



O que há no fundo da nossa caixa de Pandora?

No alto do Olimpo, Júpiter havia ordenado a Vulcano que criasse uma nova criatura para que fosse uma companheira para o homem. Assim, juntando-se a Minerva, produziram uma linda mulher, quase tão bela quanto a mais bela das deusas. Quando levaram a nova invenção à Júpiter, obtiveram imediata aprovação. Tão logo Júpiter viu a nova mulher, seus olhos encheram-se de um brilho intenso e decidiu pelo seu nome.

– *Pandora, Pandora – Tem um som volátil, alado, magnífico. Ela será extraordinária, disse Júpiter.*

Admirado com Pandora, Júpiter entregou-lhe uma caixa dourada de presente, ricamente trabalhada com adereços, arabescos de ouro e prata. Pandora, tomada pela curiosidade foi logo abrindo a caixa, mas Júpiter interrompeu-a dando uma única regra:

– *A caixa deve ser mantida sempre assim, hermeticamente fechada.*

Pandora jurou obediência, porém o desejo, a curiosidade e a admiração levaram Pandora a abrir uma brecha da caixa para espiar o que havia lá. E bastou isso para, em um ímpeto, escapar e libertar de dentro da caixa toda forma de terror. Escaparam a inveja, a ira, a avareza, a arrogância, a crueldade, o egoísmo, a intolerância e todos os vícios e defeitos humanos.

Depois de muita luta, Pandora conseguiu fechar a caixa. Porém, o mal já estava feito.

Não se trata só de mitologia. Nós também recebemos uma Caixa. Mas, ao contrário da caixa de Pandora, que deveria ficar sempre hermeticamente fechada, nossa caixa deve ficar constantemente aberta, para fazer valer a constante evolução de direitos e garantias fundamentais. Toda pecha de terror que existe, com o abrir da nossa caixa, é arrebatado e foge para longe.

Volta e meia alguns desses fantasmas voltam para nos aterrorizar: o tal direito penal do inimigo, a invencionice do garantismo integral, o recrudescimento penal, o aumento de crimes e penas como forma populista de solução de problemas penais, pacotes anticrime com promessas milagrosas, a restrição da presunção de inocência etc.

Essas criaturas, no entanto, só aparecem quando há uma movimentação tendente a fechar a nossa Caixa. É que o fechamento hermético da nossa Caixa tem sido *conditio sine qua non* para o retorno da nossa democracia aos tempos mitológicos de Pandora, quando existia a confissão como rainha das provas, busca da verdade real a qualquer custo, a possibilidade de mandados de busca e apreensão genéricos/coletivos, quando o respeito ao Direito era confundido com impunidade e nem se sabia a diferença de prisão pena e prisão cautelar.

Nesses tempos sombrios, é preciso voltar a abrir a Caixa. E essa caixa se chama Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

É nessa caixa que se encontra que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou



degradante, ou que a casa é asilo inviolável do morador, ou que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, ou que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou que não haverá proposta de emenda a Constituição tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais.

Com a manutenção da abertura da Constituição da República não há espaço para interpretações de “sentimento de justiça”, “vontade do povo”, que violem direitos e garantias fundamentais.

No julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, deu sinal iniludível de que a nossa Caixa de Pandora deve permanecer aberta. Era necessário fazer um simples “balançar de olhos” (expressão cunhada por Karl Engisch), não entre o fato e a norma, mas entre a norma e a norma das normas. Buscava-se simplesmente saber se o art. 283 do Código de Processo Penal era constitucional ou não. E, se sim, qualquer outra categoria de prisão ou modo ou momento de execução é incompatível com a Constituição por absoluta ausência de previsão legal.

Como bem advertiu o Ministro Celso de Mello em seu voto, *“este julgamento refere-se ao exame de um direito fundamental – que traduz relevantíssima conquista histórica da cidadania em face do Estado – sempre combatido por regimes despóticos e contestado por mentes autoritárias, vocacionado a amparar qualquer cidadão da República contra práticas arbitrárias, independentemente da natureza do delito pelo qual esteja sendo processado ou pelo qual tenha sido condenado, ainda mais se se considerar, como observa GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 28, item n. 1.1, 1998, Celso Bastos Editor), que “A experiência história de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica”.*

Era simples, porém argumentos midiáticos que afirmavam combater um suposto fantasma de impunidade, utilização de dados estatísticos maquiados e fundamentação de resposta aos anseios sociais dominaram alguns dos discursos.

Nas ruas, um dos brados era que “No conflito entre a Lei e a Justiça, deve prevalecer a Justiça. E é injusto alguém condenado em segunda instância permanecer solto até o trânsito em julgado”.

Trata-se de argumento retirado isoladamente de uma colcha de retalhos que despreza o contexto e, principalmente, os *standards* próprios do Direito Penal e Processual Penal (Janaína Matida, Geraldo Prado, Antônio Vieira, dentre outros). Se, por um lado, uma das funções do Direito Penal (criado pelo legislador) é a proteção de bens jurídicos sob ameaça de pena, por outro, a função do Juiz aplicador da lei penal não é outra, senão, a de protetor de direitos e garantias penais do indivíduo que sofre contra o poder acusatório do próprio Estado, viabilizando um processo cumpridor das regras, sem abusos e verificando que, em caso de dúvidas, será aplicada a interpretação sempre mais favorável ao réu. Não porque assim se quer. Mas, porque a nossa Constituição, de um Estado Democrático de Direito, assim determina.

Fora dessas funções não é apenas o cidadão que perde, mas é o próprio fundamento da magistratura que deixa de existir.



Finalmente, depois de muita discussão, as ADCs foram julgadas procedentes, passando a interpretação constitucional de que o início do cumprimento de pena só se pode dar com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória – o que, por óbvio, não afasta a possibilidade de prisão (em primeira ou décima instância), se presentes os requisitos de uma prisão cautelar.

Apesar da salvaguarda pelo Supremo Tribunal Federal, na busca dos anseios sociais, o Poder Legislativo, aparentemente, já pretende dar uma resposta ao povo que clama por prisão e vai pautar um PEC para reforma Constitucional.

Sem entrar no mérito sobre a possibilidade de a Constituição da República permitir a restrição de direitos e garantias consagrados em cláusulas pétreas, foi impossível não recordar de HASSEMER¹ comentando a História das Idéias Penais na Alemanha Pós-Guerra: *“defrontaram-se os juristas, sobretudo os penalistas, com um problema urgente e incontornável de Direito Natural: os delatores não haviam mentido, os juízes haviam aplicado as leis formalmente vigentes lege artis, mas o resultado obtido exibia um verdadeiro escárnio, diante da mais despreziosa aceção de proporcionalidade, lealdade ou dignidade humana”*

Permitir a alteração constitucional para seguir um sentimento momentâneo do povo, dará carta branca para que juízes repitam atrocidades que foram cometidas no passado em diversas partes do mundo. De qualquer sorte, existem modelos diversos, como o de Portugal, que podem ser alinhados democraticamente sem reinventar a roda do trânsito em julgado (falamos isso nos podcasts que você pode encontrar em seu agregador predileto, tanto o “Dúvida Razoável” (com Francisco Monteiro Rocha Jr), como no “Criminal Player” (com Aury Lopes Jr).

No caso da mitológica Caixa de Pandora, depois do escape dos mais variados tipos de terror, Pandora, arrependida, olhou no fundo da Caixa e de lá viu um rosto maravilhoso, belo e jovem.

– *Quem é você?* Perguntou Pandora.

– *Eu sou a Esperança* – sussurrou a voz do fundo da caixa.

E foi assim, arrependida, mas carregando esse valioso presente, que Pandora se apresentou aos homens.

O Supremo Tribunal Federal abriu a nossa Caixa de Pandora e nela mostrou às autoridades constituídas e àqueles que levam o Direito a sério que ainda há esperança. Mas, será que as autoridades e os representantes do povo irão aceitar essa esperança da nossa Caixa de Pandora? A esperança democrática nos guia, principalmente no dia da Proclamação da República, embora o pessimismo da “vontade de poder” se alimente dos atributos da ira, da arrogância, da crueldade e da intolerância.

¹ HASSEMER, Winfried. História das Idéias Penais na Alemanha Pós-Guerra. R. Inf. Legis. Brasília e. 30, n. 118, abr./jun. 1993

Date Created

15/11/2019