

É se a opinião pública fosse contra a prisão após segunda instância?



Calma. O título é provocativo. É claro que pesquisas empíricas tipo “você

concorda ou não?” não devem guiar o raciocínio do jurista. Entre pesquisas e a Constituição, sempre fico com a CF. Ou seja, entre o clamor das ruas e o ronco da CF, fico com o último.

Bom, a pesquisa da qual falarei tem (até) um resultado contraintuitivo. Mas tenham a pachorra de ler até o final esta coluna e me digam se não é interessante contrapor teses contra teses (mesmo que em tese). Ao trabalho.

Estava com uma coluna concluída quando li, no sábado pela manhã, dois textos: um de Jorge Galvão e outro tratando da pesquisa sobre o que os brasileiros pensam sobre a prisão a partir da segunda instância. Isso me levou a escrever a de hoje.

Galvão faz uma [bela e precisa](#) crítica ao neoconstitucionalismo, mostrando seu viés pragmatista e subjetivista, sem amarras com o texto constitucional. E que o neoconstitucionalismo pretende ser “representativo”, como se fosse buscar nos anseios populares aquilo que o leva para decidir. Diz o articulista, ainda, que “[e]sse tipo de abordagem, no entanto, acaba por minar a própria ideia de Estado de Direito, na medida em que afrouxa os limites do raciocínio jurídico ao permitir o uso de *argumentos de política* pelos juízes, que passam a declarar a inconstitucionalidade de atos estatais não por ferirem direitos, mas por se mostrarem contrários aos projetos de nação de um ou outro magistrado”.

Perfeito o raciocínio. Também o artigo mostra dois exemplos “de posturas neoconstitucionalistas”, como visto nas posições do ministro Luiz Fux nas ADCs 43 e 44, quando disse que a execução da pena após condenação em 2º grau *seria justificada para preservar o direito fundamental da sociedade em ver aplicada a sua ordem penal, ainda que em detrimento de eventual direito do acusado*. Raciocínio similar foi feito pelo ministro Roberto Barroso no julgamento do AgREExt 1.054.490, em que, após diagnosticar que, atualmente, há certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, convidou os demais colegas a refletirem sobre a autorização de candidaturas avulsas em eleições majoritárias como forma de aperfeiçoar o nosso sistema político, concluindo que “*aprimorar as instituições faz parte do núcleo de nossa missão constitucional*”



Quero cotejar/juntar o texto de Jorge Galvão com a [pesquisa](#) publicada no mesmo dia pela **ConJur**.

“De acordo com o levantamento, promovido entre 24 e 26 de fevereiro com 2 mil pessoas em 18 municípios, 48% das pessoas ouvidas são contra a prisão logo após a decisão por tribunal, enquanto 28% querem ver os acusados presos imediatamente.”

O que o texto de Galvão tem a ver com a pesquisa? Tudo. Se o neoconstitucionalismo quer ser “representativo” e substituir o direito posto por apreciações que “emanam da sociedade” ou algo desse quilate (na acepção de Dworkin, seriam raciocínios de política), então a todo momento o Direito se tonaria plebiscitário. Portanto, neoconstitucionalistas (e derivativos), para serem coerentes, deveriam demonstrar o “clamor das ruas”. Que sentido teria isso? Para mim, nenhum, porque acabaria com o caráter contramajoritário da Constituição. Todavia, para quem quer ser “representativo”, no mínimo isso daria um trabalhão.

Ou seja, neoconstitucionalistas e teleologistas (também os realistas) em geral têm calcado sua justificativa para (i) fragilizar a Constituição na presunção da inocência e, (ii) no desdenho pela clareza do artigo 283 do CPP, em uma espécie de clamor social (?), algo como “sopesando direitos ou interesses individuais versus o interesse público”, deve-se optar pela “sociedade” (como saber o que é isso, ninguém diz — na maioria das vezes, baseiam-se na opinião publicada pela mídia). Pois se fôssemos cair nas armadilhas do empirismo (e o neoconstitucionalismo é empirismo na veia), poderíamos perguntar: “E então? Se a maioria da população está de acordo com a CF e o CPP, vocês não deveriam puxar o freio?”.

Mas, é claro, como não sou empirista, não preciso desse tipo de pesquisa e prefiro um bom Direito, traduzido a partir de uma Constituição normativa como a nossa. Aliás, se o clamor social ou a “realidade social” valem mais do que a Constituição, *por qual razão precisamos de uma Constituição?* E se os anseios sociais podem ser “compreendidos” e/ou “traduzidos” pelo Judiciário, por qual razão precisamos de parlamento? E quando o clamor social se voltar contra o próprio Judiciário?

Na verdade, a Constituição não é apenas o remédio contra maiorias e “clamor social”; já disse aqui que, entre o “neoconstitucionalista” e “neofilósofo contemporâneo” Merval Pereira e a CF, fico com a CF, sempre; e a Constituição é também um anteparo às pesquisas e estatísticas, pela simples razão de que essas apontam sempre para resultados sazonais. Além disso, há sempre a possibilidade de manipulação de números, como já demonstrei ([aqui](#), [aqui](#) e [acolá](#)) na questão das estatísticas sobre os números do STF, em que o conceito de ativismo foi trazido à baila por números pelos quais se poderia dizer absolutamente o contrário. Aliás, como fiz. Estatísticas servem para tudo... E para nada. Volto sempre à “teoria do tiro no pato”: dou um tiro no pato e erro em um metro à esquerda; dou outro tiro e erro à direita. Na média, matei o pato.

De minha parte, fico com meu conservadorismo constitucional, sem praticar dualismos metodológicos *à la* Jellinek. Não dá para contrapor uma pretensa realidade política (ou social) a um sistema de normas, como se fosse possível fazer essa cisão. Herman Heller foi pioneiro ao propor uma conexão real entre as duas perspectivas, como bem demonstra Marcelo Cattoni (no belo livro *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*, Arraes Editores). Veja-se que esses dualismos — ainda bem presentes no Brasil



— *pretendem explicações empírico-sociológicos para problemas jurídicos normativos, deixando de lado a necessária mediação hermenêutica.* Nesse sentido, argumentos punitivistas *pro societate* nada têm a ver com a ideia, em Häberle, de uma "sociedade aberta de intérpretes da Constituição", em que se reconhece o papel crítico mediador, permanente, da doutrina jurídica em favor dos princípios constitucionais. "As críticas aos julgados", dirá Häberle, "compõem, em uma comunidade onde o controle de constitucionalidade está institucionalizado, o contrapeso imprescindível no âmbito da divisão dos poderes em face do direito constitucional pretoriano do controle de constitucionalidade"^[1]. Mais ainda, o neoconstitucionalismo e as teorias correlatas — e aqui se encaixa o [realismo retrô](#) brasileiro — *não passam de instrumentos pelos quais a moral, a política e a economia querem pregar o Direito.* Funciona assim: apesar de a lei ou a CF dizerem x, nós entendemos y, porque y é melhor para os interesses do país. E como se afere "o que é isto — o que é bom para o povo"? Bom, aí entra uma boa dose de "iluminismo" e "iluminação".

Para não perder a viagem, e exercitar minha Leer (Lesão por Esforço Epistêmico Repetitivo), transcrevo o quadro abaixo demonstrando o que dizem o CPP e a CF sobre a presunção da inocência e a prisão a partir do segundo grau. Atenção: *nem preciso de pesquisa para dizer que o artigo 283 é claro e está em perfeita consonância com a CF.* Não consigo entender de que modo é possível fazer uma interpretação conforme a CF do dispositivo exatamente para negar o que ele diz. Parece mais uma interpretação em desconformidade a CF. Em vez de *verfassungskonforme Auslegung*, parece que estão fazendo uma interpretação desconforme a Constituição — tendo como parâmetro ela mesma. Quem conhece o conto *Sereníssima República*, de Machado de Assis, pode compreender melhor o modo como Caneca ganhou a eleição do adversário Nebraska. Como disse o filólogo contratado por Caneca, vocês não entenderiam: *"É a coisa mais demonstrável do mundo. Mas não demonstrarei isso"*.

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.

Peço desculpas pela singeleza de minha proposição. E não é contraintuitiva. Exsurge da clareza dos textos. É que não consigo ver outra coisa no artigo 283 do que isso mesmo que estou vendo.

Numa palavra: não sustento a clareza do artigo 283 do CPP porque, contingencialmente, a pesquisa está a favor dessa clareza. Não. A vantagem do constitucionalismo e de uma hermenêutica adequada é a de *que devemos manter o Direito, mesmo que a pesquisa aponte em direção contrária.* Ou contratemos o filólogo que defendeu Caneca.



Só devemos ter muito cuidado, como já avisou Friedrich Müller: um dia os textos que hoje maltratamos podem bater de volta (*Sie können zurückschlagen*).

[1] HÄBERLE, Peter. *Recht aus Rezensionen. Verfassungsgerichtbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*. Königstein: Athenäum, 1980, p. 12

Date Created

08/03/2018