

Imperdível: professor e juiz explicam a literalidade da Constituição

01/03/2018



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Parte I: contra a literalidade, contra as garantias

Leio, na **ConJur**, [artigo](#) de opinião assinado pelo professor Adilson Abreu Dallari, para quem a “*literalidade faz da presunção de inocência uma garantia de impunidade*”. Dallari diz que um “uma coisa é a aplicação correta dos direitos e garantias fundamentais, mas outra coisa é o exacerbado ‘garantismo’, em detrimento dos interesses comuns da coletividade”.

O artigo de Dallari requebra argumentos como o de que artigo 5º, LVII da Constituição Federal impediria qualquer tipo de prisão cautelar, o que por si representa erro crasso de dogmática processual penal; outro argumento é de senso comum: diante de um cenário de impunidade, o princípio da presunção de inocência teria sido transformado em uma “presunção de impunidade”.

Ora, sobre o primeiro ponto: a boa dogmática já deixou claro, há muito, que prisão cautelar não é pena antecipada. Com relação ao segundo, eu poderia, aqui, fazer a mesma pergunta que fiz ao professor José Eduardo Faria em recente [coluna](#): “há excesso de garantias, diz professor. O que dirão os 750 mil presos?” Recomendo a leitura para quem quiser saber o que tenho a dizer sobre esse Processo Penal 3.0 reivindicado por juristas como Dallari, Faria, Moro, Gimeses (logo verão porque falo desse juiz), etc. É isso. Será que as mais de sete centenas de milhares que formam a população carcerária do país colocariam o garantismo entre as mesmas aspas irônicas utilizadas por Dallari? Creio que não. Aliás, colocar aspas no garantismo aproxima o texto de Dallari a qualquer manifesto do tipo “contra a bandidolatria”. Não quero crer que a intenção do ilustre Professor tenha sido essa.

Muito já foi dito sobre isso tudo. Por mim e por tantos outros. Por isso, hoje, quero demonstrar por que a tese de Dallari é inconsistente. E, pior, é um sintoma de como setores do Direito flertam com o autoritarismo e secundizam direitos fundamentais. Se é assim que os professores ensinam Direito pelo Brasil afora, transformando-o em uma frágil teoria política do poder, não pode nos surpreender o pensamento reacionário que vem sendo forjado. A **ConJur** é um exemplo desse fenômeno no espaço dos comentários. Jovens e velhos com traços comuns: o reacionarismo e o discurso raivoso contra quem defende garantias. E até mesmo a criminalização da advocacia.

Vejamos as fragilidades do artigo de Dallari. O professor diz que o papel do intérprete, cujo trabalho seria “*instrumental*”, “deve estar voltado para *a busca da solução mais adequada e mais justa* dos problemas suscitados” (grifos meus).

Assim, Dallari, além de (i) incorrer no velho erro da cisão entre *interpretação* e *aplicação*, dá a entender que (ii) não é apenas aceitável, mas *desejável*, que o Direito seja visto a partir de um olhar pragmático, teleológico. Também (iii) acredita na discricionariedade: se a decisão judicial deve buscar a solução *mais* adequada, a solução *mais* justa, isso quer dizer que a posição pessoal do julgador vale mais do que o Direito. Ou seja, para ele, o intérprete *escolhe*. E, assim, não dependemos do Direito. Dependemos do “intérprete que faz uma adequada instrumentalização”.

Para começar, eu não acredito “na escolha” da solução mais adequada. E “adequada” para quem? Acredito em *uma* resposta baseada em critérios a partir dos quais a decisão jurídica respeite o direito fundamental do cidadão a uma resposta adequada à Constituição.[1]

Sigo. Interpretação “instrumental”? Dallari, claramente, admite que o intérprete atribua sentido ao texto, arbitrária e livremente. Aliás, essa postura não é privilégio de professores como ele. Isso se espalha dia a dia, incentivando a correção do Direito por argumentos morais. Para dizer o mínimo. Despiciendo ter que dizer que norma não significa texto (Müller); mas tampouco dele pode ser descolada quando se interpreta (Streck), a não ser se estamos diante de inconstitucionalidade (ver as seis hipóteses [aqui](#)).

Ainda assim, para fins de argumentação, partamos do pressuposto de que o professor está certo e que, sim, a interpretação é “instrumental”, e, através desse “instrumento”, o intérprete escolhe uma das possíveis respostas. Pois bem. Se a atribuição de sentido é livre, também fica a cargo do intérprete dizer o “que é isto — a escolha mais adequada”. Mas, o que é isto “a solução mais justa”? Há um justômetro? Bem, para o professor paulista, fica a cargo do intérprete, pois não? Esqueçamos, pois, a autoridade da tradição, do texto, e o *standard* de racionalidade do Direito. É “mais justo” que o réu vá para a cadeia. Mas, e se eu disser o contrário?

Dallari parece esquecer que, quando a atribuição de sentido é livre e não há resposta certa, o contrário pode ser dito com base no mesmo fundamento. É a institucionalização de um *humptydumptysmo* jurídico: dou às palavras o sentido que quero. Resultado disso? O caos. Um estado de natureza epistêmico.

O que é mais justo: prender ou soltar? A resposta é moral ou jurídica, professor? Se o padrão epistêmico que constrói a argumentação de Dallari estiver correto, tanto faz. Porque, sem critérios, qualquer coisa pode ser dita sobre qualquer coisa. A racionalidade por trás do argumento do articulista *permite que o julgador decida como bem entender*, algo como “decido conforme minha consciência”. Na sua tese, buscar o “justo” é “ousar” na interpretação. Mas, para qual o lado? É uma questão lógica, e é por isso que sua tese já nasce derrotada... embora devemos reconhecer que a maioria da comunidade jurídica pensa como o professor Adilson Dallari. Talvez seja por isso que menos de 1% dos recursos sejam acolhidos no Superior Tribunal de Justiça. Ou que ainda se inverta o ônus da prova. Bom, aqui o leitor complementa.

Parte II: a favor da literalidade e contra as garantias

Leio, também na **ConJur**, uma [crítica](#), direcionada a mim, por parte do juiz federal José Jácomo Gimenes. Texto elegante. Para ele, se a Constituição diz que “ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado”, disso não se segue que a pena antecipada fere a Constituição. Isso porque, para ele, a Constituição não fala “ninguém será *preso* até o trânsito em julgado”. Despiciendo, de pronto, apontar os erros processuais-penais na assertiva. Há uma diferença entre prisão decorrente de pena e prisão cautelar.

Um argumento similar foi utilizado pelo ministro Roberto Barroso, quando do julgamento do HC 126.292. Disse, à época, Barroso que “[...] a Constituição brasileira não condiciona a prisão — mas sim a culpabilidade — ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade.”

Desnecessário comentar o textualismo *ad hoc*. Os argumentos, a partir de qualquer perspectiva, soam-me algo como “veja bem, você ainda não é considerado culpado, mas vai passar a cumprir a pena desde já ainda assim. *Lo siento*.” Presunção de inocência para quê, não é mesmo?

Mais: a partir desse raciocínio, parece que qualquer prisão é legítima, independentemente de motivação cautelar. Basta uma decisão escrita e fundamentada... em qualquer razão. Toda essa fé na “vanguarda iluminista” parece-me sobrepor o Judiciário ao legislador.

Essa crença absoluta no poder dos juízes é outro ponto compartilhado por Gimenes e Barroso, como como se vê, respectivamente, no texto de Gimenes e no voto de Roberto Barroso na ADC 43 (que visava à constitucionalidade do artigo 283 do CPP).

Senão, vejamos. Em face do artigo 283 do Código de Processo Penal,[2] que fala, este sim, em “prisão”, o juiz Gimenes argumenta que “a redação do mencionado artigo 283 decorreu da interpretação do Supremo em 2009” e, por isso, “se o Supremo voltou a antiga tradição [sic], reconhecendo a possibilidade de prisão após segundo julgamento, a redação do artigo 283, dependente da interpretação decaída, deve ter o mesmo destino, por contrariar a Constituição explicitada pelo Supremo”. Foi o que entendeu Barroso, ao, pelas mesmas razões, dizer que o dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição (que, para Gimenes e Barroso, autoriza a prisão em segunda instância). O que Gimenes esqueceu? Simples: *esqueceu que o STF não poderia voltar à sua velha posição*. E sabem por que? Porque o legislador já legislara sobre isso. Bingo. E ainda há uma separação de Poderes no que resta da República.

Ou seja: para Gimenès, o Supremo decidiu assim, e pronto. Pois bem. Só que o STF errou. Aqui falta o “fator Julia Roberts” ([aqui](#)). Por trás da tese de Gimenès está o velho realismo jurídico: o direito é o que o judiciário diz que é. Esse vírus do realismo retrô parece o Jason da série Sexta-feira 13. Ele volta. E volta.

Gimenès faz um belo jogo de palavras, isto é, para permitir que a Constituição seja o que o intérprete quiser que ela seja, ignora um ponto muito simples: se não há a culpabilidade (o que, segundo o textualismo-por-conveniência, só ocorre após o trânsito em julgado), como pode haver prisão?

Parte III: quando a literalidade e seus inimigos convergem

Voltando a Dallari, este entende que o texto constitucional é claro no sentido de obstar a prisão em segunda instância (ao menos nisso ele acerta...); mas pede que não optemos pela literalidade da Constituição.

Em linha oposta, o juiz Gimenès entende que o texto constitucional é claro no sentido de *não* obstar a prisão em segunda instância; assim, pede que *optemos* pela literalidade da Constituição. Entenderam? Lembrei das *Viagens de Gulliver* — escrito por Jonathan Swift em 1726 — e a guerra em que morreram 30 mil soldados, porque em disputa estava a interpretação da Constituição do reino, cujo artigo claramente dizia que todos-deveriam-quebrar-os-ovos-pelo-lado-certo. Bingo. Qual será o lado certo nessa disputa dos ovos constitucionais?

O ponto em comum entre Dallari, Barroso e Gimenès? Todos dão “à literalidade” o sentido que querem para chegar em um objetivo já previamente estabelecido. E o objetivo? A *eficientização* do processo penal. Processo penal 3.0, turbo. A Constituição é colocada em segundo plano, como um mero meio de se atingir aquilo que todos querem, “o fim da impunidade”. Isso tem de ser dito. Textualismo *ad hoc*, iliteralidade de *marketing*.

Prisão sem culpa e sem motivação cautelar: eis o objetivo do DPP 3.0. A Constituição contra as garantias, e as garantias contra a Constituição. De minha parte — com minha ortodoxia constitucional — nunca preguei “literalismo” ou “antiliteralismo”. Essa não é uma discussão hermenêutica. Quem me lê, sabe disso. O que lamento é que, hoje em dia, cada vez mais a literalidade e a não literalidade se transformaram em argumentos ideológicos e estratégicos. Um dia o texto é tudo; no outro, o texto é nada. Como o personagem Ângelo, da peça de Shakespeare, *Medida por Medida* (um dia ele usa a letra da lei para condenar Cláudio à morte; no outro, ignora essa mesma lei porque quer fazer sexo com a irmã de Cláudio).

Veja-se, pois, que tanto o professor Dallari e o juiz Gimenès (e um ministro do STF) chegam à mesma conclusão (a favor da prisão antecipada) com dois argumentos antitéticos: de um lado, diz-se que a literalidade é ruim no caso da presunção, porque propicia impunidade; se outra banda, diz-se que a literalidade aponta para a prisão. Seria bom se os intérpretes combinassem melhor entre si “o que é isto – a literalidade”.

De todo modo, digo que, na democracia, não é feio aplicar aquilo que a lei diz. Não nos envergonhemos de aplicar a lei.^[3] Sinonímias epistêmicas são desejáveis na democracia. Mas isso não quer dizer subsunção ou “escravidão à lei” ou coisas desse gênero, que povoaram o imaginário dos juristas do século XIX e início do século XX (até o advento das teorias

voluntaristas). Também seria bom que os professores de todo o Brasil passassem a ensinar mais Direito e menos TPD (teoria política do poder). E não confundissem conceitos dogmáticos. É possível prisão antes da formação da culpa, desde que presentes os requisitos da cautelar. Quando discutimos presunção da inocência, não é disso que estamos falando.

Como já falei [aqui](#), não é rigor comparar leis com ovos, mas, sim, com caixa de ovos. Na democracia — e vou adaptar um exemplo de Bobbio — um mesmo tipo de caixa pode ser enchido com flores, explosivos ou com ovos. Se a caixa for de ovos, devemos enchê-la com... ovos e não com flores ou explosivos. E nem com qualquer outra coisa. Podemos até discutir o tipo de ovos. Mas são... ovos. Saber o que são ovos já é um bom início de conversa hermenêutica.

1 Destaco o verbete “Resposta Adequada à Constituição”, de meu Dicionário de Hermenêutica (ver [aqui](#)).

2 Art. 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.

3 Um belo texto criticando o “estado da arte do modo de aplicar o direito hoje” é de autoria de Thiago Pádua, intitulado “Novo” Velho Estado (jurídico) Novo: Réplica ao Professor Luís Roberto Barroso (ou sobre os juristas que roubavam cadáveres). [aqui](#)

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-mar-01/senso-incomum-imperdivel-professor-juiz-explicam-literalidade-constituicao/>