

Breve taxionomia da argumentação inconstitucional

Mauricio Stegemann Dieter

Resumo: Este ensaio aborda quatro linhas argumentativas utilizadas nos votos vencidos no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, que equivocadamente tentaram negar eficácia ao texto constitucional definido no artigo 5, inciso LVII, da Constituição da República, expresso no artigo 283 do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Execução de pena antes do trânsito em julgado. Inconstitucionalidade.

Abstract: This essay addresses the four leading arguments used in the defeated votes delivered in the Supreme Court in 2019 that mistakenly tried to deny effectiveness to the constitutional rule defined in article 5, LVII, and later expressed in article 283 of the Criminal Procedure Code.

Keywords: Execution of a prison sentence without res judicata. Unconstitutionality.

Por mínima diferença de opinião entre Ministros, uma regra de tratamento definida na Constituição da República e reproduzida no Código de Processo Penal manteve-se íntegra. Refiro-me, é claro, ao histórico julgamento das ADCs 43, 44 e 54, em relação ao qual o Executivo Federal mantém-se inconformado.

Se, por um lado, o voto da Ministra Rosa Weber libertou o suspiro de alívio dos criminalistas país afora, por outro inaugurou um tempo de redobrada vigília.

Há, de fato, bons motivos para desconfiar do Supremo Tribunal Federal como guardião do texto constitucional em um contexto obscurantista: como tributar a certeza da proteção dos direitos fundamentais a homens e mulheres dispostos a tergiversar com a proibição de não contradição definida pela lógica?

A tentação autoritária de fragmentar uma cláusula pétreia permanece e ecoa perigosamente pelo Congresso Nacional, em boa medida reagindo a insinuações que partiram da Corte. Aos juristas comprometidos com a defesa do Estado Democrático caberá, novamente, resistir com as armas da crítica em todos os espaços possíveis.

Nesse íterim, enquanto uma mudança na estrutura recursal não se concretiza, as circunstâncias obrigam revisar como foi que nosso Tribunal Constitucional se colocou à beira do precipício hermenêutico. Interessam, em particular, os argumentos utilizados pelos Ministros que abandonaram o Direito como técnica (e, no pior dos cinco votos, para abraçar a retórica como verniz do voluntarismo).

A leitura dos votos vencidos revela, nesse sentido, a preferência por quatro linhas discursivas. A primeira, reduzir todo o debate jurídico ao pó principiológico, triturando a realidade das regras à hipostasia de uma discussão axiológica. A segunda, a subordinação da presunção de inocência a um vetor decrescente, conforme avança o processo. A terceira, o moralismo escatológico, que apela para o catastrofismo para justificar medidas urgentes. Quarta, a falsificação estatística, que manipula os números para atender às convicções.

Analisemos brevemente uma a uma.

A estratégia de redução do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, à condição de “mero princípio” é bastante simples: apenas mais uma entre dezenas de prescrições constitucionais, a garantia do estado de inocência antes do trânsito em julgado pode ser relativizada em sua inequívoca determinação para satisfazer outros interesses de falsa equivalência. Simulando a doutrina de eminentes constitucionalistas estrangeiros, afirma-se que é possível “ponderar” uma norma diante das circunstâncias para produzir uma “adequação constitucional”, que, contraditoriamente, exige o sacrifício da literalidade da Constituição para se concretizar. *Nonsense* jurídico.

A má compreensão da virada linguística na filosofia ocidental faz, aqui, mais uma vítima. O direito fundamental, que exclui a possibilidade de execução de pena antes do trânsito em julgado é regra que não comporta exceção – precisamente por isso, a prisão processual tem natureza jurídica distinta, e mais não precisa ser dito. Em caso de dúvida, as lições introdutórias de **Hans Kelsen** e **Robert Alexy** (textos básicos para estudantes de graduação) são mais do que suficientes.

A segunda é a artilosa confusão entre inocência e não-culpabilidade. A ideia é elementar: se sentença e acórdão afirmam, antes dos eventuais recursos aos Tribunais Superiores, a censurabilidade do tipo de injusto, então o cidadão “duplamente condenado” já não merece o ceticismo do Estado. Sem respeitar o método do Direito comparado, paralelismos com outras ordens jurídicas denunciam a suposta frouxidão do sistema brasileiro e clamam por punição diante de um suposto “pacto suicida” nunca confirmado. O “complexo de vira-lata” acompanha o evidente descompasso: para o direito penal brasileiro, a inocência é um predicado qualitativo absoluto somente alterado após o trânsito em julgado, porque o juízo definitivo de censura não depende apenas de prova material, mas de processo legal devido – frequentes episódios de erro judiciário à parte. Em um país com pouca tradição democrática e crônica infidelidade dos Tribunais estaduais à jurisprudência das Cortes superiores – algo mais do que recomendável, diga-se de passagem. Nesse ponto em particular, merece atenção um grave equívoco teórico identificado no voto de um dos Ministros, que em poucas linhas confundiu *princípio da culpabilidade* (que, simultaneamente, proíbe a responsabilidade penal objetiva e o Direito Penal do Autor), *culpa* (tipo subjetivo dos crimes imprudentes) e *culpabilidade* (categoria do conceito analítico de fato punível estruturada sobre imputabilidade, consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta adequada à norma). Falha grave diante da seriedade da questão sob julgamento e que merece ser revista. Em verdade, se a coerência ainda for um valor importante, deveria inclusive reorientar as conclusões da decisão para um voto conforme a regra constitucional.

A terceira é o apelo moralista, atento à “voz das ruas”. Uma escuta seletiva, em todo caso, mais calibrada para ouvir a indignação da zona Sul do Rio de Janeiro do que os gritos das mães dos mortos pela polícia nas favelas cariocas. Seja como for, um retrocesso, que aprofunda a crise de legitimidade do Judiciário brasileiro ao deslocar o fundamento de sua autoridade, da Constituição, para o instável terreno da opinião pública. A vaidade despertada pela TV Justiça certamente não favorece à serenidade necessária para a defesa de posições impopulares, mas a recente guinada

moral da Corte deve muito mais à cumplicidade entre a mídia e o projeto político conduzido pelas grandes operações policiais, especialmente pela “Lava Jato”, do que à histeria televisiva. A falácia das consequências adversas, que se alimenta do binômio “tudo ou nada”, é frequente em tais votos: renunciar ao que está escrito é necessário para “combater a corrupção” e os que se opõem só podem ser, na dicotomia simplista que coloniza quase metade do Plenário, inconsequentes profissionais pró-impunidade, sombras anacrônicas que impedem a aurora de uma nova ética juridicamente tutelada. Idealismo perigoso, que infelizmente não mostra sinais de arrefecimento, com assento definitivo na Corte.

A quarta e última linha argumentativa é um excelente exemplo de como não se faz pesquisa científica. Uma mera coleta de dados, organizada na intimidade do próprio gabinete, ignorou qualquer baliza metodológica para fundamentar a afirmação triunfante de que a “criminalidade” responde mecanicamente às decisões do Supremo Tribunal Federal. A inversão do pressuposto estatístico é radical: buscam-se dados para corroborar as opiniões, não para elaborá-las. Antes de encontrar um padrão, supõe-se um: a crença na prevenção geral (negativa e positiva) da pena transborda. Não há regressão linear ou observação da regra de **Bayes**, meramente apresentando-se números para fabricar inferências, isto é, fingindo jurimetria para disfarçar ideologia. O delírio vai longe e sinaliza o quão alienados estão alguns Ministros da realidade que pretendem disciplinar à distância. A falta de informação criminológica, típica de uma formação jurídica superficial, deveria ao menos constranger as melhores iniciativas à prévia

consulta com especialistas: é o que se espera de toda pessoa simbolicamente portadora de notável saber jurídico.

Em conclusão, é possível afirmar com bastante segurança, que não há muita ciência por trás da tentativa de ignorar a exegese dos direitos fundamentais como limite à violência estatal. Em sentido oposto, o voto do Ministro **Celso de Mello**, em sua exposição linear, didática e teoricamente coerente, deve servir de modelo para decisões futuras em matéria penal, ao demonstrar a força da razão técnica diante das pretensões punitivas, concretizando a vocação do Direito como fronteira do arbítrio: que o voto do decano possa iluminar a sombra do punitivismo populista por muito tempo ainda.

É preciso estar atento e forte: muito em breve, embalados por esses ou outros argumentos, seremos confrontados com novas tentativas de legitimar o retrocesso em matéria de direitos humanos. E nesse embate, a posição intransigente em favor do direito à inocência plena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória não deve ceder um milímetro sequer. Os incomodados que busquem uma Constituição para chamar de sua.

Mauricio Stegemann Dieter
Professor Doutor do Departamento de
Direito Penal e Criminologia da USP.
ORCID: 0000-0001-8444-3922

Recebido em: 09/12/2019
Aprovado em: 09/12/2019
Versão final: 11/12/2019

Paralisa da crítica e conformação à opressão e à dominação existentes

4

Jacson Zilio

Resumo: O presente artigo analisa o processo de paralisa e conformação de agentes estatais penais à opressão e dominação existentes nas instituições que exercem o poder punitivo. Propõe duas estratégias para redução da intolerância funcional: a primeira, lutar pela diminuição da seletividade do direito administrativo disciplinar; a segunda, aplicar o regime próprio do direito penal, especialmente no âmbito da tipicidade, aos ilícitos administrativos.

Palavras-chave: Independência funcional. Seletividade. Direito administrativo disciplinar. Direito penal.

O uso político do Direito não é exclusividade do ramo penal. Antes dele, quase sempre, atua o Direito Administrativo disciplinar. Foi assim, por exemplo, no Brasil, a partir do regime ditatorial instalado em 1964. O período de exceção caracterizou-se pelas condenações por delitos políticos, brutais torturas e desaparecimento de dissidentes, mas também por perseguições mais sutis, como as punições disciplinares, que serviam, pouco a pouco, para “limpar” as instituições estatais de eventuais divergências políticas, culturais e ideológicas.

Há, na atualidade, um visível movimento de retorno aos padrões autoritários que, no passado, ameaçaram também os agentes estatais, especialmente na área penal. Não é nenhuma novidade as notícias de procedimentos administrativos disciplinares, instaurados nos órgãos correccionais, muitas vezes *ex officio* e de forma secreta, com objetivos ocultos de perseguição a qualquer

Abstract: This article analyzes the paralysis process and conformation of criminal state agents to oppression and domination existent in institutions that exercise punitive power. It proposes two strategies to reduce functional intolerance: the first one, to fight for reduction of Administrative Disciplinary Law's selectivity; the second one, to apply Criminal Law's regimen, especially in the context of legal type, to administrative illicit.

Keywords: Functional independence. Selectivity. Administrative Disciplinary Law. Criminal Law.

forma de pensamento que, no seio das agências penais, divirja do senso comum dominante em matéria penal, isto é, que contrarie os arraigados princípios da conservadora ideologia de defesa social.

Também são conhecidos os casos de uso de punições administrativas para calar as ideologias políticas que buscam enfrentar o patrimonialismo, o mandonismo, a desigualdade social e os efeitos perversos do pensamento único neoliberal. A possibilidade de sanção por suposto exercício de atividade político-partidária funciona como uma espécie de bastão de ameaça na cabeça de juízes e promotores de justiça. Com isso se tolhe o direito fundamental de liberdade de pensamento.

Por essas razões, nas duas situações, os grupos de oposição que recusam a se conformar à opressão e dominação existentes no exercício seletivo do poder punitivo são cada vez menores.

Mas não são apenas os agentes estatais imbuídos na função