



Kakay: Discutir a prisão antecipada vai além do caso Lula

Texto originalmente publicado no UOL com o título "ADC 43 – A defesa da liberdade nunca se apequena".

Quando o Supremo Tribunal Federal, numa quarta-feira modorrenta [5 de outubro de 2016], julgando um Habeas Corpus, que é essencialmente um processo da defesa, sem sequer ter sido feita sustentação oral, teve a ousadia de afastar o princípio constitucional da presunção de inocência, a comunidade jurídica, os operadores de Direito, na sua esmagadora maioria quedou-se perplexa.

Sob o aplauso da grande mídia e de boa parte da população que acreditou na divulgação daquele resultado como sendo uma forma de combate à corrupção, como se fosse uma tentativa quase heroica do tribunal de colocar fim à impunidade do país, de dar uma suposta efetividade à lei penal, podemos observar que o Supremo, naquele momento, foi muito além do que poderia ter ido. O Supremo Tribunal Federal pode muito, mas não pode tudo. Nenhum poder pode tudo. Nenhum Poder pode ser absoluto. Essa é uma regra básica do Estado Democrático de Direito que faz com que os poderes constituídos se relacionem de forma harmônica, com respeito mútuo, e essa estabilidade que muitas vezes anda no fio da navalha é que sustenta a fortaleza das instituições de qualquer país.

Na realidade, naquele momento o Supremo Tribunal Federal ocupava um vácuo de poder. Tínhamos um Poder Legislativo combalido, acuado, sem maiores condições de fazer o enfrentamento do verdadeiro massacre que era a grande investigação que se dava sobre os seus principais líderes, e o Poder Executivo sem nenhuma conexão com a população, sendo que essa é a base do Poder Executivo, que é eleito pelo voto direto.

Como não existe vácuo de poder, o Poder Judiciário passou a ocupar na sociedade brasileira um enorme espaço, desequilibrando a balança da tripartição de Poderes. Um espaço que, sem dúvida, através do extremo ativismo judicial, não deveria ser ocupado por ele.

Desde o primeiro momento, corri o país fazendo palestras e chamando as pessoas para uma reflexão: se naquele julgamento o Supremo Tribunal Federal pôde — sob os holofotes da grande mídia e sob o aplauso da grande maioria da população, que acreditou na história de que esse era um julgamento para fazer o enfrentamento da corrupção, da impunidade — afastar a aplicação de uma cláusula pétrea, que era o princípio da presunção de inocência, numa outra quarta-feira qualquer o Supremo Tribunal Federal poderia afastar a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a propriedade particular, a dignidade da pessoa humana, ou seja, qualquer outro direito que estivesse no mesmo patamar.

O que também me causou profunda preocupação é — e com a devida vênia — a falta de coerência no julgamento dessa questão do afastamento da presunção de inocência. Há muito pouco tempo atrás o Supremo havia feito um julgamento histórico na ADPF 347, onde condenou o Estado brasileiro pelo "Estado de Coisas Inconstitucional", demonstrando para o país inteiro a sua preocupação com a miserabilidade, com a situação de flagelo institucional que se abate sobre os presídios brasileiros e, principalmente, é evidente, sobre aqueles que têm o infortúnio de ir para o cárcere.

Parecia haver aí um sério conflito entre as duas decisões: se, por um lado, num julgamento que elevou o



Poder Judiciário brasileiro perante as cortes constitucionais como um Poder que está atento e vigilante frente à incapacidade do Poder Executivo de cuidar das pessoas que têm a infelicidade de ir para o sistema prisional, por outro lado, afastou o princípio sagrado da presunção da inocência, sabendo que, com isso, milhares e milhares de pessoas sem rosto e sem voz, de desassistidos e despossuídos, irão cumprir pena antes que tenham a culpa formada.

Tudo isso sob o falso pretexto de que era necessário atingir 20 ou 30 empresários importantes que estavam sendo investigados no bojo da operação "lava jato". Esse foi o principal mote "vendido" para o cidadão brasileiro.

À época, eu e os colegas advogados Cláudio Pereira de Souza Neto e Ademar Borges de Souza Filho nos reunimos e resolvemos ajuizar uma ação direta de constitucionalidade (ADC 43) para questionar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, para que pudéssemos, dessa forma, fazer uma nova leitura, efetivamente constitucional, dessa desastrosa decisão tomada pelo Plenário e, para isso, consideramos por bem também criar e submeter à corte uma opção decisória alternativa, que versava sobre o momento de início da execução provisória da pena.

Embora tenhamos a mais absoluta convicção que o que consta na Constituição Federal é o grande princípio da presunção de inocência, de que a pessoa só pode ser recolhida ao cárcere após o trânsito em julgado, mesmo plenamente convictos de que esse é o caminho ideal, sabíamos que, naquele momento, a sociedade brasileira teria dificuldade em entender e veria como sendo um retrocesso se esse fosse o resultado do julgamento quando do enfrentamento do mérito.

Na realidade, a ação direta de constitucionalidade que propusemos, além de enfrentar a questão de fundo e principal, que é a necessidade de se manter a aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência, optou por dar uma nova roupagem a uma discussão que até então não tinha se dado. É uma questão técnica, mas que, de certa forma, pode desafogar o enorme contingente de presos do sistema penitenciário brasileiro.

Tive a honra de defender na tribuna do Supremo Tribunal Federal, no dia 1º/9/2016, ao julgar a cautelar na ADC 43, que, após a instituição da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia imaginar a hipótese de — sendo essa uma indicação clara de que a suprema corte estaria restringindo sua competência para, cada vez mais, aproximar-se do modelo de corte constitucional — deixar então a tarefa de determinar o momento de execução da pena para o Superior Tribunal de Justiça, o tribunal da cidadania, o tribunal que atende a todos os estados brasileiros e que teria a responsabilidade de dar a palavra final sobre a execução provisória da pena.

Até porque, e isso consta da petição inicial da ADC 43 e foi tratado durante a sustentação oral que fiz no referido julgamento da cautelar, para o recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, não houve nenhuma modificação substancial que justificasse a sua simples eliminação nesse longo e triste caminho da consolidação da pena e da necessidade de recolhimento ao cárcere daquele que é condenado.

Optamos por buscar um partido político pequeno, porque tínhamos a necessidade de ter um agrupamento que tivesse a legitimidade para propor a ação direta de constitucionalidade, um partido que tinha à época apenas três deputados, e nenhum deles investigado, para que não se pudesse dizer que, de alguma forma, estaríamos fazendo um trabalho pensando em clientes particulares. Essa é uma causa que interessa a



todos os operadores do Judiciário e, muito mais do que a nós, interessa a toda a sociedade brasileira.

Ainda assim, boa parte da imprensa considerou e difundiu como sendo essa ação uma ação que visava, mais uma vez, prestigiar o interesse de grandes empresários e pessoas que tinham destaque na mídia, que tinham a preferência da mídia, naquele momento em que a operação "lava jato" estava a todo vapor.

No mesmo, dia, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou também uma ação direta de constitucionalidade, que tomou o número ADC 44, onde se discutia de maneira extremamente técnica a tese principal, de fundo, que é a necessidade de resgatar o princípio da presunção de inocência como princípio constitucional e norteador da fixação do cumprimento da pena e da responsabilidade de definir o momento da culpa formada.

As ações têm o mesmo escopo, com a diferença de que a ADC 43 ousou colocar para discussão no Supremo Tribunal Federal a hipótese do esgotamento, no mínimo, da via do Superior Tribunal de Justiça como uma forma de atender àquela discussão forte que se dava na sociedade brasileira, para fugir da pecha de que, de alguma forma, estávamos trabalhando contra a efetivação do Direito Penal.

Na realidade, é falsa a ideia de que ao mandar as pessoas, tão logo ocorra o julgamento em segundo grau de jurisdição, para a cadeia estaremos avançando no marco civilizatório. Não conseguimos entender, basta ter uma visão minimamente humanista para se perguntar o óbvio: como se falar em avanço civilizatório com a inclusão de pessoas, ainda sem culpa formada, nesse fétido e desumano sistema prisional brasileiro? Por princípio, ainda que o presídio fosse um local exemplar, entendemos que não se pode retirar a liberdade de uma pessoa, fazendo-a ser encarcerada, antes que o Poder Judiciário diga de forma definitiva se aquele cidadão é culpado ou não, ou mesmo se culpado, se deve ou não cumprir pena e em qual dos regimes de cumprimento possíveis.

Para nossa sorte, inúmeras associações de advogados, de direitos humanos, entidades que acompanham o dia a dia do Poder Judiciário brasileiro e o flagelo dos presídios brasileiros, bem como e, especialmente, as valorosas defensorias públicas de todo o país se uniram nessa mesma luta e se apresentaram como *amicus curiae* nas duas ações diretas de constitucionalidade.

A participação das defensorias públicas desnudou a verdade de forma absolutamente clara no Plenário do Supremo Tribunal Federal. Aqueles que nos acusaram de estar ali em nome da defesa de clientes particulares, o que até seria correto, pois faz parte do jogo, ficaram sem argumentos, pois a Defensoria e os órgãos de defesa da advocacia e dos direitos humanos apresentaram fundamentos consistentes, incluindo impactantes números estatísticos, para demonstrar que, ao contrário do que foi apregoado pela imprensa e por parte do Poder Judiciário, há um número enorme de revisões das decisões, tanto condenatórias como de quantificação de pena, de reconhecimento de prescrição, ou de alteração de regime de prisão, que fazem com que um grande número de pessoas sejam indevidamente presas, percam sua liberdade, sejam inseridas no sistema prisional.

Ocorre que, posteriormente, no julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, a decisão pode ser revista e modificada em favor da liberdade. Sendo importante constar que, muitas vezes, ao se revisar o quantum da pena, ocorre a alteração do regime prisional e aquela pessoa não precisaria sequer, ter passado pelo vexame de se ver recolhida ao cárcere.



O nosso decano no Supremo Tribunal Federal, ministro Celso de Mello, uma voz lúcida e sempre ouvida, cunhou uma expressão de extrema importância jurídica institucional e humanista: bastaria que um, que somente um, fosse levado de forma injusta ao cárcere para que devêssemos preservar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Nos dias 1º/9/2016 e 5/10/2016, quando se julgou a medida cautelar nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, formou-se um debate extremamente aguerrido e técnico, com uma grande cobertura por parte da mídia e acompanhado pela sociedade brasileira. Estabeleceu-se, por seis votos a cinco, que poderia prevalecer a prisão após o julgamento pelo segundo grau de jurisdição. Na realidade, não houve uma determinação de que após o julgamento no segundo grau o réu deveria obrigatoriamente ser recolhido a prisão. Mas, por uma margem de 6 a 5, entendeu-se que poderia, sim, haver a execução provisória da pena.

Vale dizer que este é um debate que perdura há um ano e quatro meses, desde o julgamento da medida cautelar.

Todos os operadores de Direito, desde então, esperam com muita ansiedade que o Supremo Tribunal Federal paute e defina de uma vez em que ponto iremos prestigiar o princípio constitucional da presunção de inocência. E almejamos que a decisão final se dê de forma compatível com o julgamento da ADPF 347, onde se reconheceu o "Estado de Coisas Inconstitucional" e, assim, buscaremos atender principalmente aos argumentos das defensorias públicas que demonstram a quantidade de pessoas que são, lamentavelmente, a clientela tradicional do Direito Penal brasileiro (pobres, negros, despossuídos) e que, verdadeiramente, seriam as que mais sofreriam com o flagelo de cumprir a pena antecipadamente.

Os números são alarmantes. Segundo diagnóstico do sistema prisional brasileiro, recentemente aperfeiçoado e atualizado pelo Ministério da Justiça, em dezembro de 2014, o número de pessoas encarceradas era de 622.202 e, em junho de 2016, esse total chegou ao patamar de 726.712. *O crescimento, em apenas um ano e meio, foi de mais de 104 mil detentos, o que representou elevação de mais de 16% nesse curtíssimo lapso temporal.*

Assim, desde meados do ano passado há uma grande expectativa do Poder Judiciário brasileiro, das pessoas que trabalham com processo penal e de parte da sociedade que acompanha essa discussão, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, na sua composição plenária, possa enfrentar agora o mérito da ADC 43 para definir, para dar um norte, para criar uma jurisprudência que permita se ter segurança jurídica para todos aqueles que buscam o Poder Judiciário.

E vale rememorar que logo após o julgamento da liminar, para minha surpresa, o deputado [Jair] Bolsonaro [PSC-RJ], ao pretender se candidatar à Presidência da República, resolveu buscar filiação junto ao PEN. No seu primeiro discurso, curiosamente exigiu a minha destituição da ADC 43, pois equivocadamente acreditava que, com a minha saída do caso, a ADC seria arquivada, em completo desconhecimento da lei, pois esse processo é indisponível.



E pela primeira vez em 35 anos de advocacia, eu fui destituído de um processo no qual estava legalmente constituído, nesse caso específico e pelo motivo da destituição, para a minha honra e meu gáudio, já que enquanto sou fiel defensor de liberdades, outros são defensores de prisões.

Mas como essa causa vai muito além dessa discussão, tive a honra de passar a representar, momento seguinte, o Instituto de Garantias Penais (IGP) como *amicus curiae* nesse mesmo processo, numa situação inusitada no Supremo Tribunal Federal, onde serei *amicus curiae* de uma ação de constitucionalidade na qual eu fui o signatário da petição inicial. O fato se reveste, portanto, de uma importância fundamental e curiosa, que contribui sobremaneira para a definição desse chamado novo marco civilizatório, frequentemente mencionado em alguns julgamentos mais recentes. A contribuição passa necessariamente pelo conflito de ideias entre quem apoiará esse pensamento punitivista representado pelo mencionado deputado e quem apoiará as garantias individuais dos cidadãos e as liberdades.

Existe, principalmente após o final do ano passado, uma forte expectativa de que esse tema tão importante para toda a sociedade brasileira fosse pautado ainda no começo deste ano, pois o ministro relator, ministro Marco Aurélio de Melo, em 5/12/2017, colocou o processo à disposição para ser julgado, tendo pedido pauta para que o Plenário do Supremo possa, de forma madura, decidir a extensão de um assunto que certamente mexe com todas as pessoas que acompanham o caminhar da Justiça no país.

Para demonstrar a importância desse assunto, o juiz Sergio Moro teve a ousadia e a insensatez de, numa reunião pública, instar o presidente da República a interferir junto ao Supremo Tribunal Federal para não permitir que se mudasse a decisão da liminar. Ou seja, com uma inusitada desfaçatez, o juiz chefe da operação "lava jato" julga que o mais importante não é a discussão do princípio, mas, sim, manter a falsa imagem de que esta decisão é contra a operação e, no que é pior, pareceu sugerir publicamente uma certa interferência do Poder Executivo em tema afeto à seara judiciária, contraditoriamente ao que vem apregoando (ou pregando) alguns personagens do Ministério Público em suas campanhas de messianismo contra alegadas obstruções de Justiça.

Infelizmente, com a recente condenação do ex-presidente Lula pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, há uma tentativa por parte da sociedade de manipular a verdadeira extensão dos julgamentos das ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, mais uma vez, colocando um processo da operação "lava jato" como sendo o único norte, o único interesse da sociedade brasileira e do Poder Judiciário. Começam a surgir na imprensa interpretações de que o julgamento de mérito da ação direta de constitucionalidade seria um julgamento que, de alguma forma, beneficiaria apenas o ex-presidente Lula.

Na realidade, tal visão é até indigna e ofensiva ao Supremo Tribunal Federal, que está tratando desse assunto com a seriedade devida há pelo menos mais de um ano e quatro meses, pois a ação direta de constitucionalidade teve a medida cautelar julgada, de forma precária, em 5/12/2017. Desde então, o que tem sido feito é um amadurecimento normal e salutar da aplicação desta tese no Brasil como um todo para que o Supremo possa, agora maduro, definir de vez a extensão do princípio constitucional da presunção de inocência.

É interessante ver que a não definição do mérito causou certa insegurança jurídica por todo o país, pois como não há uma vinculação obrigatória ao que foi decidido em sede de pedido de liminar, por não haver



ainda o julgamento definitivo, existem posições diferentes, não só de ministros do Supremo, mas de boa parte dos tribunais do país, o que causa para o não operador do Direito uma certa incredulidade no enfrentamento de uma questão tão grave.

Completamente necessário que possamos nos despir dessa discussão mesquinha e que não interessa a absolutamente ninguém que quer o enfrentamento sério e definitivo de questão tão grave. A discussão do alcance do princípio da presunção de inocência, que se iniciou no Supremo Tribunal Federal primeiro com o julgamento do Habeas Corpus 126.292, depois, sob outro viés, com o julgamento das ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, não é voltada para nenhum réu em particular. O que está em jogo é a discussão talvez mais importante que é saber se uma pessoa sem culpa formada pode ser levada ao cárcere em havendo uma confirmação de condenação em segundo grau.

Muitas são as hipóteses que poderão estar em discussão e muitas as modulações que deverão passar pelo crivo dos ministros da suprema corte, por exemplo: pode o cidadão que foi absolvido em primeira instância e condenado em segunda instância ser levado imediatamente para cumprir a pena? Não há por enquanto resposta para esse questionamento tão singelo e, até mesmo, rotineiro nos tribunais, pois não se julgou ainda o mérito das ADCs 43 e 44.

A esse respeito, vale refletir sobre os números levados a conhecimento pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, quando do julgamento da medida cautelar nas referidas ADCs, os quais indicam que, em fevereiro de 2015, 54% dos recursos especiais interpostos pela instituição foram parcialmente providos pelo Superior Tribunal de Justiça. No mês seguinte, esse resultado atingiu 65% dos casos patrocinados pelo órgão.

Logo, o importante julgamento que se aproxima não pode se tornar refém desta percepção distorcida por parte da mídia brasileira de que se trata de rediscutir o futuro do ex-presidente Lula, quando se está em jogo a liberdade. Ao falar por ela, em nome da sociedade brasileira, tal como defendi na tribuna do Supremo Tribunal Federal, eu me lembro de Cervantes, na voz de Dom Quixote, quando ele diz ao Sancho: "Pela liberdade, da mesma forma que pela honra, se deve arriscar a vida, e, pelo contrário, o cativo é o maior mal que pode acudir aos homens".

Date Created

01/02/2018