

A onda jacobina (4)

(comentários sobre o julgamento do habeas corpus impetrado em favor de Lula).

Diz o art. 5º-LVII da Constituição: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Se essa norma não incide para evitar a prisão do réu antes do trânsito em julgado, me digam: qual sua hipótese de incidência?

É nenhuma.

Essa a questão que os ministros do STF precisarão decidir no próximo dia 4, quando prosseguirá o julgamento do habeas corpus impetrado em favor do ex-presidente Lula.

Contudo, como vimos no editorial anterior, o STF já enfrentou essa questão em fevereiro de 2016 (habeas corpus 126.292), quando, admitindo a prisão antes do trânsito em julgado, praticamente suprimiu aquela norma do corpo da Constituição. Porque toda norma jurídica há de possuir um suporte fático de incidência, e se deixa de o ter, é como se não existisse.

Acontece que, para prender Lula agora, não basta apagar aquela norma. É preciso apagar também o art. 283 do código de processo penal: “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 de prisão preventiva” (grifei).

Bem, acontece que o STF já fez isso uma vez (em outubro de 2016), ao rejeitar pedido de medida cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade ns. 43 e 44. Essas ações foram propostas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) – em petição de brilhante arquitetura – e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. São assistentes especiais (“amici curiae”) dos autores, nessas duas ações, as defensorias públicas da União e dos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo; o Instituto Brasileiro de Defesa do Direito de Defesa, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o Instituto Ibero-Americano de Direito Público, o Instituto dos Advogados Brasileiros

(IAB), a Associação dos Advogados de São Paulo, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas. Todas essas entidades querem que seja declarada a constitucionalidade do art. 283 do código de processo civil.

E não poderia ser de outro modo. Em quê esse artigo fere a Constituição? Em quê se opõe à Constituição, em quê a contraria? Em absolutamente nada. Ninguém é capaz de dar, a essa pergunta, outra resposta.

Inclusive o STF, cujo raciocínio para afastar sua aplicação é o seguinte: o art. 283 é constitucional, sim, mas nos termos da Constituição, e a Constituição é o que eu digo que ela é. Se o art. 5º-LVII da Constituição, nesse caso, não incide, o art. 283 também não incide. O art. 283 não é o que vocês depreendem dele, não é o que todo falante depreende dele, não é o que Habermas – que se dedica a estudar o discurso e sua ética – depreende dele: é o que eu quero que ele seja. E acabo de reescrevê-lo, para que ele diga o contrário do que está nele realmente escrito.

O relator dessa medida cautelar foi o ministro Marco Aurélio, que ficou vencido. Transcrevo, na íntegra, a conclusão do ministro Fachin, que liderou a divergência:

“Posto isso, voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo a qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.”

Sublinhei a locução “interpretação conforme à Constituição”, por ter significado técnico preciso em Direito Constitucional: tendo uma norma legal sentido duvidoso, pode ser aceita desde que, dentre seus sentidos possíveis, seja interpretada num sentido conforme à Constituição (interpretação adequada).

Ora, não há dúvida nenhuma, quanto ao art. 283 do código de processo penal, que enseje esse tipo de interpretação: ele diz que ninguém pode ser preso, por força de sentença penal condenatória, antes do trânsito em julgado. Se, mediante interpretação conforme, recebe outro entendimento, qual é este: será por ventura o seu contrário? Que qualquer um pode ser preso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória?

Remeto quem melhor deseje se esclarecer sobre esse assunto, ao texto do advogado e professor Lênio Luiz Streck (Conjur, 7.10.2016), que assim conclui: “Parece que o Supremo Tribunal Federal criou um nova técnica de interpretar: em vez de *Verfassungskonforme Auslegung*, estabeleceu uma interpretação contra a Constituição”.

O que explica esses malabarismos lógicos, esses sofismas alucinados, que transformam o julgamento num linchamento? Na sessão do último dia 22, Moraes, Barroso e Fuchs estavam – como se diz popularmente – babando na gravata, e ficaram aturdidos, balbuciantes, quando se propôs o que nesses casos é perfeitamente normal: um salvo conduto provisório em favor do paciente.