera inúmeras implicações não visualizadas no primeiro olhar, como a situação da perda do cargo público em decorrência da condenação criminal, assunto que passaremos a melhor analisar a partir de agora.

1 O REGIME CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O regime constitucional da Presunção de Inocência é um dos poucos capítulos da Constituição Federal em que o constituinte foi claro, direto e conciso, sem muito falar ou esmiuçar. Em outras palavras, foi um dos poucos momentos em que o constituinte realmente compreendeu a função de uma Constituição Federal. Vejamos:

Art. 5º 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:

[...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...].

Nota-se, desde logo, que o dispositivo encerra um Princípio Constitucional com conteúdo claro, mas não especialmente inédito, já conhecido em boa parte do mundo ocidental.

E por ser um Princípio é que já começa o grave problema. A advertência vem de uma das mais clássicas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido,

porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...¹.

E foi isso que o STF praticou.

Se observarmos em causas próximas, perceberemos que a norma que enuncia o Princípio da Presunção de Inocência tem índole de direito fundamental de primeira geração, ao estabelecer, afinal, uma garantia à pessoa e um dever de abstenção ao Estado, destinatário da norma, determinando o que ele não poderá fazer.

Como o Estado possui o monopólio da jurisdição em âmbito criminal, a norma, com toda segurança, determina que o Estado não poderá considerar ninguém culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Como a culpabilidade é pressuposto de pena, em não se havendo a culpa – ou a declaração final e irreversível de culpa, conforme a Constituição –, não poderá haver condenação, muito menos pena.

Se interpretarmos de forma sistemática a Constituição Federal, acabaremos por concluir que o Princípio da Presunção de Inocência é harmônico com os demais que o acompanham, tais como a garantia de ampla defesa, o direito à via recursal e, afinal, a garantia do devido processo legal, nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

Pessoalmente, posso até considerar que a confirmação da condenação em segunda instância, por um colegiado, dará certeza razoável sobre a ocorrência do fato criminoso e sua autoria, mesmo porque, salvo exceções e recursos específicos, aos Tribunais Superiores cabe apenas a discussão do direito, não mais dos fatos.

Com efeito, a prisão dos condenados em segunda instância tenderia a fazer com que a sensação de impunidade que ronda o brasileiro decaísse consideravelmente.

Assim, a discussão não é sobre a conveniência social ou não da prisão em segunda instância, nem da prevenção geral positiva ou negativa que poderia gerar, mas o que a Constituição Federal diz a esse respeito. E a visão nela estampada com clareza solar é a de que não haverá declaração de culpa antes do trânsito em julgado da ação penal.

E certo é que o STF, suposto guardião da Constituição Federal, violou-a frontalmente, embora não tenha, talvez, considerado os efeitos descompassados que gerariam no direito ao implodir esta coluna vertebral do sistema.

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Elementos de direito administrativo, 1986, p. 230 apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157.

2 EFEITOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Ao que parece a decisão do STF permitindo a prisão após condenação não definitiva em segunda instância analisou apenas um dos efeitos da sentença penal condenatória, certamente o mais grave, mas se esqueceu de alguns outros efeitos, de natureza civil ou administrativa, que acompanham necessariamente a condenação criminal.

Vejamos o Código Penal:

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

- a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
- b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

A questão da independência das esferas civil, criminal e administrativa é bastante conhecida, mas a própria lógica jurídica nos impõe que a sanção criminal é especialmente grave por sua própria natureza, de *ultima ratio* do Estado de Direito, motivo pelo qual a lei impõe que a condenação criminal importa reparação civil e penalidade administrativa, mas o contrário nem sempre é válido.

Não raro é um funcionário sofrer, após processo administrativo, a penalidade de “demissão”, enquanto que na esfera criminal pode acabar sendo absolvido por falta de provas.

O contrário, porém, seria, ao menos em tese, inválido, pois a sentença condenatória criminal importa no reconhecimento da existência do fato, sendo de rigor a observância para as esferas cível e administrativa.

Por isso a lei, sem nenhuma contradição, invasão ou supressão de razoabilidade inclui a perda do cargo público como um efeito da condenação criminal, observado o disposto nas alíneas anteriormente transcritas.

Nesse sentido, nota-se que o nosso Código Penal fala, nos arts. 91 e 92, ao tratar dos efeitos da pena, em “condenação”, mas não em “condenação definitiva” ou “trânsito em julgado”.

Porém, como dissemos, condenação leva à pena, e pena é consequência de culpa, que, na dicção constitucional, somente emerge após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Dessa forma, a única interpretação possível para os arts. 91 e 92 do Código Penal, é a “interpretação conforme a Constituição”, no sentido de que a

expressão “condenação”, nos arts. 91 e 92 do Código Penal, deve ser interpretada como “condenação definitiva”.

Quem nos dá a aula a esse respeito, surpreendentemente, é Luís Roberto Barroso, hoje ministro do STF:

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorre do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.²

Barroso, é bom lembrar, votou pela possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, talvez se convertendo indevidamente em legislador positivo ou, pior ainda, em constituinte positivo.

A interpretação muito simples dos dispositivos penais e constitucionais leva a crer que não é possível, senão para o STF, a prisão em segunda instância, como espécie de antecipação da pena, por motivos que veremos adiante.

De qualquer modo, faz bem verificar que o STF está andando no sentido diametralmente oposto da legislação brasileira mais recente.

3 O CAMINHAR DO STF E O CAMINHAR DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como dito anteriormente, posso até pessoalmente achar conveniente a prisão do condenado em segunda instância e antes do trânsito em julgado. O “problema” é a Constituição Federal e todo o sistema jurídico que dela decorrem, apontando em sentido completamente oposto.

A esse respeito, convém notar que até a legislação que não impunha privação de liberdade estava caminhando especificamente para homenagear a presunção de inocência, em inúmeros aspectos.

A título exemplificativo, podemos falar da revogação do art. 393 do Código de Processo Penal. Vejamos qual era o seu texto:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

2 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...*, p. 373.

- I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;
- II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Essas normas foram revogadas pela Lei nº 12.403/2011, não tendo qualquer substituição. Isso significa, como qualquer um pode ver, que a sentença condenatória, enquanto recorrível, não permite nem mesmo que se lance o nome do réu no rol dos culpados. Muito menos, pela proporcionalidade e razoabilidade, poderia ocorrer algum tipo de prisão.

O STF, como é notório, alterou e subverteu completamente o sistema que existia a respeito do tema, de modo que agora permite a prisão daquele que não foi definitivamente condenado, mantendo, porém, o impedimento de situações que parecem menos gravosas.

4 A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A POSIÇÃO DO STF – ADCS 43 E 44

Os processos que geraram o entendimento sobre a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância foram as ADCs 43 e 44, que tinham como objeto de debate o art. 283 do Código de Processo Penal.

Essas ações, aliás, derivaram do reconhecimento de possibilidade de prisão em segunda instância conforme exposto no julgamento do HC 126.292, ocorrido em fevereiro de 2016, sob relatoria de Teori Zavascki, que surpreendeu toda a comunidade jurídica.

Vejamos o dispositivo, com redação trazida também pela Lei nº 12.403/2011:

Art. 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.

O dispositivo, inserido ao mesmo tempo em que se revogou a inserção do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado, parece claro no sentido de impedir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, senão nas hipóteses que o próprio artigo prevê, podendo ser sintetizadas como a situação de flagrante e as prisões cautelares.

Como dito anteriormente, a legislação andou para um lado, mas o STF andou para o outro e, ao final, por maioria, declarou-se a possibilidade de prisão do condenado em segunda instância.

Os principais argumentos da decisão, em suma, foram: 1) a necessidade de efetividade da aplicação da lei penal (cf. Luís Roberto Barroso); 2) a garantia da finalidade de pacificação social (cf. Teori Zavascki), 3) que o constituinte não

teve a intenção de impedir a prisão após a condenação em segundo grau, pois, se assim quisesse, teria expressado no art. 5º, LXI, que trata das hipóteses de prisão, além de ser desproporcional a preocupação com o direito fundamental do acusado e com o direito fundamental da sociedade, que pretende ver a aplicação da lei penal (cf. Luiz Fux); 4) outros países admitem a prisão após condenação em segundo grau (cf. Gilmar Mendes); 5) em havendo duas condenações, a prisão do condenado não aparenta ser arbítrio, sendo que a presunção de inocência não pode suplantar a preservação do sistema e de sua confiabilidade, base das instituições democráticas (cf. Cármen Lúcia); 6) a prisão em segunda instância ocorre após a finalização na análise do caso nas instâncias ordinárias, sendo que a Constituição “não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta” (cf. Edson Fachin).

Salta aos olhos que toda a argumentação a respeito da prisão após condenação em segunda instância é muito interessante, razoável e, ousado dizer, justa. Mas, como também dito à exaustão, não é o que a Constituição Federal considera, e ela, como Lei Maior, é quem tem a prerrogativa de definir a condição de inocência.

Entretanto, essa argumentação acaba sendo bastante perigosa, pois, excluídas as afirmações de Edson Fachin e Cármen Lúcia, poderiam ser utilizadas tranquilamente para embasar a prisão após condenação em primeira instância, ou quiçá até mesmo antes dela.

Quando o parâmetro deixa de ser a Constituição Federal, qualquer coisa se torna válida, permitindo que questionemos, sim, por que prisão em segunda instância, e não em primeira? Ou então, por que não logo após a descoberta dos indícios de autoria do crime? Do ponto de vista psicológico, para o apenado, poderia fazer até mais sentido.

Estamos, com toda evidência, conjecturando, mas o raciocínio dessa decisão que desvirtua os dizeres constitucionais levam à permissão de qualquer entendimento, de modo que a homenagem à “ordem jurídica” pode acarretar na mais inusitada desordem jurídica.

E isso se percebe pela falta de proporcionalidade e razoabilidade desta decisão em comparação com outras também recentes, fora da esfera propriamente penal, mas cujas repercussões dela decorrem.

5 EFEITOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: A PERDA DO CARGO PÚBLICO

Feitas todas as observações anteriores, agora sim passaremos propriamente à análise do tema deste artigo, sobre a perda do cargo público, previsto como efeito da condenação, no Código Penal.

As alíneas do art. 92, I, do Diploma Legal impõem os requisitos específicos de pena para que ocorra a perda do cargo público. Como não são propriamente o tema desta análise, desconsiderá-la-emos, presumindo que as condenações preencherão aqueles requisitos.

Parece-nos que a primeira observação é a de que a subversão do STF permitiu a prisão após a condenação em segunda instância, mas a leitura dos votos dos ministros leva à conclusão, um tanto inusitada, de que é possível o cumprimento de pena antecipado, enquanto que nenhum chama o condenado em segunda instância propriamente de “culpado”. É a inauguração da pena sem culpa, vedada pela Constituição e vulnerada pelo STF.

Pois bem. A inexistência da situação de “culpado”, que é o que entendemos como efeito da condenação final, impede a propagação e aplicação dos efeitos dos arts. 91 e 92 do Código Penal, se dermos a interpretação conforme a Constituição, como descrito no tópico 2 deste estudo.

Assim, apesar de condenado (não em definitivo) e até mesmo preso, entendemos que não pode ocorrer a privação do cargo público, pois, desde a decisão do STF, como mencionado, podemos ter início de execução de pena mesmo sem a certeza da condenação final.

Mas isso não afeta o regime do servidor público, pela falta da condenação definitiva, do trânsito em julgado necessário para que efetivamente se chame alguém de “culpado”. E, ao que parece, é a posição do próprio STF.

Podemos citar, a título exemplificativo, a decisão do RE 591.054, relatado por Marco Aurélio Mello, DJe de 26.02.2015, que, em sede de repercussão geral, firmou tese no sentido de que, “ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais”.

Temos ainda diversos julgados, valendo citar AI 829.186-AgRg (Relator Dias Toffoli, DJe de 27.06.2013), ARE 847.535-AgRg (Relator Celso de Mello, DJe de 06.08.2015, ARE 915.004-AgRg (Relator Dias Toffoli, DJe de 18.04.2016) e RE 827.546-AgRg (Relator Dias Toffoli, DJe de 26.05.2015), informando que “a jurisprudência da Corte firmou o entendimento de que viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Como se vê, para o concurso público é necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória para o reconhecimento da culpabilidade do agente, não devendo ser interpretado de forma diversa no caso do servidor efetivo, em situação ainda mais estável.

Claro que poderemos chegar à bizarra situação de um servidor com processo ainda não finalizado, preso em segunda instância e mantendo o seu cargo e, provavelmente, os benefícios, invertendo a lógica da *ultima ratio* do Direito Penal.

No fundo, o que se criou foi uma espécie de “execução provisória” para o cumprimento de pena, semelhante a do processo civil, mas com o inconveniente de que a execução da sentença não pode ter reversão, nem o tempo de prisão admite caução. A tendência de se ter processos contra o Estado em decorrência de erro judiciário ou acusação análoga é enorme, ainda mais em tempos em que começa a se discutir severamente a responsabilização pessoal dos agentes públicos.

O Direito Administrativo Sancionador não admite “execuções provisórias”, embora detenha inúmeras medidas de índole cautelar. Mas a perda do cargo público não pode ter aspecto provisório, dada a questão da investidura e a própria natureza de certos cargos, que desempenham função de agentes políticos, trazendo em sua essência a realização de parcelas do poder da Constituição.

O afastamento cautelar do servidor já é fonte de inúmeros problemas de ordem indenizatória contra o Estado, em caso de reversão. A perda do cargo público, que somente pode ser definitiva, não pode se dar senão com a certeza da condenação, coisa que só acontece com o trânsito em julgado.

6 A VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Convém ainda, nesse sentido, citar um “princípio” que é de conteúdo falso, em nossa opinião, mas que bem serve para ilustrar a confusão criada pelos nossos ministros.

Não é nenhum absurdo imaginar que uma emenda constitucional que viesse a expressamente autorizar a prisão em segunda instância fosse julgada inconstitucional, por violar cláusula pétrea e, enfim, por violar a presunção de inocência inscrita na Constituição Federal.

Ora, o STF sempre assim julgou, inclusive nas decisões mais recentes, *vide* HC 135.100-MC, relatado por Celso de Mello (DJe de 01.08.2016), em que expressamente se falou que a presunção de inocência é “prerrogativa essencial que somente se descaracteriza com o trânsito em julgado da condenação criminal”.

Assim, uma emenda constitucional (que seria flagrantemente inconstitucional) provavelmente teria sua inconstitucionalidade reconhecida pelo STF, se dessa forma escancarada. Mas há ainda o tal “princípio” de falso conteúdo.

Falamos sobre o princípio da “Vedação ao Retrocesso”, que é, em suma, “a progressiva ampliação dos direitos fundamentais”³, não se permitindo sequer a revogação de normas que supostamente retirariam os tais direitos fundamentais.

Como dito, consideramos um princípio falso, até pela falta de clareza (e não estamos falando de alta abstração) desse “princípio”, mas, se ele fosse verdadeiro, e Luís Roberto Barroso pensa que é, a conclusão inevitável é no sentido de que a decisão do STF que permitiu a prisão em segunda instância vulnerou esta norma e gerou retrocesso, na medida em que ceifou o direito de o condenado ser presumidamente inocente até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo o que dissemos e analisamos foi com base no cenário nebuloso que hoje temos no STF e suas decisões, que, tenhamos coragem de dizer, violam a Constituição, não sendo fruto de “divergência de entendimento”.

Reconheço como razoáveis e até mesmo interessantes os argumentos dos ministros e, de fato, talvez até preferisse viver em um país em que condenados fossem efetivamente presos. Mas a nossa Constituição possui barreiras maiores e tenho certeza de que não quero viver em um país com uma Constituição fragilizada, relativizada ou mesmo vulnerada por quem supostamente deveria protegê-la.

Enfim, a lógica elementar aponta no sentido de que a interpretação da expressão “condenação”, nos arts. 91 e 92 do Código Penal, deve ser conforme a Constituição, para fazer com que “condenação” signifique “condenação definitiva” ou “condenação com trânsito em julgado”.

O STF não está andando de acordo com o legislador, que alterou a legislação para expandir os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

A inversão dos motivos mais graves em relação aos menos graves, considerando que a privação da liberdade é a última medida do nosso Direito, acaba gerando enormes desequilíbrios, especialmente quando rompidas as bases elementares da Constituição.

Ainda assim, a perda do cargo público em decorrência de sentença penal somente poderá ocorrer após o esgotamento das vias, com o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, sendo que a perda do cargo público é

3 Idem, p. 381.

medida definitiva e não se compatibiliza com questões de execução provisória ou antecipada.

Raciocínio inverso levaria certamente a novos processos nos tribunais, dessa vez para discutir a responsabilidade civil do Estado por eventuais erros judiciários.

Certamente a melhor solução, inclusive para prescindir desse tipo de análise, é a efetivação da duração razoável do processo, outro princípio constitucional (art. 5º, LXXVIII) cujo cumprimento não é levado a sério, esbarrando em enormes problemas de ordem organizacional, reais e, às vezes, fabricados.

Tivéssemos processos, especialmente os criminais, durando tempo justo e razoável, não precisaríamos estar escrevendo sobre decisões inusitadas que supostamente objetivam a garantia da efetividade do processo, sabendo que não se tem uma solução judicial rápida no Brasil.

Todo o exposto nos vem com o emprego do que consideramos ser a melhor lógica jurídica, mas que pode decair a qualquer momento, com a liberdade ilimitada que hoje possui o STF, liberdade até mesmo de desrespeitar flagrantemente a Constituição, como devemos lamentar.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.