

Sobre “presunção”: ainda que estivesse certo, Barroso estaria errado



Resumo: a) Existem no Supremo Tribunal Federal mais de 500 razões a

favor da literalidade da presunção e b) STF não é porta voz do sentimento social

Dia 10 de abril está marcado o julgamento do século no Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um *easy case* que foi tornado, por aspectos morais e políticos, um *hard case* e, para o nosso sistema de garantias, um *tragic case*. Fui, com André Karam Trindade, quem elaborou a [petição](#) da ADC 44 (com a revisão de Juliano Breda). Como não poderei estar no STF nesse dia — estarei na Colômbia ministrando aulas — deixo aqui minhas contribuições ao presidente Felipe Santa Cruz e a quem fizer a sustentação no plenário.

Na ADC 44 sustentamos a clareza do texto do artigo 283 do CPP. Há que exaurir as instâncias e recursos para que o réu inicie o cumprimento da pena. Quer dizer: fora das hipóteses de prisão cautelar, não pode prender. Não pode antecipar pena.

Para que o leitor saiba bem do que se trata, deixemos que os textos falem. Textos importam, diz Müller. Para facilitar, *oiçamos* a voz dos textos:

Constituição da República

Código de Processo Penal



Artigo 5º

LXII — 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.

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 que os leitores comparem os três dispositivos. Somem os dois dispositivos constitucionais e vejam se o dispositivo do artigo 283 não encaixa como uma luva. Basta tirar um pedaço do artigo 283 e lê-lo: *Ninguém poderá ser preso* *senão* [...] em decorrência de *sentença condenatória transitada em julgado* [...]. Comparem, agora, com os dois incisos do artigo 5º. E tirem suas conclusões.

A literalidade e o relativismo interpretativo

Interpretar não quer dizer atribuir qualquer sentido a um texto. Não está autorizado o [vale-tudo hermenêutico](#). Ou abraçamos o relativismo. Interpretação tem limites.

Sendo mais claro, literalidade não é tudo... mas também não pode ser nada. Não esqueçamos que, se assim quisermos, podemos “brincar” com a “vontade do legislador”, claramente contra a prisão antecipada! *Porque a redação do artigo 283 exsurgiu exatamente de uma decisão do STF que garantiu a presunção da inocência em sua plenitude*. Exatamente assim. Não há sofisma para mostrar o contrário.

Veja-se a exposição de motivos constante no anteprojeto de lei que alterou a redação do dispositivo legal em 2011:

“O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão [...]. Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são [...] *impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar*”.

Aqui poderíamos parafrasear uma tese de Christian Baldus (introduzido e estudado no Brasil por Otavio Luiz Rodrigues Jr., quem melhor fala sobre a autonomia epistemológica de cada ramo do Direito) sobre o *Verwerfungsargument*, o argumento de *rejeição* que exsurge de uma interpretação histórica *negativa*: “[D]eterminado comando ou certa hipótese de incidência não são aceitáveis ou compreensíveis porque *o legislador, se os desejasse, tê-los-ia incluído no texto de lei*.” Simples assim.

Há, hoje, 6 votos a favor da presunção que consta na Constituição e no CPP. Havia 5 e agora há o voto do ministro Gilmar. Nesse sentido, a perspectiva de afirmação do texto é alvissareira. Retornemos à exposição de motivos grifada acima. Por um momento. Vejam: “*impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar*”.

Feito isso, relida a exposição de motivos, siga.

Não há grau zero de sentido *para o intérprete*, que interpreta o texto *a partir do texto*; não há grau zero



de sentido *para o texto*, que se insere em meio a uma tradição de significados e ressignificados, de circunstâncias e contextos (*com-textos*).

Na linda analogia de Goethe, trata-se de *recriar o que já foi criado*. Trata-se de conferir ao texto seu significado. Seu significado correto. O significado *que lá já estava*.

O STF e a literalidade – milhares de eventos (afinal, textos são... eventos!)

Nesse sentido, ainda, diga-se: o próprio Supremo Tribunal também reconhece, em inúmeros momentos, que a literalidade, ou melhor, *o respeito a esta*, quando do momento da interpretação de textos legais, é *necessária*, enquanto padrão e fundamento decisório. Fiz uma pesquisa a respeito. Há quase 500 acórdãos, cuja maioria utiliza, seja a literalidade ou os limites semânticos normativos, enquanto parâmetros decisórios.

Os números vão além: *mais de 1,8 mil decisões monocráticas no mesmo sentido, somadas a 33 decisões da presidência*. A massiva maioria indicando a importância do respeito à autoridade do texto legal. Afinal, qual é o valor de um texto jurídico?

Tomemos como pequeno exemplo o caso em que o STF fixou que “[é] inconstitucional todo pronunciamento judicial ou administrativo que afaste, amplie ou reduza a *literalidade* do comando previsto no art. 100 do ADCT e, com base neste fundamento, assegure a qualquer agente público o exercício das funções relativas a cargo efetivo ou vitalício após ter completado setenta anos de idade.” (ADI 5.316 MC/DF) Tivéssemos um sistema de precedentes sério...

Para ilustrar melhor ainda: Há um voto do ministro Barroso na AP 565 (competência para cassar mandato), em que disse que, embora não acreditasse que esta fosse uma boa decisão, o que vale é o que diz a Constituição: “[...] *Mas a Constituição diz o contrário. O dia que a Constituição for o que os intérpretes quiserem independentemente do texto, nós vamos cair numa situação muito perigosa*”. A decisão seguiu — e isso foi dito pelo próprio ministro — a “*letra da Constituição*”. Nada mais tenho a acrescentar. E nem é necessário.

Literalidade: algumas palavras sobre uma palavra

Como diz Friedrich Müller, *die Texten können zurück schlagen* (os textos podem revidar!). Este meu *texto* fala sobre a autoridade *de um texto*; fala sobre a relação entre literalidade e respeito ao texto-enquanto-texto. Isso exige algumas explicações, porque pode trazer problemas; problemas que só existem porque há coisas que ainda não parecem ter sido compreendidas por uma *dogmática* que insiste em ficar presa a seus *dogmas*.

Vamos lá: eu digo que o texto tem autoridade; que essa autoridade impõe limites ao intérprete, e que o intérprete tem a responsabilidade de respeitar os limites que a tradição e a autoridade do texto impõem. E quando digo isso, é comum que digam: “*Positivista!*”



Quem diz isso *ainda não entendeu o que é positivismo*. O positivismo, afinal, *não se preocupa com a decisão*; confundir positivismo com legalidade é ter em mente o exegetismo francês do século XIX. Sugiro a leitura deste texto: [Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?](#) E o verbete de meu [Dicionário](#).

A outra objeção que se faz é a seguinte: “*Streck é um textualista! Fala em Dworkin mas é um Scalia!*” Não, não sou. Sou, sim, um hermenêuta. Sou, provavelmente, uma das últimas pessoas no mundo que diria que um texto é, por si só, suficiente e responsável por antecipar hipóteses de aplicação, respostas, sentidos. A interpretação é um processo construtivo. Respeitar a tradição é renová-la no tempo.

O texto não é tudo..., mas disso não se segue que o texto seja *nada*. Com Gadamer, repito, digo que, sobre um texto, só pode dizer algo aquele que, antes, deixa que o texto lhe diga alguma coisa. Hermenêutica é isso: não é objetivismo nem subjetivismo.

While we’re at it... Colegialidade: (mais) algumas palavras sobre (mais) uma palavra.

Por precaução, sugiro, que na sustentação, *seja levantada esta retranca*. Explico. Todos lembram que, quando do julgamento do *habeas corpus* do ex-presidente Lula, a ministra Rosa Weber invocou o “princípio” [sic] da colegialidade. Foi em nome desse princípio-que-não-é-princípio que Rosa Weber disse seguir o entendimento em favor da prisão em segunda instância. O voto está [aqui](#).

Já falei sobre isso em vários textos. Hoje, o que quero mesmo dizer é que a colegialidade, ainda que princípio autêntico fosse — não é, mas concedo para fins de mera argumentação —, não pode entrar na jogada agora; não pode entrar na jogada *pelos próprios termos que a colegialidade pressupõe*.

Porque vejam: ao invocar a colegialidade, Rosa Weber disse que “o tema de fundo”, para quem pensa como ela, “*há de ser sim revisitado* no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs”. Traduzindo: “temos de rever essa questão, mas não agora; o momento para rever o entendimento é no julgamento de sua (in)constitucionalidade”. Pois é. O momento chegou. Essa é a hora.

Se a colegialidade, que é nada mais que seguir a maioria, fosse sempre seguida, *sequer haveria que se falar em colegialidade*; os entendimentos seriam fixados porque fixos, fixos porque fixados. Se houvesse colegialidade irrestrita, *Lawrence v. Texas* não existiria; o 5-4 de *Bowers v. Hardwick* seria gravado em pedra ao lado da criminalização da sodomia, e seria eternizada a injustiça do dia em que [a Suprema Corte errou](#).

Rosa Weber sabe disso. Foi por essa razão que sustentou que a ideia de colegialidade quer dizer que os precedentes devem ser revistos em momento oportuno. Pois é. O momento chegou. Essa é a hora.

Quem não acredita na colegialidade deve votar em favor da resposta correta. Quem acredita na colegialidade... também.

De todo modo, digo que, na democracia, não é feio aplicar aquilo que a lei diz. Não nos envergonhemos de aplicar a lei.

Sinonímias epistêmicas são desejáveis na democracia. Bom julgamento a todos. Da Colômbia, estarei



torcendo pela Constituição!

Sobre Barroso dizer que STF perderá legitimidade se deferir ADC 44

O Brasil leu a entrevista do ministro Roberto Barroso. Disse ele que se o Supremo Tribunal não "corresponder aos sentimentos da sociedade" — isto é, se não reforçar o entendimento em favor da prisão em segunda instância —, vai acabar por "perder sua legitimidade".

O problema é que, *ainda que estivesse certo, o Ministro Roberto Barroso estaria errado*. Porque o Supremo Tribunal *não existe* para "corresponder aos sentimentos da sociedade"; sua legitimidade não está e nem deve estar subordinada à tônica da "voz das ruas".

Barroso diz que "[e]stamos falando de optar por um sistema que funciona ou um sistema que não funciona". Errado, ministro. Estamos falando sobre optar por seguir o Direito ou por abandonar o único critério que sustenta a democracia. Estamos, sim, falando sobre decidir com base em critérios objetivos ou escolher a partir de um vazio epistêmico subjetivista.

O Supremo pode, é verdade, perder sua legitimidade. Mas pode perder sua legitimidade se fizer exatamente o que propõe a tese de Barroso, e capitular em face de um consequencialismo difuso e abstrato. Em 2013, o ministro Marco Aurelio disse o contrário de Barroso: “— Não julgamos para multidões”. Perfeito, ministro Marco Aurelio. *Não fosse assim, não precisaria existir o STF*. Ele é contramajoritário. E sabem por quê? *Porque a Constituição é um remédio contra maiorias*.

Só mais uma coisa: fosse verdadeira a tese de que um Tribunal Constitucional deve seguir as maiorias, em qual critério de maioria o ministro Barroso se baseia? Qual é o dado empírico?

Permito-me perguntar: *o que é isto – os sentimentos da sociedade? Quem é o seu porta-voz? O STF?*

A professora alemã Ingeborg Maus já advertiu de há muito:

O Judiciário não é o superego da sociedade!

Date Created

04/04/2019