

RESERVA DE JURISDIÇÃO E DIREITO DE LIBERDADE¹

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho
Juiz de Direito
Doutor pela UERJ

1. A Parábola das Ambulâncias

Uma das demonstrações mais explícitas do grau de civilização humana é o sentimento de solidariedade da população quando surge uma ambulância com sirene ligada.

Em todos os povos, em todos os cantos do mundo, ambulâncias tocam profundamente o coração humano e evocam sentimentos nobres de compaixão, solidariedade, piedade, dor, respeito, etc.

Em uma cidade fictícia, porém, começou-se a desconfiar que alguns motoristas de ambulância acionavam as sirenes apenas para não ficarem presos no trânsito, independentemente de a ambulância estar em missão de salvamento ou não.

Logo o rumor chegou nas redações dos jornais que passaram a investigar e a denunciar os motoristas que procediam desse modo.

Cartas dos leitores chegavam ao jornal em grande quantidade, pugnando pela reprimenda exemplar a esses motoristas.

A situação passou a ficar cada vez mais tensa, até que os carros particulares passaram a não mais ceder a vez para as ambulâncias, mesmo com as sirenes ligadas, julgando que, provavelmente, tratar-se-iam de mais motoristas irresponsáveis. E logo o fizeram também com os carros da polícia e com os do corpo de bombeiros.

Nunca se provou o uso indevido das sirenes mas, mesmo assim, ninguém mais naquela cidade tinha qualquer sentimento de solidariedade quando avistava um veículo com a sirene ligada.

Guardemos a parábola na memória, mas mudemos de assunto por um instante.

¹ Palestra proferida no IV Congresso Nacional de Direito Penal e Processual Penal, no dia 23/04/2004, no Hotel Glória, Rio de Janeiro, promovida pelo Instituto de Direito.

2. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição

Em 1975, um professor alemão chamado Peter Haberle publicou uma original e interessante tese² em que sustentou que, em uma sociedade democrática, a interpretação constitucional não pode ficar restrita aos órgãos formais de interpretação, mas, antes, deve ser repartida por todos os participantes dessa sociedade, especialmente a opinião pública e o processo político, alavancados pelo debate na mídia. Ou seja, todos os cidadãos são intérpretes da Constituição.

Diz o professor:

*“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”.*³

Desenvolvendo a teoria, o professor afirma que quando o povo delegou aos seus representantes a responsabilidade formal para atuarem os órgãos estatais, não se despiu de sua parcela da realidade constitucional e é o povo, na verdade, *um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional*⁴.

Destaca o autor a importância da mídia no processo de interpretação constitucional. Embora a imprensa não seja participante em sentido estrito do processo de interpretação, sugere a grande importância do jornalismo profissional, a ele ligando a expectativa e as cartas dos leitores⁵.

Recorrendo a Baschhof, adverte que, embora *“o juiz não se deve deixar influenciar em um caso concreto pela opinião pública”*⁶, ele deve estar em *permanente comunicação ou em um diálogo duradouro* com todos os setores da sociedade, especialmente com o povo e a opinião pública.

Deve-se reconhecer, portanto, a importância do jornalismo profissional para auscultar a opinião pública e para contribuir para o processo de interpretação das leis.

² Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição, 1997, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre.

³ *Ibidem*, p. 15.

⁴ *Ibidem*, p. 37.

⁵ Op. cit. p. 22.

⁶ Op. cit., p. 31, nota 47.

Mas há jornalismo profissional e jornalismo amador; há interpretação constitucional e *achismo* constitucional. Por isso, é preciso esclarecer a imprensa de seus equívocos. Um deles – e grave equívoco – ocorreu no jornal O Globo⁷, no artigo do jornalista Luiz Garcia, intitulado *Juízes banguê-banguê*. O artigo critica um juiz de Goiás por deferir liberdade provisória a um acusado pelo suposto crime de porte de armas. Diz o jornalista:

“A sentença manda libertar dois homens presos por porte ilegal de armas. Trata-se de crime inafiançável, segundo o Estatuto do Desarmamento, aprovado pelo Congresso Nacional, sancionado pelo presidente da República e aplaudido pela opinião pública nacional (como mostram índices superiores a 80% em pesquisas de opinião). Qualquer escrevente de tribunal sabe que existem meios legais de contestar na Justiça a constitucionalidade de uma lei. Mas desprezá-la durante sua vigência certamente agride as instituições jurídicas nacionais... A cúpula do Judiciário está devendo uma resposta – enérgica e urgente, como deve ser a defesa do prestígio e da integridade do Poder – a essa rebelião dos juízes banguê-banguê. Antes que os amotinados comecem a receber flores e bombons da indústria nacional de armas e cartuchos.”

Guardem o termo empregado no final: **rebelião dos juízes**.

Meses depois o jornal reincidiu no mesmo erro, desta feita em editorial intitulado *Inconfiável Fiança*⁸:

“Se a Constituição não inclui porte e disparo de armas de fogo entre os crimes inafiançáveis, nada impede que o Congresso faça uma simples emenda à Constituição. Ou que, na regulamentação do estatuto, se proponha solução legal para o problema”.

Em meio ao tema de fundo, que se abordará em seguida, impõe-se desde logo destacar dois pontos do editorial por consistirem duas perigosas proposta de romper, de vez, com todas as conquistas sobre reforma constitucional e sobre o processo de criação das normas legais. A primeira

⁷ Globo de 20/02/2004, caderno Opinião, p. 7.

⁸ O Globo, 21/04/2004.

proposta - fazer uma *simples* emenda constitucional - desconhece que a Constituição não é um periódico que se deva modificar todo dia e, principalmente, que se possa modificar ao sabor de quem detenha momentaneamente o poder político. A segunda – que o regulamento resolva o problema - demonstra profundo desconhecimento sobre o processo legislativo e sobre a regra basilar de que o regulamento, porque editado pelo Poder Executivo, não pode inovar à lei, não pode ultrapassá-la, não pode romper os seus limites, não pode contrariá-la. Agora, vamos ao problema de fundo.

3. Reserva de Jurisdição

Em que pese o irrefutável acerto da tese Haberle referida, é bom que se precise que, se toda a sociedade pode contribuir para a interpretação da Constituição, tem o Judiciário um papel proeminente de, recebendo a participação de todos os setores pelos mais diferentes meios e processos, fixar, definitivamente, qual a interpretação verdadeiramente constitucional.

Sobretudo em se tratando da limitação de certos direitos fundamentais, nenhum outro órgão ou poder pode se antecipar ao Judiciário na interpretação de cláusula constitucional.

A existência de determinados direitos fundamentais de superlativa importância tem levado a doutrina constitucional a admitir que alguns deles só podem ser limitados por decisão judicial. Não se trata da mera possibilidade de recorrer ao Judiciário quando de sua restrição por outra autoridade não-jurisdicional, mas do reconhecimento de que, diante de certos direitos fundamentais, o Judiciário tem sempre a primeira e a última palavra. Bem o explica Canotilho:

*“A idéia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os guardiões da liberdade e das penas de natureza criminal e daí a consagração do princípio nulla poena sine iudicio...”*⁹

⁹ *Op. cit.*, p. 580.

Sobre o tema há excelente acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo ministro Celso de Mello, que, em linhas gerais, acolhe a lição acima exposta, embora sem que se possa extrair do acórdão qual a orientação do referido Tribunal sobre o assunto:

*“...Postulado constitucional da reserva de jurisdição: um tema ainda pendente de definição pelo Supremo Tribunal Federal. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado...”*¹⁰

4. Direito Fundamental de Liberdade

Dentre esses direitos que são guardados pela cláusula da reserva de jurisdição, encontra-se o direito fundamental da liberdade.

¹⁰ STF, MS 23.452-RJ, Tribunal Pleno, DJ 12/05/2000, Min. Celso de Mello. Consta do final da ementa que, apesar da tese da reserva de jurisdição ter sido prestigiada por cinco ministros, o tribunal não precisou enfrentar a questão no caso submetido a julgamento, porque sete ministros acolheram uma questão prévia, qual seja a falta de fundamentação de decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito que determinara a queda de sigilo bancário do impetrante, concedendo, assim, a ordem.

A liberdade humana só pode ser limitada por decisão judicial, com exceção da hipótese de prisão em flagrante, por expressa autorização constitucional, mas mediante comunicação imediata ao Poder Judiciário. Afora essa hipótese, nenhuma autoridade de qualquer dos outros poderes da República, pode determinar a prisão cautelar ou definitiva de alguém.

Tampouco o Judiciário pode decretar prisões fora das hipóteses concebidas pela Constituição e pelas leis (artigos 311 a 313 do Código de Processo Penal, Lei nº 7.960, Lei nº 8.072) e, de maneira alguma, como produto de uma ponderação judicial de bens em confronto.

Por isso é que se deve receber com todas as reservas possíveis legislações que determinem a prisão obrigatória de suspeitos ou impeçam a liberdade provisória.

A recente Lei nº 10.826, de 22/12/2003, incide em tal infração constitucional. Seu artigo 21 determina que os crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18 da mesma lei são insuscetíveis de liberdade provisória. Como se deve interpretar essa regra? Ora, se a Constituição presumiu que todos são inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode regra de categoria inferior presumir o contrário, sob pena de inconstitucionalidade.

A questão poderia ser colocada, ainda, em outros termos: a absoluta ausência de uma margem de discricionariedade ao juiz, ficando este obrigado a executar o encarceramento determinado por lei, viola algum princípio constitucional? Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano¹¹ informa que, na Alemanha, ficou assentado que as disposições limitativas de direitos constitucionalmente assegurados só são admissíveis como "*disposições de poder*" e, não, como "*disposições de dever*". Conseqüentemente, não se reconhece como constitucional o dever de o juiz limitar, obrigatoriamente, os direitos constitucionais.

No mesmo sentido, a jurisprudência espanhola tem decidido pela inconstitucionalidade de lei que determine ao juiz, obrigatoriamente, a limitação, seja da liberdade ambulatorial, seja da intimidade, ou mesmo de atividade constitucionalmente permitida. Traz à colocação - ainda o Professor citado - decisões do Tribunal Constitucional que julgaram inconstitucionais lei que determinava a prisão provisória e lei que determinava o fechamento automático de órgãos da imprensa em caso de crime praticado pelos meios de comunicação, logo que ajuizada a ação penal (esta última medida era prevista em revogada lei).

Qualquer disposição legal que impeça o juiz de verificar da razoabilidade e da conveniência de adoção de restrições a direitos

¹¹ Proporcionalidade y derechos fundamentales en el proceso penal, p.278/279.

constitucionais é inconstitucional. No caso, a inconstitucionalidade ocorre tanto por força do princípio do devido processo legal como da presunção de inocência. A violação do devido processo legal se dá porque a tutela provisória de restrição da liberdade é realizada automaticamente, sem possibilidade de um procedimento justo e isonômico que possibilite ao réu obviar a constrição de sua liberdade. Quanto à presunção de inocência a sua violação está patente na medida em que o princípio banuiu do sistema legal qualquer prisão que não se justifique a título de cautela, ou melhor, que não preencha os pressupostos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Onde estão demonstrados estes pressupostos, se a própria lei os dispensa ao estabelecer peremptoriamente a manutenção da prisão? Estes pressupostos devem constar dos autos e devem ser materializados por fatos apuráveis, não por disposição legal. A jurisdição consiste, justamente, em aplicar a lei ao caso concreto.

Por isso que o artigo 21 da Lei nº 10.826/2003 é inconstitucional pois priva o único poder competente para decretar a prisão de alguém de seu dever constitucional de verificar se é realmente necessária.

5. Rebelião e Controle da Constitucionalidade

A *rebelião* dos juízes, a que se refere o jornalista, tem um nome e chama-se controle difuso e incidental da constitucionalidade das leis, autorizado implicitamente pelo artigo 102, III, b, da Constituição e pelo Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao Código de Processo Penal. Trata-se de um instituto que está na tradição do direito brasileiro, inspirado no sistema norte-americano de controle da constitucionalidade das leis. A *rebelião* dos juízes está em cumprir sua função, seu dever, sua missão.

Começa a preocupar quando a imprensa – e muitas outras vezes o governo – confunde atividade jurisdicional legítima com rebelião. Nos primórdios da ditadura brasileira, o regime militar cassou ministros do Supremo Tribunal Federal por causa de iguais *rebeliões* e isso ocorreu em toda ditadura no mundo todo onde havia uma de plantão. No Governo Collor, uma lei foi editada para impedir a concessão de liminares que se rebelavam contra os planos econômicos. No Governo Fernando Henrique o Judiciário foi acusado de *não pensar no Brasil* quando determinava a reposição dos expurgos dos planos econômicos nas pensões do INSS e foi nesse tempo que ganhou força a idéia do controle externo do Judiciário. O governo atual ameaça juízes, promotores e delegados com a chamada lei da mordaca, criação do governo anterior, bem como transfere para o Judiciário a

responsabilidade pelas mazelas da segurança pública comemorando as desastradas declarações da representante da ONU, Asma Juhangir, que confundiu atribuições do Executivo, do Legislativo e da Justiça. Tudo isso sob os holofotes potentes de alguns jornais que se esforçaram sobremaneira para demonstrar à sociedade como a Justiça funciona mal, ainda que seja no exato e inexcusável desempenho de seu dever constitucional, como no caso do artigo referido.

O que pretendem certas vozes encasteladas nos governos e às vezes na imprensa não é contribuir para o processo democrático de interpretação das leis, nem contribuir para a formação da opinião pública, mas substituir a opinião pública e impor uma determinada interpretação, ao argumento de que são os porta-vozes da vontade da maioria, como se a maioria pudesse se sobrepor à Constituição.

Nesse ponto, cabe uma advertência. Nem a opinião pública, nem a maioria, nem o juiz, nem o jornalista, nem o presidente, nem o parlamentar podem se sobrepor à Constituição. Do contrário, em pouco tempo não haverá qualquer regramento político e social, bastando que as transitórias majorias decidam o que bem entenderem para contemplar seus interesses particulares. A Constituição é, portanto, um limite à opinião pública, ao jornalismo, aos juízes, aos legisladores, ao presidente, enfim, a toda a sociedade, para, justamente, preservá-la de momentâneos interesses.

A propósito, há uma notável, magistral, lição de Ferrajoli, que convém ser transcrita:

“A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão...Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou fique com ela indissoluvelmente ligado, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho, ou outras coisas similares. A garantia

desses direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica".¹²

A maioria é perigosa quando não se impõe limites precisos. Há cerca de 2.000 anos uma maioria pressionou Pôncio Pilatos a crucificar Jesus Cristo e, justamente ele que era incumbido por César de fazer cumprir as leis romanas, cedeu àquela maioria. Há cerca de 60 anos uma outra maioria apoiou a criação de campos de concentração para exterminar minorias. E, agora, uma outra maioria aprova a invasão do Iraque e a prática de uma espécie de terrorismo estatal.

Por tais razões é preciso que, ao lado de reconhecer-se a importância da imprensa como instrumento de formação da opinião pública e de sua contribuição ao processo de interpretação - e, assim, de veicular o pensamento das majorias e das minorias - sublinhe-se que a própria maioria não é soberana, mas subserviente à Constituição de um povo, porque assim quis o mesmo povo ao promulgá-la.

Ressalve-se, contudo, o esforço bem intencionado da imprensa responsável, da imprensa profissional, para aperfeiçoar as instituições do País, especialmente o Judiciário, que realmente precisa prestar contas à sociedade, precisa dar-se a conhecer.

Alguns equívocos da imprensa – como os assinalados -, contudo, produzem danos irreparáveis à sociedade. Ao informarem mal acerca do funcionamento do Judiciário, ao não se inteirarem sobre as leis e a Constituição do País, ao confundirem *alhos com bugalhos* para externar sua própria insatisfação com os juízes, estão contribuindo para deformar e condicionar a opinião pública.

Com isso, eles só estão contribuindo para deslegitimar a função jurisdicional aos olhos da sociedade, do mesmo modo que ocorreu com as ambulâncias da parábola na nossa cidade fictícia. Até que, um dia, será um parente nosso ou nós mesmos que estaremos sendo transportados em uma dessas ambulâncias, que invariavelmente encontrarão a indiferença daquela sociedade, não mais solidária, não mais cumpridora das decisões judiciais.

6. Conclusão

Não se sabe se o que os juízes estão fazendo é mesmo uma rebelião. Não é essa a tradição da magistratura brasileira. Os juízes brasileiros mostram-

¹² Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal, p. 689/690.

se até conformados demais; pouco ousados em matéria de controle difuso da constitucionalidade; pouco rigorosos com o descumprimento de decisões judiciais por parte do Executivo.

Mas se isso for realmente uma rebelião, que seja muito bem vinda. A garantia do juiz natural começou com uma rebelião do Juiz Edward Coke ao rei Jaime I, da Inglaterra, o mesmo ocorrendo com os juízes franceses tempos depois.

O Brasil deve muito de sua liberdade a certos rebeldes. Um deles, em especial, recebeu até uma homenagem justamente por ser rebelde, na música consagrada de Milton Nascimento e Fernando Brandt:

*“Quem é esse viajante
quem é esse menestrel
que espalha a esperança
e transforma sal em mel?*

*Quem é esse saltimbanco
falando em rebelião
como quem fala de amores
para a moça no portão?*

...

*De quem essa ira santa
essa saúde civil
que tocando na ferida
redescobre o Brasil?”¹³*

...

Se for para redescobrir a Constituição do Brasil e as garantias constitucionais, se for para redescobrir o sentimento de justiça, se for para redescobrir o respeito às decisões judiciais, que os juízes brasileiros tenham muita coragem e toda a rebeldia do mundo.

Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 23 de julho de 2008.

¹³ Menestrel das Alagoas, em homenagem ao falecido senador Theotônio Villela.