

Opinião: o que virá após vedação de execução antecipada de pena?

25/11/2019

1. Neste artigo se demonstra a inviabilidade jurídica de reformas do sistema recursal criminal descoladas do texto constitucional, sobretudo com a conversão de recursos para as instâncias extraordinárias em ações rescisórias a fim de antecipar o trânsito em julgado de sentença condenatória, mas também de restrição do texto constitucional que confere presunção de inocência aos imputados. Para isso, contextualizou-se o debate acerca da execução penal antecipada e se analisou algumas das propostas elaboradas para demonstrar a inconstitucionalidade por proibição de retrocesso. Destaca-se que o tema ganha maior repercussão em virtude da recente decisão do STF de vetar a execução antecipada de pena, notadamente pelo fato do legislativo usar isso como bandeira simbólica.

2. No julgamento do HC nº 84.078, em 2009, o STF alterou a jurisprudência firmada da corte acerca da execução penal antecipada. Até aquele momento, a maioria dos ministros do STF entendia ser compatível a medida com o art. 5º, LVII, da Constituição. Em 2016, no HC nº 126.292 o mesmo Tribunal voltou a alterar a jurisprudência a fim de permitir a execução penal antecipada, bem como reafirmou esse entendimento até o julgamento das ADC 43, 44 e 54, oportunidade em que a maioria dos Ministros entendeu ser constitucional o art. 283 do Código de Processo Penal. Isso resume a discussão acerca da execução penal antecipada no STF.

Sobretudo, depois do julgamento das ADC que pavimentou o caminho para a soltura de Lula, o debate se acirrou, mas as propostas são anteriores. Há uma forte corrente, influenciada por um clamor vingativo social, direcionando propostas questionáveis quanto à reinterpretação da expressão *sentença transitada em julgado*. Ao longo dos julgados mencionados, houve argumentação bastante divulgada no sentido de que a discussão fática e probatória se encerra em segundo grau, motivo pelo qual, isso significaria o *trânsito em julgado da culpa do Réu*, justificando-se, portanto, a antecipação da punição estatal. Esse argumento, além de ofender o conteúdo expresso do artigo 5º, LVII da CF, mostra-se dotado de uma ignorância linguística plena. Afinal, para se ter execução de pena, não basta a prova transitar em julgado, mas, unicamente, a *sentença* (!), conforme preconizam, igualmente, os artigos 105 e 147 da LEP.

No entanto, o fetichismo punitivo¹ não se deu por satisfeito. Dentre as medidas que pretendem viabilizar a execução penal antecipada em definitivo podem ser mencionadas: (a) a PEC 15/2011 (já arquivada), para converter o recurso extraordinário e o recurso especial em ações rescisórias extraordinária e especial, de modo a antecipar o trânsito em julgado por esgotamento dos recursos na segunda instância². No mesmo sentido, a PEC 199/2019³, com a única diferença que na PEC 15/2011 os recursos seriam convertidos em ações rescisórias (de natureza cível), e na nova PEC se converteriam em ações revisionais (aplicáveis tanto à matéria cível, quanto penal); (b) a positivação dos recursos cabíveis ao STF nos regimentos internos respectivos, dentre outras alterações sobre lealdade processual⁴; e (c) alteração do texto do art. 5º, LVII, da Constituição para alterar a expressão “trânsito em julgado de sentença penal

condenatória” por “confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso”⁵. O cerne da questão passa a ser, portanto, o sistema recursal.

3. Não existem grandes controvérsias sobre o fato de o sistema recursal criminal ser problemático. A controvérsia se dá no problema em si. Problemática é a quantidade de recursos, a lenta tramitação ou a preponderância dos recursos acusatórios em detrimento dos recursos defensivos? Assim, pode-se sintetizar a discussão. A partir de cada diagnóstico que se faz emergem soluções distintas, por vezes incompatíveis (mas, sempre, dotadas de *certezas*, algumas pautadas em senso comum). Se há muitos recursos, *precisa-se reduzir a quantidade de recursos*. Se o problema é a lenta tramitação, *precisa-se de mais julgadores, mecanismos de celeridade processual e/ou reduzir a quantidade de recursos*. Mas, se o problema for a disparidade de armas com a previsão de mais recursos para uma das partes, pode-se pensar em medidas de isonomia que visem ampliar a quantidade de recursos da defesa ou reduzir a quantidade de recursos da acusação. De todo modo, percebe-se que a redução dos recursos pode exsurgir de todos os diagnósticos, daí porque está sempre na pauta do dia quando se trata de presunção de inocência.

Diante disso, parece não haver grandes dúvidas sobre a viabilidade da reforma do sistema recursal criminal. A pergunta necessária a se fazer é: que reforma do sistema recursal criminal é viável? Três podem ser as principais respostas: (a) supressão de recursos para as instâncias extraordinárias, com antecipação do trânsito em julgado; (b) redução dos recursos da acusação, sem modificação do trânsito em julgado para a defesa; e (c) incremento dos recursos da defesa, com postergação do trânsito em julgado para a defesa.

Paralelamente a isso, exsurge o famoso argumento da morosidade processual em virtude da infinidade de recursos existentes ou, como muitos afirmam, a existência de *quatro instâncias*. É óbvio que um moroso sistema recursal só interessa a alguns poucos que dispõem de recursos financeiros suficientes para arcar com as despesas decorrentes dos recursos. Por outro lado, a jurisprudência brasileira está sedimentada no sentido de não caber Embargos de Declaração (ED) reiterados, pois o uso protelatório de ED em ED implica de declaração do trânsito em julgado na decisão proferida nos segundos ED. Portanto, um argumento no sentido da possibilidade de recursos infinitos é falacioso. Então, o núcleo da discussão só pode ser o trânsito em julgado.

4. Quatro outras possibilidades principais se abrem a partir daqui: (a) é possível restringir o trânsito em julgado para a defesa; (b) é possível restringir o trânsito em julgado para todos; (c) não é possível restringir o trânsito em julgado para a defesa; ou (d) não é possível restringir o trânsito em julgado para ninguém.

De imediato é imperioso destacar que o trânsito em julgado é garantia fundamental do imputado. O Estado não tem direitos e garantias fundamentais⁶, mas dever de observar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Consequentemente, restam, apenas, as opções da possibilidade e da impossibilidade de restringir o trânsito em julgado para a defesa. Quanto a tais possibilidades, quatro respostas podem ser apresentadas: (a) é possível restringir, pois o trânsito em julgado não está definido no texto constitucional; (b) não é possível restringir, pois viola cláusulas pétreas, ainda que não localizadas topologicamente no art. 5º (como é o caso da

conversão de recursos para as instâncias extraordinárias em ações rescisórias/revisionais); (c) não é possível restringir, pois conflita com a vedação de retrocesso; ou (d) não é possível, pois a vedação de retrocesso reforça às cláusulas pétreas⁷. A escolha da resposta é fácil: restringir recursos nesses moldes, significa um evidente retrocesso sobre garantias do Réu. Embora o duplo grau de jurisdição seja um princípio constitucional implícito⁸, existindo a previsão de um recurso de ordem constitucional com função nomofilática⁹ (como é o caso do RE e do REsp), esse recurso não pode ser *abduzido* do sistema processual em razão de escolhas político-criminais oportunistas. Afinal, a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”¹⁰. Os projetos que buscam restringir os recursos de ordem constitucional não compreendem que “há um regime jurídico específico, advindo deste assento constitucional”¹¹ e que, por tal razão, configuram-se como garantias processuais do Réu, não podendo ser restringidas como foi, no passado, o protesto por novo júri.

Por mais que existam defensores da possibilidade de restringir a definição de trânsito em julgado, ou de expurgá-la do texto constitucional, não há previsão constitucional para tal medida. Pelo contrário, quaisquer medidas que visem a expungir o requisito do trânsito em julgado do art. 5º, LVII, da Constituição, assim como que visem a reduzir os recursos defensivos a fim de antecipar o trânsito em julgado são medidas inconstitucionais e atentatórias ao Estado Democrático de Direito porquanto violam toda a estrutura constitucional que dá sustentação ao Estado. Em suma, o direito ao recurso é um direito fundamental do acusado “decorrente de posições axiológicas que não podem ser pautadas pela maioria dominante do Poder Legislativo num ou noutro momento”¹². Qualquer proposta em sentido contrário deturpará ainda mais um sistema já fragilizado, esquecendo-se que “nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais”¹³.

1 Sobre o tema: DAVID. Décio Franco; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1143- 1174, set./dez. 2018.

2 BRASIL. Senado Federal. *Proposta de emenda à constituição 15, de 05 de abril de 2011*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3045067&ts=1571777279162&disposition=inline>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

3 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D6CCB539E346A4530>. Acesso em: 21 nov. 2019.

4 Proposta formulada em parecer emitido na PEC 15/2011: ABREU, Orlando Salviano de. *Parecer na PEC 15/2011*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3821920&ts=1571777282072&disposition=inline>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

5 BRASIL. Congresso Nacional. *Proposta de emenda à constituição 410, de 27 de março de 2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1647784&filename=Tram>.

PEC+410/2018>. Acesso em: 15 nov. 2019.

6 Nesse sentido: BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos rumos do direito penal contemporâneo* – Livro em homenagem ao prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 511-523.

7 “Assim, a Constituição proíbe que seja objeto de deliberação qualquer proposta de emenda tendente a abolir “direitos e garantias individuais”. Isto quer dizer que, por meio de emendas à Constituição, os direitos e garantias fundamentais podem ser ampliados e desdobrados, mas — muita atenção — jamais abolidos, direta ou indiretamente, e, assim, não podem ser restringidos, porque restrição é também, para efeito do disposto no art. 60, § 4º, IV da Constituição, abolição violadora do princípio constitucional de proibição de retrocesso. Toda a boa doutrina constitucional sustenta exatamente isso.” In: STRECK, Lenio Luiz; CATTONI, Marcelo. PECs contra a presunção da inocência são fraude à Constituição. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/streck-cattoni-pecs-presuncao-inocencia-sao-fraude-constituicao>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

8 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

9 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 37.

10 HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

11 ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo. *Recurso Especial e Recurso Extraordinário Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

12 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 69.

13 HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-nov-25/opiniao-vira-vedacao-execucao-antecipada-pena/>