

Streck: Nem o Supremo pode dar às palavras o que sentido que quer

07/10/2019

Spacca



Legenda

Abstract: Nulidade exige prejuízo? Vale bater o pênalti com goleiro vendado?

Por maioria de 7 a 4, o plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que as alegações finais do réu delatado devem vir por último, isto é, de todo modo, devem vir depois das do réu delator. No fundo, fez-se uma interpretação-conforme-ao-devido-processo-legal e ao direito à ampla defesa, previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Restou, no entanto, a discussão acerca dos efeitos.

Na verdade, tratando-se de direitos fundamentais (no caso, o STF já reconheceu que a ampla defesa e o devido processo legal são dessa extirpe), não se pode falar em modulação ou outro nome que se dê à coisa. Nesse sentido, Georges Abboud [foi](#) no âmago do problema: não cabe modulação.

Todavia, por 8 votos a 3, o STF decidiu, embora dizendo que não cabe modulação, deixar aberta a porta daquilo que disse não pretender fazer: a própria modulação, o que fez o ministro Lewandowski brincar com a questão, dizendo “ainda que se chame a um gato de cachorro, ele não deixará de miar” e, sim, apenas de fixar uma tese. Na verdade, um tribunal julga. Não faz teses. Tribunal julga causas.

De todo modo, a decisão está tomada. Resta, agora, saber qual será o alcance da decisão. O fato — e fatos existem — é que o STF (já) *disse que se tratava de uma nulidade absoluta*, tanto é que

anulou a decisão, ao conceder a ordem de habeas corpus. Porém, ronda o espectro da nulidade absoluta *versus* nulidade relativa. Para além de um espectro, trata-se de uma falsa dicotomia, sustentada no adágio *pás de nulitté sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).

Ocorre que esse adágio não é princípio; esse adágio é anterior a Constituição; esse adágio vai contra a tese desenvolvida contemporaneamente de que uma nulidade do naípe de um direito fundamental (no caso, ampla defesa e devido processo legal) é sempre absoluta. Deve ser dada de ofício. O tribunal não dispõe da nulidade. Não é mensurável. Ela é! Simplesmente é. Presume-se o prejuízo.

Por isso, insisto no que já [escrevi](#) no dia 30 de setembro: a decisão de concessão do HC fez uma leitura constitucionalmente adequada dos dispositivos do Código que tratam disso. Assim decidindo, *criaram jurisprudência no sentido da aplicação do devido processo legal substantivo (ampla defesa efetiva)*. Claro que isso tem consequências.

- (i) Já não se pode simplesmente dizer que somente alguns réus devem ter o direito de ter a sentença anulada.
- (ii) O direito ao devido processo legal *não depende e não pode depender de quem pedir*.
- (iii) A concessão da garantia de ampla defesa efetiva-substantiva decorre de obrigação do Estado.
- (iv) E, em sendo a decisão do STF a afirmação do devido processo legal substantivo, não se pode exigir que o réu prove o prejuízo para dele se beneficiar. Por quê? Porque este é ínsito ao não cumprimento do *substantive due process of law*.
- (v) Em síntese: O prejuízo é presumido.
- (vi) Se o STF restringir os efeitos da decisão, irá transigir com normas constitucionais.
- (vii) Em face de casos de violação, o tribunal não pode deixar de assegurar essas garantias, sob pena de usurpação do lugar que é dos constituintes. Em nenhum lugar do mundo, a começar pelos Estados Unidos, restringe-se o efeito retroativo de uma anulação em favor do réu; restringe, sim, apenas quando a anulação prejudica o réu.
- (viii) Trata-se do velho princípio da regra mais favorável, presente em todos os sistemas jurídicos democráticos, inclusive no Brasil.

Por último, há que registrar que a tese que pretende limitar os efeitos (por todos, cito o Ministro Barroso) funciona como uma palavra mágica tipo “abre-te Sésamo”: o réu, para se beneficiar da decisão do STF, tem de alegar e provar o prejuízo. O que é isto, na prática? Simples: Pura subjetividade. Dependerá, sempre, do Tribunal.

Contra isso, permito-me fazer uma analogia ou uma alegoria, que recebi gentilmente de um desembargador federal garantista:

- (i) O réu ter de alegar ou provar o prejuízo é como bater pênalti com goleiro vendado e amarrado: se ele não disser que suas chances são nulas, vale o gol, já que sua impossibilidade de ver e se mexer não demonstram por si só o prejuízo.
- (ii) Ou, por outra alegoria, o árbitro diz: se não reclamarem eu não marco impedimento, ainda que ele exista e desse impedimento saia um gol.



Resta saber como será o placar desse grande jogo que será a decisão acerca do alcance da nova jurisprudência (um novo precedente), tratando da redefinição significativa do artigo 403 do CPP.

O que importa é que os sentidos das palavras do texto constitucional não pertencem ao STF. Os sentidos da Constituição não são privados, não pertencem aos integrantes da Corte. Eles são públicos, construídos em linguagem pública. Por isso, o STF não pode dar às palavras o sentido que quer. Isto vale também para a discussão da presunção da inocência. Por isso é que, no conto de Lewis Carol (Alice Através do Espelho), a personagem Alice contesta Humpty Dumpty quando este lhe diz que pode haver, em vez de um aniversário, 364 desaniversários. Ela “esgrime a Constituição” e diz: não pode ser assim. E este diz: Pode, sim. Porque eu dou às palavras o sentido que quero.

E a comunidade jurídica deve responder também: não, não pode ser assim!

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-out-07/streck-nem-supremo-dar-palavras-sentido/>