

## Opinião: As supremas incoerências que causam insegurança jurídica

- É a justiça – explicou por fim o pintor.
  - Ah, sim! agora eu a reconheço – exclamou K. –; aqui está a venda sobre os olhos e aqui a balança. Mas não são asas essas que se vêem nos calcanhares? E não está representada em atitude de corrida?
  - Sim – disse o pintor –, encarregaram-me de pintá-la assim. Para dizer a verdade, trata-se da justiça e da deusa da vitória em uma só imagem.
  - O que não forma nenhuma boa combinação – observou K., sorrindo– A justiça tem de estar quieta porque do contrário a balança vacila, com o que se torna impossível um juízo exato.”
- (KAFKA, Franz. O processo. 5. ed., São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 174)

Já não é de hoje que as oscilações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e as contradições e incoerências das decisões individuais de seus ministros aumentam a insegurança jurídica e fragilizam a legitimidade do próprio tribunal. Não se trata, evidentemente, de um problema que acomete apenas a mais alta corte do país, mas de algo que se estende estruturalmente por todo o Poder Judiciário, e que, somado especialmente a um certo “decisionismo” que tende a prevalecer nesse contexto, reforça a descrença nas instituições e põe em xeque a plena concretização dos direitos formalmente estampados na Constituição.

Entre agosto e setembro de 2015, ao julgar uma cautelar na ADPF 347/DF, o Plenário do STF reconheceu, por maioria, o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro. Nos termos do voto do relator, ministro Marco Aurélio, a situação “vexaminosa” do sistema penitenciário brasileiro, ao ocasionar “a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, configuraria tratamento “degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia”. A falência de políticas públicas voltadas ao tema e a falta de coordenação institucional entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, somadas a essa violação massiva e persistente de direitos fundamentais, ensejariam o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional de nosso sistema penitenciário e a adoção de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

O ministro Luiz Edson Fachin, acompanhando o voto do relator, destacou o papel contramajoritário do STF ao julgar o caso, de modo a efetivar “a guarda da Constituição e a proteção de direitos fundamentais que vem sendo sistematicamente violados pelos Poderes que lhes deveriam dar concretude”. Reconheceu, ainda, a total incapacidade dos estabelecimentos prisionais em reintegrar os condenados à sociedade, observando que a segregação levada a cabo pelo sistema penitenciário estaria dando mostras de que seu grande objetivo seria apenas “mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência”.

Em fevereiro de 2016, o mesmo Plenário do STF entendeu, por 7 votos a 4, que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou



extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (HC 126.292). Assim, pouco menos de uma década após consolidar o entendimento de que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação só poderia ser decretada a título cautelar, a Suprema Corte voltava a depositar esperanças na antecipação do momento da prisão como forma de “combater a impunidade”.

Algum tempo depois, em outubro de 2016, novamente defrontado com a questão, o Supremo reafirmou seu posicionamento ao julgar medidas cautelares nas ADCs 43 e 44/DF, entendendo, agora por 6 votos a 5, pela constitucionalidade da execução da pena já após a confirmação da condenação em segunda instância, e dando interpretação conforme à Constituição (*sic*) ao artigo 283 do Código de Processo Penal.

A retomada do velho entendimento pelo Supremo foi recebida de modo bastante crítico pela maior parte da comunidade jurídica, com destaque para as divergências que surgiram dentro da própria corte.

E não poderia ser de outro modo!

Como bem indicou o decano do tribunal, ministro Celso de Mello, a decisão de permitir a execução da pena em momento anterior ao do trânsito em julgado da sentença penal condenatória representou “preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista”. Isso porque a presunção de inocência, mais do que apenas incidir no âmbito da proteção do indivíduo em relação à ação punitiva do Estado (o que já não é pouco!), tem também caráter essencial para a própria efetivação do sistema democrático.

Os princípios constitucionais penais, exatamente por serem manifestações de direitos fundamentais ou de garantias desses direitos, para além de seu caráter de direitos subjetivos, “são também princípios conformadores da ação e, mesmo, da estruturação do Estado, em um Estado Democrático de Direito”. Isso fica ainda mais claro quando tratamos da presunção de não culpabilidade, vez que, não fossem todos presumidos inocentes, a sociedade passaria a viver em constante conflito consigo mesma; instaurar-se-ia o medo constante que sempre marcou os períodos autoritários.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, fruto do anseio democrático que buscou sepultar o regime militar e seu ranço autoritário, representou um duplo marco jurídico — de transição democrática e de institucionalização dos direitos humanos —, e inaugurou no Brasil a concepção contemporânea dos direitos humanos, consagrando-os como uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada. Para tanto, elencou, já em seu artigo 5º, direitos e garantias fundamentais cujo conteúdo não pode ser restringido nem por emendas ao seu texto. Considerando que o regime democrático é “uma garantia geral da realização dos direitos fundamentais”, não parece despidendo dizer que a tentativa de mitigação de tais direitos seria, pois, eminentemente antidemocrática.

O princípio da presunção de inocência encontra guarida exatamente nesse rol de direitos e garantias fundamentais, “imitigáveis” (artigo 5º, LVII). O artigo 283 do CPP, com a reforma de 2011, vai no mesmo sentido.

A redação é clara, inequívoca: presume-se a inocência até o advento de sentença penal condenatória transitada em julgado. Na clássica lição de Barbosa Moreira, por “trânsito em julgado” deve-se entender



“a passagem da condição de mutável para imutável”, ou seja, o momento em que “cessa a possibilidade de impugnar-se a sentença por meio de recurso”.

Vê-se, pois, que própria Constituição estabeleceu o limite à aplicação do princípio da presunção de inocência (no que foi seguida pela legislação processual específica), não havendo espaço para o intérprete realizar qualquer outro tipo de restrição, ou, tampouco, fazer grandes “ponderações” entre o direito à segurança e o direito à liberdade, uma vez que o próprio constituinte, antecipando-se a tal conflito, delineou claramente a fronteira da inocência presumida: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Como o Judiciário não passa, no Brasil, pelo controle direto das urnas, é necessário que o poder do juiz, mais do que qualquer outro, esteja limitado pelo texto constitucional, e, portanto, que a decisão judicial encontre seus limites no próprio sentido da lei. Isso não significa, obviamente, retomarmos o velho paradigma do juiz *bouche de la loi*, mas sim considerarmos que “até mesmo o desconstrucionista mais radical aceita a ideia de que existem interpretações clamorosamente inaceitáveis”, reconhecendo que “o texto interpretado impõe restrições a seus intérpretes”.

Fica claro, assim, que a maioria dos ministros do Supremo não se ateu ao sentido inequívoco do texto constitucional, desviando-se da necessária limitação ao subjetivismo interpretativo que o regime democrático impõe à atividade jurisdicional.

Por maiores e mais pertinentes que sejam as críticas à inefetividade da prestação jurisdicional do Estado brasileiro, em larga medida ocasionada pela ampla gama de recursos e pela lentidão com que tramitam os processos em nosso país, não se pode querer que o Judiciário, através da subversão interpretativa, distorça o sentido da lei a fim de “reformular” os ritos processuais, especialmente se considerarmos aqueles diretamente relacionados à tutela dos direitos fundamentais. Quem tem legitimidade para trazer tal discussão à tona é o Poder Legislativo, e apenas a ele caberia reformular e aprimorar nossa racionalidade recursal.

O diálogo institucional com os demais órgãos do Estado e com a própria sociedade será sempre bem-vindo, e o conhecimento dos tribunais e do dia a dia forense indubitavelmente poderia ser de grande valor para essa discussão; a adjudicação total do debate, porém, não nos parece ser a saída constitucionalmente adequada. Em um regime que se pretende democrático e em um Estado que se pretende “de Direito”, a vontade dos homens não pode substituir a vontade da lei, e o bem-intencionado voluntarismo dos intérpretes não há de prevalecer sobre o sentido claro e inequívoco do texto constitucional.

Além disso, outro ponto que causa espanto na decisão do Supremo é o fato de que alguns votos favoráveis à relativização da presunção de inocência tenham tomado como base princípios derivados do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Fizeram-no, porém, ignorando a tendência político-criminal contemporânea, que, como indica Zaffaroni, “postula a redução ao mínimo da solução punitiva dos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado”.

A própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece, em seu artigo 8.2, que “toda



peessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, de modo que a Constituição, reforçando tal garantia, explicitou sua limitação: a comprovação legal da culpa só se dá com trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Sendo a culpa “pressuposto da reprimenda” e ocorrendo sua constatação apenas “com a preclusão maior”, não haveria outra alternativa ao julgador senão reconhecer que “a regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender”, como bem destacou o ministro Marco Aurélio.

Fica claro, ademais, que o STF, ao tentar agradar a sociedade que legitimamente manifesta sua indignação com a impunidade dos políticos e empresários que cometem irregularidades, fechou os olhos para a alarmante realidade do sistema prisional brasileiro, que, ironicamente, já havia sido reconhecida, há pouco menos de um ano, pelo próprio Tribunal. Ao tentar controlar a “impunidade”, sob o argumento de fazer a lei valer para todos, reforçou um dos aspectos mais trágicos do seletivismo do sistema penal: a degradante situação de nosso sistema penitenciário. Afinal, não serão os “criminosos de colarinho branco” os únicos a serem atingidos pela restrição a suas garantias individuais, mas sim, como destacou o presidente nacional do IAB, Tércio Lins e Silva, “os pobres e negros que integram a população carcerária que lota o sistema penitenciário do País”.

Tamanho foi o equívoco da corte que, desde então, diversos ministros passaram a dar decisões monocráticas na contramão da decisão do Plenário, e até mesmo alguns ministros que haviam chancelado tal veredito se viram forçados a relativizar seu entendimento, como no caso do ministro Gilmar Mendes, que, em decisão liminar de agosto de 2017, deferiu o habeas corpus impetrado por um acusado já condenado em segunda instância para que o início da execução da pena só se desse após julgamento do recurso pelo STJ (e não apenas com o esgotamento dos recursos na segunda instância).

Por todo o exposto, fica claro que a inflexão hermenêutica levada a cabo pelo STF evidenciou, uma vez mais, o que já no séc. XVIII denunciava o Marquês de Condorcet: “O despotismo dos tribunais é o mais odioso de todos, porque emprega, para ser exercido e sustentado, a arma mais respeitável: a lei”.

Se o grande problema do Brasil realmente fosse apenas a impunidade, o que explicaria a superlotação de nosso sistema carcerário? O País “prende pouco”, mesmo tendo a terceira maior população carcerária do mundo? Ou será que apenas prende mal?

Uma das grandes questões com que teremos de nos defrontar nos próximos anos, sob pena de alargarmos os pórticos de nossos “infernos dantescos”, é a das abissais desigualdades que marcam a atividade persecutória do Estado brasileiro. A solução, evidentemente, não passa por estender isonomicamente o tratamento prisional desumanizado de nossas “masmorras” aos criminosos “de colarinho branco”, mas sim por, no mínimo, garantir a todos os cidadãos os direitos que formalmente lhe foram atribuídos pela Constituição.

A justa e legítima indignação para com as nossas elites dirigentes não se pode confundir com a punição a qualquer custo. Há regras que precisam ser respeitadas e há procedimentos que devem ser obedecidos: inflexionar a hermenêutica sob o argumento de se estar lutando contra a impunidade significa apenas e tão somente ignorar as normas que legitimam a luta jurídica contra essa mesma impunidade.

## Onze ilhas sem memória



A absoluta subversão interpretativa levada a cabo pela mais alta Corte do País, contudo, não foi a única questão problemática que os julgamentos acima citados trouxeram à baila. Para além do desapego do Tribunal em relação à literalidade do texto constitucional (no caso da prisão em segunda instância), e de seu exacerbado voluntarismo na condução dos dois temas, tais episódios também podem ser vistos como claras manifestações de algo que já há algum tempo vem sendo criticado pelos observadores mais atentos: as incoerências do Supremo em relação a sua própria jurisprudência e a total insegurança jurídica causada pelas idiosincrasias decisórias de seus ministros.

Para alguns analistas, o colegiado do STF estaria hoje mais próximo de um arquipélago composto por 11 ilhas do que de um órgão colegiado propriamente dito, na medida em que suas decisões (especialmente em sede de liminares individuais) acabam por vezes sendo dadas de maneira isolada, a partir de entendimentos totalmente contraditórios entre si e de interpretações quase personalísticos de cada julgador. Nas palavras de Joaquim Falcão, o Supremo estaria se tornando “uma corte monocrática”, que “prolonga-se dentro de si”. A esse problemático cenário somam-se, ainda, os infundáveis pedidos de vista, as declarações publicadas e televisionadas fora dos autos e as desavenças pessoais de ocasião.

O isolacionismo dos ministros, ademais, não se dá apenas em relação aos demais colegas da Corte, mas se estende também para o interior de seus respectivos históricos decisórios: isolados em relação ao seu passado recente, ignoram seus próprios entendimentos e contradizem-se a si mesmos a cada caso, ora tomando decisões na contramão da opinião pública, ora cedendo ao clamor das ruas. Ilhados-em-si-mesmos, passam a se guiar pelo tortuoso mapa do “decido conforme minha consciência” e afogam suas próprias linhas argumentativas no mar do esquecimento, deixando-se levar pelo canto da sereia do ativismo voluntarista.

Se, em 2015, o Supremo considerava que a situação carcerária brasileira beirava “o inferno de Dante”, já no ano seguinte o mesmo Tribunal passava a ignorar quase que integralmente sua jurisprudência recente para acalmar o “clamor popular” contra a impunidade, tacitamente depositando esperanças num sistema prisional que ele mesmo reconheceria como falido e incapaz de gerar a ressocialização.

Agora, momento em que surge a oportunidade de se revisar a decisão acerca da prisão após a condenação em segunda instância, o que se espera do Supremo, e de cada um de seus ministros, é, no mínimo, maior coerência, não apenas em relação ao que diz a Constituição (o que já não seria pouco!), mas também em relação ao seu próprio histórico de decisões, especialmente no que se refere ao reconhecimento da problemática condição de nossos presídios.

De qualquer forma, independentemente de uma eventual (e desejável) reviravolta jurisprudencial no que se refere ao tema, o quadro de desconfiança institucional dificilmente será revertido, e a visão de que a Justiça brasileira está hoje muito próxima de ser definida como uma verdadeira “loteria togada” (nas palavras do saudoso e irreverente Millôr Fernandes) tende a prevalecer.

*Esta é uma versão reduzida do texto Supremas Incoerências. Clique [aqui](#) para ler a versão completa, com todas as referências bibliográficas.*

#### **Date Created**

21/03/2018