



Execução provisória de pena no PROJETO “ANTICRIME”

Fernando A. N. Galvão da Rocha

1. Introdução

Cumprindo promessa de campanha, o atual Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei “anticrime” (PL 882/2019¹) que pretende instituir, por meio de alterações na legislação ordinária, a execução provisória da pena. A iniciativa, lamentavelmente, não considera as referências jurídicas que se apresentam relevantes para o deslinde da questão que envolve o cumprimento de pena após decisão de segundo grau de jurisdição.

Visando especificamente dar efetividade ao Direito Penal com a execução das condenações criminais estabelecidas ou confirmadas em segundo grau de jurisdição, o Projeto propõe alterar os artigos 50 e 117, inciso V, do Código Penal; os artigos 133, 283, 492, inciso I, alínea “e” e 617-A do Código de Processo Penal; e os artigos 105, 147 e 164 da Lei 7210/85 – Lei de Execuções penais. Com tais alterações o projeto pretende instituir a possibilidade de “execução provisória” de pena após condenação proferida ou confirmada por órgão colegiado de segundo grau.

Mesmo considerando adequada a opção política abreviar o tempo necessário para a execução de pena, data vênua, a proposta segue caminho errado. Mesmo

1 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 882, de 19 de fevereiro de 2019. Integra do projeto e acompanhamento de sua tramitação disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

Artigo

que aprovadas as alterações propostas, a discussão sobre a constitucionalidade de uma execução provisória da pena prosseguirá.

Os argumentos que se destacam no debate polarizam entre a necessidade da execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição e a exigência constitucional de aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória para iniciar a execução da pena privativa de liberdade.

2. Trânsito em julgado da decisão penal condenatória

A referencia normativa mais importante para o exame da questão é o inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República. Tal dispositivo determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na legislação infraconstitucional, o referencial garantista² para a questão é o art. 283 do Código de Processo Penal que, ressalvados os casos de prisão cautelar, assegura que a prisão decorre de “sentença condenatória transitada em julgado”.

A compatibilidade do art. 283 do Código de Processo Penal com o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República é evidente, o que dispensa qualquer manifestação do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

No entanto, garantir que a execução da pena somente possa ocorrer depois do trânsito em julgado da decisão condenatória significa nada, se não houver a definição do momento processual em que a decisão condenatória transita em julgado. A garantia considerada fundamental é desprovida de conteúdo se não fixar o momento até o qual ocorre o impedimento para a execução da pena.

E, nesse aspecto, a Constituição da República não definiu o que seja “trânsito em julgado”. Tampouco o fez o Código de Processo Penal.

A definição que confere concretude à garantia constitucional encontra previsão no parágrafo 3º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito

Brasileiro – LINDB – Decreto-lei 4.657/42, segundo o qual “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

A doutrina e a jurisprudência associaram a noção de trânsito em julgado à noção de coisa julgada. O trânsito em julgado, assim, é o momento em que se verifica a coisa julgada. Há concordância geral quanto a tal associação.

Entretanto, no âmbito penal não se pode utilizar a noção de coisa julgada material constante do artigo 502 do Código de Processo Civil³, pois uma decisão penal condenatória nunca adquire a autoridade que a torna imutável e indiscutível o seu mérito. Mesmo que a decisão condenatória não esteja mais sujeita a recurso, a possibilidade da proposição de uma revisão criminal, que é uma ação autônoma de impugnação, impede que a condenação proferida se torne imutável e indiscutível. A decisão condenatória também pode ser desconstituída por uma ação de habeas corpus. Por isso, a doutrina reconhece que apenas a decisão absolutória pode adquirir a qualidade de coisa soberanamente julgada⁴.

A definição do que seja “o trânsito em julgado da decisão penal condenatória”, então, ficou a cargo da doutrina, que faz distinção entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material⁵. A coisa julgada formal ocorre com a imutabilidade da decisão no âmbito interno do processo (endoprocedimental) e se verifica quando se torna impossível a apresentação de novos recursos. A coisa julgada material, por sua vez, ocorre quando a decisão de mérito é imutável e a rediscussão da causa não poderá ocorrer mesmo que em outro processo. E, nestes termos, somente a decisão absolutória faz coisa julgada material.

Considerando que a qualidade de coisa soberana-

2 A denominação não é boa, pois acaba por fomentar uma oposição maniqueísta entre os “garantistas” que se apropriam de uma imagem “progressista” e se colocam na defesa do “bem” e os “punitivistas” que são identificados como “retrógrados” defensores do “mal”. A Constituição da República, no entanto, estabelece tanto garantias individuais como comandos de intervenção punitiva que todos devemos observar.

3 Segundo o artigo 502 da Lei 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil: Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

4 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, p. 223; LOPES JUNIOR, Aury, Direito Processual Penal, p. 922 e NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal, p. 298.

5 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, p. 222; LOPES JUNIOR, Aury, Direito Processual Penal, p. 921; PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal, p. 693-694; NICOLITT, André. Manual de Processo Penal, p. 950, POLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal, p. 1192-1193 e NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal, p. 298.

mente julgada não se aplica às decisões condenatórias, o discurso garantista exige que para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade ocorra a coisa julgada formal (o esgotamento de todos os recursos admissíveis no âmbito da relação processual)⁶. Tal noção coincide com o que consta literalmente no parágrafo 3º do artigo 6º da LINDB.

2.1 Alteração de seu conceito

Para alcançar os fins almejados pelo Projeto “Anticrime” de maneira adequada é necessário que se faça um pequeno ajuste na redação do parágrafo 3º do artigo 6º da LINDB, de modo que passe a constar, por exemplo, que: chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso com efeito suspensivo. A ideia poderia ser melhor expressa se mencionasse o “transito em julgado”, como por exemplo: considera-se transitada em julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso com efeito suspensivo.

A mudança na definição do conceito de trânsito em julgado não constitui retrocesso social ou redução de conteúdo de uma garantia fundamental. A noção de trânsito em julgado deve ser estabelecida em consonância com as premissas do Estado Democrático de Direito e o direito à liberdade não é absoluto. A proteção da liberdade deve se conciliar com a proteção deferida aos outros direitos igualmente fundamentais. Na medida em que o conceito de trânsito em julgado sacrifica a efetividade da tutela penal aos direitos fundamentais, o ajuste se apresenta necessário para concretizar o plano normativo constitucional.

Cabe notar que não existe uma interpretação universal sobre quais sejam os limites adequados para a proteção à liberdade individual. A ponderação deve ser feita considerando os aspectos peculiares da realidade social em que a solução normativa terá aplicação. O artigo 628 do Código de Processo Civil português, por exemplo, determina que “a decisão considera-se transitada em julgado logo que não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação”⁷. No direito

português, as decisões não precisam chegar até a Suprema Corte para que transitem em julgado. E não se acusa o Direito Processual Penal português de violar o direito fundamental de liberdade.

3. Execução provisória da pena

A decisão proferida nos autos do Habeas Corpus n. 126.292/SP retomou posição antiga da Suprema Corte, que afirmava a possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória. Após esta decisão, Supremo Tribunal reafirmou o entendimento no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 964.246 e nas decisões liminares proferidas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

Contudo, tais decisões da Suprema Corte foram proferidas por maioria e, posteriormente, ministros que sustentaram votos vencidos decidiram monocraticamente em sentido contrário, em outros casos concretos⁸, o que gera situação de grave insegurança jurídica.

O posicionamento que ainda predomina na Suprema Corte não determina a prisão do condenado de maneira automática após o duplo grau de jurisdição⁹, apenas declara a sua possibilidade.

Contudo, iniciar provisoriamente a execução de uma pena implica em dar tratamento de culpado a quem ainda não foi condenado por decisão transitada em julgado. Uma execução provisória de pena não se concilia com a garantia constitucional e os objetivos do Projeto de Lei “Anticrime” não poderão ser alcançados com a instituição de tal medida.

4. Coerência interna da legislação infraconstitucional

Nos termos do artigo 283 do Código de Processo Penal, integrado pela literal definição constante do parágrafo 3º do artigo 6º da LINDB, o início do cumprimento da pena privativa de liberdade somente poderá ocorrer após o julgamento de todos os recursos disponíveis no ordenamento jurídico.

Contudo, o artigo 283 do Código de Processo Penal não pode ser considerado isoladamente. O referido

6 Por todos, veja-se: ABRÃO, Guilherme Rodrigues. O que restará da presunção de inocência diante das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 no STF?, p. 12.

7 PORTUGAL. Lei nº 41/2013 – Código de Processo Civil. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php? ficha=601&artigo_id=&nid=1959&pagina=7&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em 17 de agosto de 2019.

8 Vejam-se as decisões monocráticas proferidas nos Habeas Corpus de nºs 144.712; 145.380 e 146.006 nos quais foi concedida liminar para suspender a execução das penas.

9 STRECK, Lenio Luis. Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!.

Artigo

dispositivo integra um sistema jurídico, cujas características fundamentais são a ordenação e a unidade. Mais do que premissas teórico-científicas, a adequação valorativa e a unidade interior do ordenamento jurídico são condições inafastáveis do trabalho hermenêutico, já que impedem a dispersão gerada pela multiplicidade de valorações singulares e desconexas. Conceber a ordem jurídica como sistema é consequência natural dos mais elevados valores do Direito, como os princípios de justiça e igualdade, em atuação generalizadora¹⁰.

Nesse contexto, também importa considerar o disposto no parágrafo 5º do artigo 1.029 do Código de Processo Civil, aplicável no âmbito do processo penal por força do artigo 3º do Código de Processo Penal. Tal disposição possibilita a concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário. Não sendo concedido efeito suspensivo aos recursos, a sentença condenatória deve produzir os seus normais efeitos. Em outras palavras, inicia-se o cumprimento de pena. E, nesses casos, não se trata de execução provisória (cautelar) como entendeu o Supremo Tribunal no julgamento do HC 126.292/SP, mas de cumprimento de decisão condenatória. A produção dos efeitos ordinários de uma decisão condenatória não se confunde com a possibilidade de impor uma medida de natureza cautelar.

Desta forma, a legislação infraconstitucional revela uma importante inconsistência. Se o artigo 283 do Código de Processo Penal somente permite o início do cumprimento da pena privativa de liberdade após o julgamento de todos os recursos previstos no ordenamento jurídico, os recursos especial e extraordinário obrigatoriamente possuem efeito suspensivo. Por outro lado, se o parágrafo 5º do artigo 1.029 do Código de Processo Civil permite não conceder efeito suspensivo aos recursos, é possível iniciar o cumprimento da pena imposta em condenação. A contradição entre os dispositivos é evidente.

Para que a legislação infraconstitucional se apresente coerente e seja alcançado o objetivo almejado no PL 882/2019 é necessário alterar o parágrafo 3º do artigo 6º da LINDB, como proposto no item 2.1 supra.

10 CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, p. 14 e p. 20-22.

A disposição do Código de Processo Civil deixa claro que a interposição de recurso especial e/ou extraordinário não implica na suspensão automática dos efeitos da decisão condenatória proferida em duplo grau de jurisdição. Para que ocorra a suspensão dos efeitos da decisão condenatória o recorrente deve formular requerimento fundamentado. A decisão que o defere, de igual modo, deve ser fundamentada em verificação (ainda que perfunctória) de situação concreta que justifique impedir o encerramento da discussão sobre a culpa do recorrente. Somente nos casos em que a questão sobre a legalidade ou constitucionalidade do processo possa repercutir sobre a decisão de mérito se apresenta juridicamente possível conferir efeito suspensivo à decisão condenatória de segundo grau. Certamente, não justifica a concessão de efeito suspensivo a mera postergação do cumprimento da pena imposta. Tal postergação constituiria evidente privilégio concedido a quem pode obter para si tratamento desarrazoadamente mais benéfico.

O indeferimento do pedido de suspensão dos efeitos da decisão condenatória formulado pelo recorrente autoriza o cumprimento da pena imposta em condenação porque revela não haver mais razões para prolongar a discussão sobre a culpa do recorrente. Encerrada a discussão sobre a culpa, deve-se reconhecer o trânsito em julgado para a culpa e o início do cumprimento de pena se concilia com o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal.

Se, por outro lado, houver motivos para deferir o pedido de suspensão dos efeitos da decisão condenatória, não ocorre o trânsito em julgado para a culpa e a prisão somente está autorizada em sua perspectiva cautelar.

4.1 Ilegalidades ou inconstitucionalidades do processo penal.

A crítica liberal que trabalha com a possibilidade de haver nulidades absolutas no processo penal, que podem ser reconhecidas pelos tribunais superiores, não é suficientemente consistente para impedir a execução da pena após a decisão de segundo grau de jurisdição.

Pode-se constatar que, na ordem jurídica, há instrumentos adequados à preservação da efetividade do direito de liberdade dos réus que não se encontram inviabilizados pela controvérsia que envolve o trânsito em julgado das decisões condenatórias. Se há nulidade

processual, o defensor tem o dever de levá-la imediatamente ao conhecimento dos tribunais competentes por meio dos recursos cabíveis ou da ação de habeas corpus.

A garantia fundamental da razoável duração do processo, expressa no inciso LXXVIII do artigo 5º, da carta constitucional, também impõe deveres aos defensores. Postergar a arguição da nulidade para que seu exame somente ocorra no momento dos recursos extraordinários, visando alcançar a prescrição, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, se apresenta estratégia defensiva ilícita. É estratégia desleal que ofende o interesse social legítimo de preservação da efetividade da tutela penal.

5. Conclusão

A execução provisória da pena proposta no Projeto de Lei “Anticrime” não institui o início ordinário do cumprimento da decisão penal condenatória. Muito ao contrário, apenas reafirma a possibilidade da aplicação de medidas cautelares que garantam a efetividade da intervenção punitiva em casos concretos. A proposta também não resolve a insegurança jurídica decorrente da divergência de entendimentos sobre a questão do cumprimento da pena após decisão de segundo grau de jurisdição.

A falta de efetividade da tutela penal se apresenta à sociedade brasileira como um problema realmente importante. A execução da pena após decisão de segundo grau de jurisdição não constitui solução para o problema, mas a questão deve merecer a devida atenção do legislador. Espero que ao parlamento seja possível realizar as adequações necessárias no Projeto de Lei 882/2019 para que se estabeleça segurança jurídica sobre a matéria.

A alteração da definição da coisa julgada ou do caso julgado, constante do parágrafo 3º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB se torna necessária para equilibrar os objetivos de garantir a liberdade individual contra os excessos da intervenção punitiva e de, ao mesmo tempo, garantir a efetividade da tutela penal. Tal alteração ainda se apresenta necessária para conferir coerência à legislação infraconstitucional, no que diz respeito à compatibilização do sistema recursal com a impossibilidade de execução da pena antes que ocorra o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Referências bibliográficas

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. O que restará da presunção de inocência diante das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 no STF?. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 26, nº 305, abril de 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LOPES JUNIOR, Aury, Direito Processual Penal. 15ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 7ª edição. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2018.

POLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. 9ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

STRECK, Lenio Luis. Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar! Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 12ª edição. São Paulo Saraiva, 4º volume, 1990.

Referências legislativas

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 882, de 19 de fevereiro de 2019. Integra do projeto e acompanhamento de sua tramitação disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

PORTUGAL. Lei nº 41/2013 – Código de Processo Civil. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=601&artigo_id=&nid=1959&pagina=7&tabela=leis&nversao=&so_miole=. Acesso em 17 de agosto de 2019.

Fernando A. N. Galvão da Rocha

Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre e Doutor em direito.