

Georges Abboud: O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 e o absurdo

14/11/2019

“Durante as falas do promotor e do meu advogado, posso dizer que se falou muito de mim, e talvez até mais de mim do que do meu crime.”

(Albert Camus. O estrangeiro)[1]

Na quinta-feira (7/11), o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54 e atestou, por angustiante maioria de votos, de forma acertada, a plena compatibilidade do artigo 283 do Código de Processo Penal com o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que veda a chamada execução provisória de sentença penal condenatória.

O itinerário do julgamento foi uma *via crucis* caricata do ambiente jurídico brasileiro, no qual as *fake news*, os argumentos terroristas e o populismo judicial contaminam as discussões. Daí o porquê de tentarmos extrair dele algumas lições urgentes. A primeira, norte de todo o artigo, é que, seja na normalidade ou em períodos de crise, o enfraquecimento da jurisdição constitucional nunca é bom para uma democracia.

Sendo assim, antes de mais nada, estas linhas são uma defesa do Supremo Tribunal Federal, que tem sofrido ataques injustos à sua atuação. Defende-se, aqui, o STF como um todo, para além da maioria vencedora. Ainda que, vez ou outra, discordemos do resultado interpretativo alcançado pelo Supremo, sempre defenderemos a independência dos seus ministros, tendo em vista que, na democracia, a única pressão admitida é a do constrangimento do direito e suas respectivas regras legais.

Eficienticismo e o populismo judicial

Reinaldo Azevedo anotou, em [texto](#) no jornal *Folha de S.Paulo*, que “um país que vence por um voto a declaração de constitucionalidade da própria Constituição vive dias insanos”.

A primeira circunstância sobre a qual devemos meditar é precisamente essa: ainda que as regras legais e constitucionais desenhem com precisão a presunção de inocência, parcela vencida na votação privilegiou argumentos de vária natureza, em detrimento do texto constitucional. Ao final, como diria meu querido amigo Lenio Streck, a ortodoxia venceu e, infelizmente, por um placar aflitivamente apertado.

Aliás, Lenio, protagonista do êxito da ADC 44, fez de sua sustentação oral o constrangimento epistemológico necessário para a defesa do texto constitucional em face de dados imprecisos e do alarido popular. Assistir uma sustentação oral no STF que mencione Bernd Rüthers per se é motivo de alegria para todo entusiasta do direito constitucional. A compreensão de autores como Bernd Rüthers, Michael Stolleis e outros é que possibilitará um adequado enfrentamento

dos vieses ativistas, eficientistas e populistas que têm dominado boa parte do debate jurídico.

Na visão praxista-eficientista-populista, a resposta correta não seria a imposta pelo Direito, mas antes aquela tida pelo juiz como a mais apta a produzir determinados resultados. Nesse caso, a mais capaz de levar a uma pretensa redução da impunidade e tornar o Brasil um país melhor.[2] Aliás, para quem se diz pragmático e eficientista, depositar no Judiciário a esperança da construção de um mundo melhor parece muito mais utópico do que exigir dele o exercício de sua tarefa a partir do paradigma da autonomia, sem qualquer espécie de discricionariedade. Ao final das contas, pedir para o Judiciário enfrentar o texto é muito menos complexo e mais tangível do que convidá-lo a ser o agente de melhoria social. O STF é, antes de tudo, guardião da Constituição e não uma espécie de corregedor geral da República, da moralidade e da sociedade brasileiras.

Num apanhado, o que se observa é que o argumento jurídico venceu. Tanto o texto constitucional como o artigo 283 do CPP, ambos produtos do Legislativo democraticamente instituído, foram privilegiados. O STF, perante pressões de toda ordem, conseguiu resistir aos anônimos anseios do populacho momentaneamente organizado em torno de um projeto punitivista e inconstitucional. Conforme ressaltou Lenio Streck, em sua brilhante sustentação oral, a função principal de uma corte constitucional é resistir ao “canto das sereias”. Lição que já deveríamos ter aprendido há tempos com Jon Elster.

Agora, cabe ao Supremo resistir às serenatas indignadas sobre o tema e se negar a fazer qualquer modulação *ex nunc* do *decisum*. Tal como defendemos de há muito, inclusive [aqui na ConJur](#), trata-se de hipótese que não tolera modulação *ex nunc* ou *pro futuro*, já que decisões protetivas de direitos fundamentais devem retroagir para assegurar a isonomia.[3]

O uso de dados estatísticos e os limites do texto constitucional/legal

Outro ponto digno da nossa atenção é o uso de dados estatísticos como topos argumentativo na condução da retórica populista.

Argumentou-se, *ad terrorem*, que uma eventual proibição da execução provisória da pena após condenação em 2ª instância beneficiaria mais de 190 mil presos potencialmente perigosos que poderiam ser colocados em liberdade.

O primeiro equívoco dessa afirmativa histórica reside em ignorar por completo o fato de que o ordenamento já dá solução a esse problema: as prisões temporária e preventiva servem exatamente para acautelar condenados não definitivos que ofereçam algum tipo de risco à instrução processual ou à segurança pública.

É interessante notar que o próprio Conselho Nacional de Justiça emitiu nota desmentindo tais dados, esclarecendo que o número de eventuais beneficiados não ultrapassaria a marca dos 4.895, já que os alegados 190 mil abarcavam todos os presos já sentenciados ainda sem trânsito em julgado, além daqueles presos cautelarmente, o que não se discutia no bojo das declaratórias.

Um registro importante: não somos e não conhecemos nenhum jurista que seja contrário ao uso de dados e das novas tecnologias no direito. Jurimetria, estatísticas e quetais são muito bem-

vindas, desde que adequadamente compreendidas na utilização do direito, em especial para reformas administrativas e legislativas do Judiciário. Tanto é assim que já tivemos a oportunidade de extrair as potencialidades positivas trazidas pela “nova” Lindb, ao admitir a análise de consequências práticas como um freio da discricionariedade judicial em casos complexos, trazendo a discussão quanto às consequências possíveis e eventuais ao campo probatório das partes.[4]

Ocorre que “dados e estatísticas” não podem alterar o binômio constitucional/inconstitucional ou o lícito/ilícito, próprios do direito. O uso dos dados não inaugura uma “nova era” da jurisdição constitucional brasileira, assim como o recurso a elementos estatísticos pelo STF não assegura a prolação de decisões mais bem fundamentadas. Dados e estatísticas podem contribuir para uma boa decisão judicial desde que “formatados” a um modelo decisório democrático, no qual a autonomia do Direito receba o prestígio necessário e a literalidade do texto legislativo não seja ignorada ou distorcida.

Curiosamente, muitos jurista praxistas, devotos das estatísticas, apelidam de formalistas e alienados os defensores das garantias e da higidez dos textos. Ocorre que, para uma parcela dos eficientistas-praxistas-populistas brasileiros, parece que somente o número — incalculável, mas monumental — de presos a serem soltos integraria a realidade; a Constituição e o CPP dela não fariam parte. Ocorre que, para além dessa vã filosofia, os textos legais são tão ou mais reais do que os dados ou as estatísticas.

Na realidade, uma das lições mais importantes talvez seja a de que não deveríamos acusar de nefelibatismo a defesa dos elementos jurídicos na construção de uma decisão jurídica. A incompreensão desse pleonasma é um forte indicativo do quão distorcido foi esse debate.

Assim, sem sombra de dúvidas, dados manipulados e incertos foram usados para sustentar a linha argumentativa da impunidade e do terror social. No entanto, ainda que a decisão do STF de fato beneficiasse 190 mil presos, seria isso razão suficiente para tolerarmos uma violação à clareza obscena do texto da Constituição?

A resposta é negativa. Se a legalidade é um pré-compromisso democrático, o elemento isonômico do Estado moderno, o texto legal pelo qual ela se exprime só pode ser ultrapassado, em situações excepcionais e mediante técnicas específicas, para uma eventual adequação ao texto constitucional, e nunca para fazer valer um eficientismo chão, sem qualquer embasamento empírico.[5]

A fulanização do controle objetivo de constitucionalidade

Iniciamos o presente texto com uma das observações feita por Mersault, personagem principal do romance de Albert Camus, durante seu julgamento.

Mersault é o arquétipo do homem do seu tempo: epidérmico, capaz somente da indiferença por não conhecer nada além da experiência sensível. Foi sentenciado à morte por ter matado árabe na praia, “por causa do sol”, e condenado por não ter chorado no enterro de sua mãe.

O estrangeiro mostra que o criminoso não é nada além disso: um criminoso. Ele não precisa ser um monstro, alguém incapaz da convivência social e que precisa, portanto, ser punido a

qualquer custo. Estamos esquecendo o óbvio, criminoso é quem comete um crime. Não há uma ontologia na definição do ser criminoso.

Chama a atenção o desvio de foco no julgamento das ADCs, processo que, por sua natureza objetiva, busca a incolumidade da ordem constitucional e não a solução de lides subjetivas. Demais disso, salientamos, desde sempre, a importância de não haver uma equiparação pura e simples do controle difuso ao abstrato.

O debate, no entanto, descambou para a fulanização, para a menção personalizada daqueles eventuais beneficiários da decisão do Supremo. Fizemos algo péssimo para as instituições: introduzimos a polarização política no debate jurídico da jurisdição constitucional. Transformamos o STF, em grande medida, numa arena de embates obtusos entre militâncias. Durante a maior parte do tempo não se discutiu a Constituição. Procuramos, antes, identificar quais eram os homens que não haviam chorado no enterro de suas mães para mantê-los presos indefinidamente, ainda que de forma contrária às regras legais. Falamos dos Mersaults, e não do caso.

Os (próximos) desafios democráticos

Uma última e importante reflexão que podemos extrair da acertada decisão do STF é a dos desafios democráticos que ela nos imporá enquanto nação.

Isso porque a investida autoritária no Brasil, seja ela no âmbito político ou judicial, cresce alimentada pelo terror e uma decisão que poderá, em tese, liberar das prisões diversos atores da política brasileira que se viram recentemente envolvidos em casos expressivos de delinquência política, pode representar um acirramento dessa polarização sustentada pela falácia do binômio transito em julgado/impunidade.

Soma-se a isso o fenômeno já apontado por vários politólogos de que o recente ciclo político brasileiro, iniciado em 1994 com a permanência bipartidária PT/PSDB, foi rompido pelas últimas eleições e uma nova e coesa estrutura não deve se formar até pelo menos as próximas.[6] Com isso, cresce o perigo do populismo, que faz política diretamente nas ruas, ignorando as estruturas intermediárias dos partidos e demais instituições que são, em verdade, nossos freios civilizatórios.

A decisão proferida no bojo das ações declaratórias de constitucionalidade encerra, ainda, uma curiosa situação normativa: a oposição de teses fixadas com eficácia vinculante pelo STF. Isso porque a decisão em comento, ao declarar a constitucionalidade do CPP 283, proibindo, expressamente, a execução provisória de acórdão penal, contraria o que ficou decidido no ARE 964.246, com reconhecimento de repercussão geral (tema 925).[7]

Aqui, não vislumbramos que a tese fixada pelo julgamento das ADCs deva prevalecer tão somente por representar um entendimento posterior do STF. No embate entre pronunciamentos vinculantes, o simples critério temporal se mostra insuficiente, reclamando antes que identifiquemos qual dos posicionamentos melhor se adequa ao texto da Constituição, com o intuito de proteger de direitos fundamentais.

É fato que, apesar de todos esses desafios, a Constituição venceu de novo o eficientismo. Contudo, também é verdade que o STF tem sido submetido a diversas pressões não condizentes com as promessas de uma democracia constitucional. Introduzir a polarização política no direito é obtuso e reducionista. O fascínio que o julgamento do STF tem despertado em diversas camadas sociais, juntamente com a expressiva exposição dos julgadores, não é sinal de maior publicidade, qualidade ou *accountability*.

Uma sociedade que sabe todos os nomes dos ministros do STF e que, ao mesmo tempo é ignorante das regras legais aos quais eles se submetem ou deveriam se submeter, não nos parece uma sociedade democraticamente sadia. Pelo contrário, ela forma a equação necessária para a proliferação da demagogia, do populismo e, a médio prazo, do totalitarismo puro e simples.

Por essa razão, ansiamos que essa decisão seja um marco para uma jurisdição mais técnica, menos ativista e mais deferente ao produto Legislativo. Nesse cenário, o STF perderá protagonismo, gerando, contudo, menos instabilidade institucional, e sua atuação, a longo prazo, não se dará pelo viés das demagogias populistas, mas sim pelo que determina o direito positivo brasileiro.

Portanto, o correto entendimento do STF em combater o populismo judicial foi apenas mais um passo na direção acertada da consolidação de uma cultura constitucional que precisará da grandeza das instituições para se efetivar, a fim de que possamos julgar e condenar homens, e jamais estrangeiros.

[1] CAMUS, Albert. *O estrangeiro*, 46ª edição, Record, 2019, p. 103.

[2] Sobre o assunto, já tivemos a oportunidade de nos manifestar quando classificamos o consequencialismo e o populismo como dois dos tipos de ativismo judicial observáveis. Ver ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, 3ª edição, RT, 2019, p. 1.346 et. seq.

[3] Ver: ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, 3.ª edição, RT, 2019, n. 3.29.4, p. 765 et seq.

[4] Ver: ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, 3.ª edição, RT, 2019, n. 1.13.5.5.2, p. 372 et seq.

[5] Ver ABBoud, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, 3ª edição, RT, 2019, p. 371 et seq.

[6] Sobre o assunto, ver ABRANCHES, Sérgio. *Terceira República no Brasil (1988-): República democrática*, em Dicionário da República: 51 textos críticos, SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa M. (orgs), Companhia das Letras, 2019.

[7] Tema 925 – Possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-nov-14/georges-abboud-julgamento-adcs-43-44-54-absurdo/>