

Streck: Clamor das ruas ou da Constituição? Casos Dirceu e Palocci

08/05/2017

O mais importante jusfilósofo do século XX, Ronald Dworkin, perguntava, em casos de extrapolação nas decisões judiciais (ativismo), acerca de quanto estamos dispostos a pagar para que todos tenham direitos (e eu acrescento: inclusive nossos adversários ou inimigos). A minha pergunta, aqui, é a mesma que fiz no caso do juiz que resolveu, por sua conta e risco, que um pai de gêmeos podia usufruir, por conta da Viúva, 180 dias de licença paternidade. Eu indagava: quanto estamos dispostos a pagar? E agora pergunto, no caso Palocci: quanto queremos investir? Todos os nossos recursos democráticos? Vamos bancar que tipo de jogo? O jogo da Constituição ou o jogo do clamor das ruas? Ou da mídia?

Advirto a todos que, na famosíssima metáfora de Ulysses, este só se salvou das sereias porque ordenou que os marujos o amarrassem ao mastro e não obedecessem a nenhuma outra ordem em contrário. Sobreviveu. Será que sobreviveremos se continuarmos a tomar decisões ad hoc? Como bem disse o ministro Eros Grau (QO no HC 85.298-0-SP), por ocasião da tentativa do ministro Ayres Britto de levar um HC da turma ao Plenário, em situação parecida com esta do caso Palocci, comentando o argumento do “clamor público”: *Para mim, o que importa é o clamor da Constituição. Isso em primeiro lugar*.

Só o clamor da Constituição salva. O das ruas é passageiro. *Clamor das ruas não tem cláusula pétrea*. É volátil. Os mesmos que hoje amaldiçoam ministros que concedem habeas corpus são os mesmos que ontem os incensavam, porque era contra seus inimigos. E, sabemos, incenso queima logo. Ficam as cinzas.

O caso Palocci instalou uma guerra midiática e jurídica. Na mídia e nas redes sociais, a questão jurídica passou a ser uma questão política. Não vou entrar nessa disputa. Fico com a parte jurídica. Como tenho feito. Assim, identificando o direito aplicável, tem-se uma questão incontroversa: quem julga HC é turma. Sim, turma do STF é juiz natural para julgar HC.

Portanto, para afastar a turma, teria de haver um fato novo, uma circunstância que fizesse o Plenário julgar qual tese — polêmica — prevaleceria, se a esgrimida pela 2ª ou da 1ª Turma (na sequência, explico isso). Por exemplo, a posição atual do STF (6×5 – HC 126.292 e ADCs 43 e 44) que poderia trazer um HC para o plenário seria a questão da prisão para condenado em segundo grau. Tratando-se de hipótese de HC em que ainda não há condenação em segundo grau, o próprio STF concede HC diária e normalmente. Aliás, assim foi o HC de José Dirceu. Não há condenação em segundo grau. Por isso, cada decisão depende do caso concreto. Por vezes, é a concretude do caso que define a concessão ou não. Só que o Plenário não serve para dirimir dúvidas de casos concretos.

O que quero mostrar é que a possibilidade de um habeas corpus ir ao Plenário não depende de ato discricionário do relator. Fosse assim e o relator escolheria o juízo. Só que isso transformaria o Relator em super-relator. Para resumir: o artigo 21 do RISTF, que trata dos

poderes do Relator (XI – remeter *habeas corpus* ou recurso de *habeas corpus* ao julgamento do Plenário), não estabelece qualquer referência ao conteúdo do HC. Mas no artigo 22 *existe a delimitação conteudística das hipóteses*: relevante questão jurídica ou divergência de entendimento entre as turmas, ou entre estas e o plenário, já existente ou a ser prevenida. Se é assim, a questão do “caso Palocci” é a seguinte: a divergência (real ou projetada) se dá com relação a qual questão juridicamente relevante? José Dirceu foi solto por questão de fato ou de direito? Quer dizer, foi solto porque se enunciou, abstratamente, “que ninguém pode ficar preso nas circunstâncias x e y” ou porque “no caso concreto não estão presentes os requisitos legais etc”? A resposta é que determinará o acerto ou o erro da afetação ao Plenário do caso Palocci.

Parece claro que, se não houver um padrão a ser seguido, isto é, um critério juridicamente consistente e predefinido, não pode o relator simplesmente escolher os casos que afetará ao plenário. Não é possível entender que a afetação depende de um ato discricionário.

Assim, a resposta adequada a Constituição vai na seguinte direção: a afetação ao Plenário pode ocorrer quando existir tese controvertida em discussão, até então não dirimida, ou se ocorrer que uma turma esteja julgando contra jurisprudência pacificada pelo Plenário (e veja-se, ainda, a importância do *distinguishing* agora adotado pelo novo CPC). Se não se diz a tese, não há motivo para a afetação ao Plenário. Mas não é só disso que quero tratar. Vejam a seguir.

Numa palavra: A Constituição como salvaguarda da política

Quando no início deste artigo pergunto acerca do quanto queremos investir no direito no entremeio de uma crise política, faço-o para insistir em uma coisa na qual venho batendo há anos. Isto porque sigo uma linha de ortodoxia constitucional e legal. Uma lei só pode deixar de ser aplicada em seis hipóteses ([ver aqui](#)). Fora delas, o juiz-tribunal tem o dever de aplicá-la. Não me importo de ser acusado de positivista. Quem diz isso não sabe o que é positivismo (para se ter uma ideia, no [Dicionário](#) que acabo de publicar, elenco dez tipos de positivismo, só para ver como isso é complexo). De todo modo, os positivistas podem ajudar muito mais na preservação da democracia do que os sedizentes “pós-positivistas” brasileiros (na verdade, voluntaristas que “descobriram” que o juiz boca da lei morreu). Também não me ofendo quando me chamam de originalista. Discussão de *lana-caprina*. O que me importa mesmo é reafirmar que Direito não é moral. Que Direito não é política. Direito se abebera, é claro, destes elementos. Mas depois que está posto, pode sofrer interpretações a partir da aplicação a casos. *O que o direito não pode é ser corrigido por argumentos políticos ou morais* (“clamor das ruas” é argumento moral). Garantias e direitos constitucionais devem ser aplicados inclusive para os inimigos, se quisermos fazer uma afirmação retórica. Mas verdadeira. Alguém pode até dizer que, face ao estado de coisas em que estamos, já não se pode cumprir a Constituição e que essa só atrapalha. Bom, neste caso, vamos apostar na barbárie. Eu não quero apostar no caos.

Repetindo-me: Não posso nunca dizer, de antemão, que o réu é culpado. Em nenhum caso. Ou que o acusado deve ficar preso. Ou, de forma antecipada, que devemos negar um HC. *Não tenho respostas antes das perguntas*. O positivismo do século XIX é que queria ter todas as respostas antecipadas. E fracassou. De novo: *Direito não pode ser aquilo que o intérprete diz que é*. Aliás — e aqui vai o criptograma da dogmática processual — se digo isso, posso dispensar o processo. E assim estabeleço um paradoxo: se estou certo, ao mesmo tempo estou errado. Ou seja, se venço, perco. Por que? Simples. Porque se primeiro decido e depois

fundamento, é porque o processo não importa. *E se o processo não importa, estou confessando que a decisão depende só de minha opinião.* E isso já não é direito.

Em síntese, nenhum réu pode depender do sorteio de relatores. E tampouco da disputa entre julgamento de uma turma e o Plenário. Aliás, cabe a pergunta: levar para o Plenário cabe também quando o HC é negado? Mais: com o saber antes se é caso de afetação? Por exemplo: o caso Bruno deveria ter sido julgado pelo Plenário? Não esqueçamos que Bruno está condenado em primeiro grau e não há condenação de segundo grau. Pois é. Querem algo mais polêmico do que dizer que a decisão do júri equivale a julgamento de segundo grau?[1] Isso não contraria o que o próprio STF decidira no HC 126.292? E quem negou o HC foi uma turma. E não o Plenário.

Para refletir, pois. E dizer em que queremos apostar: *se no clamor das ruas ou no clamor da Constituição.*

1 Não desconheço as razões dos votos proferidos no julgamento. Sei da diferenciação feita entre julgamento por juízes togados daquele proferido por jurados. Apenas lembro que essa discussão nem de longe esteve presente no HC 126.292.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-mai-08/streck-clamor-ruas-ou-constituicao-casos-dirceu-palocci-bruno/>