

O que não se disse sobre o STF, o HC 126292 e a antecipação da execução de pena.

Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no último dia 17 de fevereiro, durante a apreciação do Habeas Corpus número 126.292, que a execução de pena pode ter seu início de cumprimento deflagrado após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de segundo grau, a despeito de que tenha sido interposto recurso à superior instância. Mais do que isso, afirmou-se ainda que tal circunstância não implica em ofensa ao princípio constitucional de não culpabilidade.

O julgamento foi relatado pelo ministro Teori Zavascki, voto vencedor, seguido pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Votaram contra os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

O tema acendeu intensa polêmica entre os juristas, tanto teóricos quanto práticos e uma incrível avalanche de opiniões cobriu as redes sociais, os jornais, a televisão e todos os múltiplos meios de comunicação de nossos tempos.

Li tudo que pude a respeito e percebi – como certamente não escapou à observação de qualquer leitor cauto – que as opiniões se polarizavam entre aqueles que aplaudiram e aqueles que execraram a decisão tomada.

Isto não é espantoso, mas a forma como o fizeram, de regra, sim! Pareceu-me que grassaram discursos mais corporativistas do que comprometidos propriamente com o que deve ser criticado, no fundo de tudo isso.

É por essa razão que pretendo emitir minha opinião.

Não escrevo para posicionar-me ao lado de um desses pontos de vista, mas sim para criticar a ambos. Menos pelo que foi dito, do que pelo que não foi dito, tanto por promotores de justiça e magistrados, quanto por advogados.

Apontando problemas nos quais tive a sensação que hesitaram, por distintas razões, em tocar.

Pois bem.

Início pelo ponto de vista que foi predominante entre membros das carreiras públicas. Sem querer citar nomes e admitidas algumas honrosas exceções, como regra geral, Magistrados e Promotores de Justiça aplaudiram a decisão.

Os motivos mais freqüentemente apresentados para uma evidente euforia, foram os seguintes: que o entendimento que vigia até então na Suprema Corte, desde 2009 – como

fruto da decisão havida no *habeas corpus* nº 84.078 – era a de que a execução da pena permanecia vinculada ao trânsito em julgado da condenação o que, no olhar de muitos, levava a uma *praxis* de postergação contínua e infundável da aplicação das penas de prisão; que com isso se equilibrava o princípio da ampla defesa com o princípio da razoável duração do processo; que tratou-se de um ‘avanço notável’ no ‘combate à impunidade’; que se fez um juízo de ponderação entre os interesses das defesas e do Ministério Público; que se restaura a interpretação anterior a 2009, reconhecendo que recursos especiais e extraordinários não tem efeito suspensivo, que é precisamente o previsto na Lei nº 8038/1990.

Não vi os que assim se posicionaram tomarem como ponto de partida para o debate a questão mais central do tema: a constitucional.

A mim parece que especialmente aos membros do Ministério Público (do qual faço parte) isto devia interessar, porque, muito antes da quase exclusiva tarefa constitucional de persecução, como *dominus litis* da ação penal pública, a tarefa principal atribuída pela Constituição da República de 1988 para este órgão é, sem dúvidas, a **defesa do regime democrático**.

Neste contexto, a defesa do regime democrático consiste basicamente em exigir que o Direito penal imponha seus efeitos em estrito cumprimento às normas constitucionais, que são garantias básicas dos cidadãos, inclusive dos cidadãos delinqüentes. Uma delas é, sem dúvida, aquela estampada no inciso LVII do art. 5º da Constituição: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. Isto significa que a afirmação da culpa de alguém, depende do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não cabe outra interpretação.

Com a devida *venia* dos ilustres ministros do Supremo Tribunal Federal que se posicionaram de modo diverso, parece óbvio que uma pena só se executa frente a um culpado. Não creio que seja possível afirmar, pendentes recursos que podem resultar em absolvição, que alguém possa ser tratado como culpado!

Se é assim, como se executará a sentença penal que não se debruça ainda sobre uma culpa afirmada?

Como pode ser *democrático* um Estado que aceita uma privação de liberdade, por exemplo, de alguém que, ao final, pode ser considerado pelo próprio Estado não culpado?

Como explicar ao réu ou à sua família, na eventualidade de uma absolvição com declaração de inocência na superior instância, as razões pelas quais esteve preso até então?

A meu ver, nem a restauração dos termos da lei 8.038/90, nem a eventual postergação infundável dos processos criminais é razão suficiente para agredir a democracia.

Além disso, não vejo equilíbrio entre interesse das defesas e do Ministério Público, porque penso – já sei que ao contrário de muitos colegas – que **o interesse do Ministério Público não é condenar, mas obter o resultado mais justo possível do processo criminal**. E mais justo, a meu ver, é o que mais se adéqua a um regime efetivamente democrático, do qual considero nossa instituição guardiã.

Uma postura assim, certamente execraria o emprego de terminologia belicista para fins de lidar com direito penal, tais como ‘combate à impunidade’. Não estamos em guerra! Claro que não sou favorável a qualquer espécie de impunidade. Mas quero também ter certeza de que quem foi punido o foi tão somente por ser culpado!

O que não vi – volto a ressaltar: com raras e honrosas exceções – foi emanar de Magistrados e Promotores a preocupação com a democracia. Isso sim é relevante. É preciso dizer, e fazê-lo claramente, que executar a pena sem trânsito em julgado de sentença condenatória é uma agressão ao regime democrático.

Por outro lado, também senti falta de uma análise justa de parte dos advogados criminalistas.

É que se, destes, ouvi e li freqüentemente (novamente com algumas exceções) uma irada crítica à decisão tomada pela Suprema Corte conjuntamente a uma defesa intransigente da preservação da fórmula interpretativa jurisprudencial anterior.

Batendo-se, de regra, ao amparo da presunção de não culpabilidade oriunda da constituição, já citada, vi prestigiosos juristas, que figuram com destaque nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil tecerem severas críticas à decisão do dia 17.

De modo geral, os argumentos falam em ‘retrocesso nas conquistas democráticas derivadas da Constituição de 1988’, de relativização de cláusulas pétreas constitucionais relativas à presunção de não culpabilidade, violação do devido processo legal e da ampla defesa. Quando não, os argumentos insinuam que a decisão da Suprema Corte foi inspirada pela carência estrutural da justiça e uma necessidade de evitar a subida de parte dos recursos e até mesmo que há uma usurpação do Judiciário a respeito do poder de legislar, pelo confronto direta entre a decisão e a Carta Magna.

O que não ouvi da maioria dos colegas advogados foi qualquer referência ao fato de que a interpretação revogada da Suprema Corte permitia, em qualquer processo criminal, até um *quíntuplo* grau de jurisdição. Sim. Em um mesmo feito é possível obter pronunciamento de mérito do juízo singular, do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (a depender,

concorrentemente, se a matéria refere à lei ou à Constituição); ao Supremo Tribunal Federal, (em ataque à decisão do Superior Tribunal de Justiça) e ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, em alguns casos.

Resulta desse sistema – sobre o qual os defensores, como regra, silenciam – o efetivo postergar eterno dos processos criminais.

Ora, é evidente que é mais do que justo que uma pessoa condenada por um juiz singular tenha direito à revisão desta condenação por um colegiado. Este é o espírito do duplo grau de jurisdição! Não é possível que uma condenação criminal possa ficar ao arbítrio de um só julgador. Mas é igualmente execrável que uma decisão revisada volte a ser revisada quase que indefinidamente.

Como é possível pensar em não gerar aos destinatários da prestação judicial a sensação da mais absoluta impunidade ao contemplar-se sucessivos recursos revendo constantemente decisões anteriores, em um processo infundável?

Como se pode gerar um mínimo de sensação de segurança jurídica ou respeito pelas decisões jurisdicionais?

E ainda tem mais.

É que este escalonar de múltiplos recursos e múltiplas instâncias não é para todos! Não vi nenhum defensor mencionar que as defensorias públicas – que se ocupam dos réus efetivamente carentes deste país – quase não chegam às instâncias superiores, pela mais absoluta carência de estrutura. Nem mesmo nos Tribunais dos Estados é comum ver defensores públicos em sustentações orais perante as Câmaras Criminais.

Situação oposta é a vivida pelos chamados “criminosos do colarinho branco”, cujos recursos econômicos permitem a contratação de um esquadrão de defensores que se farão presentes e ocuparão cada mínimo espaço recursal onde caiba estar. Com isso, é natural que se multiplique o êxito em reformas de decisões em instâncias estratosféricas unicamente em favor de pessoas favorecidas econômica e socialmente, multiplicando, no cidadão comum, a sensação de impunidade.

Na verdade, o que senti falta dos colegas, tanto acadêmicos quanto práticos era que apontassem o canhão de sua poderosa crítica para aquilo que efetivamente é a raiz do problema e não meramente para os seus efeitos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, a meu ver, é de uma infelicidade histórica. Mas encontra suas raízes em um problema claríssimo sobre o qual a imensa maioria dos que discutiram a decisão se calou: um falido sistema recursal.

Boa parte dos países do mundo ostenta, em matéria criminal, um **duplo**, e apenas duplo, grau de jurisdição. Com isso se preserva as cartas de Direitos Humanos.

A nossa estrutura recursal, multifacetada e com uma escada infindável de possibilidades de reforma de sentenças de mérito exige uma reforma imediata.

Há muitas opções e formatos possíveis.

Apenas como exemplo, os crimes poderiam facilmente ser distribuídos, de acordo com sua importância, em juízos originários aos quais correspondesse apenas uma única revisão pela instância imediatamente superior. Assim, os crimes menos graves, com conhecimento originário pelo juízo comum e recurso único para o Tribunal Estadual ou Federal; os mais graves com conhecimento originário pelo Tribunal Estadual ou Federal, com recurso único para o Superior Tribunal de Justiça; os gravíssimos, com conhecimento originário pelo Superior Tribunal de Justiça, com recurso único para o Supremo Tribunal Federal, por exemplo. A competência originária poderia mesclar regras de *ratione materiae* e de *ratione personae*.

Há muitas perguntas sem resposta. Mas curiosamente elas não foram as questões debatidas na maioria dos textos que li.

Se queremos respostas adequadas, temos que fazer as perguntas certas.

Elas não se resumem a saber se é ou não constitucional a decisão do STF.

As perguntas, a meu ver, são as seguintes:

Por que o Poder Legislativo não toma iniciativa para a alteração do sistema recursal, adotando um modelo racional reduzido a duplo grau de jurisdição? Teriam, alguns de seus membros, o fim dos processos infindáveis?

Por que a Ordem dos Advogados do Brasil não brada neste sentido? Extinguir-se-iam, para alguns de seus membros, importantes fontes de renda, aproximando as suas possibilidades de trabalho àquelas que detém os defensores públicos?

Por que o Ministério Público e o Judiciário não se posicionam em favor de uma reforma legislativa? O caminho do precedente judicial seria mais prático, mesmo ao preço de garantias democráticas?

Não tenho resposta alguma para estas perguntas. Mas como não as vi feitas, nos inúmeros textos que li, pensei em fazê-las para que outros, quiçá mais conhecedores do tema, as respondam.

E o que penso da decisão em si?

É claro que uma execução de pena só deveria iniciar depois do trânsito em julgado de uma decisão. O problema disso nunca ocorre. A mudança de entendimento do STF é um remendo em um falido sistema recursal penal, que deveria permitir só um duplo e não quádruplo grau de jurisdição. Há direito indeclinável à revisão de uma decisão, para evitar abusos. Mas permitir revisões infinitas e sucessivas é igualmente abusivo.

O fato é que tentaram corrigir um erro, criando outro, ainda mais grave.

Por conta de leis que não funcionam, deixa de funcionar a Constituição.

Paulo César Busato