

HC 126.292

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE DECISÃO CONDENATÓRIA EM 2º GRAU

TRANSCRIÇÃO DO VOTO ORAL DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Presidente,

Também eu gostaria de cumprimentar o Ministro Teori que em boa hora traz a rediscussão dessa matéria ao Plenário.

Eu tenho dito desde que ingressei no Tribunal, e comprovei isso trabalhando aqui, que o sistema punitivo no Brasil se encontra extremamente desarrumado. Desarrumado do ponto de vista filosófico, desarrumado do ponto de vista normativo e desarrumado do ponto de vista jurisprudencial. E acho que o Tribunal tem um papel decisivo nessa arrumação e que aos poucos estamos conseguindo fazer progressos relevantes nessa matéria. E hoje nós podemos dar mais um passo.

Penso que fizemos progresso, por exemplo, quando em matéria de peculato passamos a exigir a devolução do dinheiro desviado para fins de progressão de regime. Fizemos um avanço quando passamos a exigir o pagamento da multa antes da progressão de regime. Hoje temos esta oportunidade em relação ao início do cumprimento da pena. E acho que mais adiante ainda teremos que consertar alguns aspectos relacionados à prescrição. Na minha visão, o Direito Penal, nas circunstâncias brasileiras, deve ser moderado, sem excessivas tipificações e sem exacerbação de penas. Porém ele deve ser sério e aplicado de modo efetivo para dissuadir as condutas criminosas.

Nessa matéria que estamos apreciando, como destacou o Ministro Teori Zavascki no seu voto, que é sintético, mas de grande densidade, o Tribunal tinha um entendimento anterior histórico e inclusive sumulado, que veio a ser alterado no Habeas Corpus 84.078. Trata-se de saber a partir de momento se pode executar uma condenação criminal. Relembro aqui uma passagem extremamente feliz da Ministra

Ellen Gracie, quando ela observou: “Em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando o refendo da Suprema Corte”. E, a esse respeito, o eminente Relator citou um valioso estudo de Direito Comparado indicando ser o que ocorre na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

Eu não me estarreço com ousadias e inovações. O Brasil é um país com muitas singularidades e, por vezes, precisa encontrar soluções originais para os seus problemas. Não acho que tudo que se cria aqui necessariamente seja uma jabuticaba a ser descartada. Eu, por exemplo, sou um defensor da TV Justiça, que é criação tipicamente brasileira. Mas, naturalmente, sempre que a gente faz alguma coisa que não se faz em nenhum lugar do mundo, eu acho que vale a pena parar e observar para ver se nós é que somos originais ou se tem alguma coisa fora do compasso acontecendo. Essa questão da execução da pena é uma delas: os diferentes países do mundo oscilam entre poder executá-la desde a decisão de primeiro grau ou poder executá-la depois da decisão de segundo grau.

Porém, nenhum país exige mais que do que dois graus de jurisdição para que se dê efetividade a uma decisão criminal. Até porque a conclusão de um processo criminal, muitos anos, mas muitos anos depois do fato, é incapaz de dar à sociedade a satisfação necessária. E quando isso acontece, o Direito Penal acaba não desempenhando o papel mínimo que ele deve desempenhar, que é da prevenção geral, da dissuasão de condutas incompatíveis com a lei. De modo que eu já antecipo que vou acompanhar o voto do Ministro Teori Zavascki, bem como a tese por ele enunciada. Apenas vou fazer algumas considerações a mais.

A primeira: a condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverte a presunção de inocência. Qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição. Esse é o seu devido processo legal. A partir daí, a presunção de não culpabilidade estará desfeita.

Segundo lugar: o recurso extraordinário como nós bem sabemos, não se destina a investigar o acerto ou desacerto da decisão, nem a reestudar os fatos, nem a reapreciar a prova. Ele se destina a discutir tão somente alguma questão de direito, de

direito constitucional quando seja perante o Supremo, e de direito infraconstitucional quando seja perante o Superior Tribunal de Justiça. Mas a materialidade e a autoria já foram demonstradas no primeiro e no segundo grau.

E a terceira razão, e eu considero essa muito grave e vou exemplificá-la, é que a impossibilidade de execução imediata de uma decisão condenatória de segundo grau, como já destacado no voto do Ministro Fachin, fomenta a interposição sucessiva de recursos protelatórios. E isso, evidentemente, não é alguma coisa que se queira estimular.

Do ponto de vista dogmático, nos termos da Constituição, a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário pressupõe que a causa já tenha sido decidida. É o que está dito no artigo 102: “Compete ao Supremo a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância”. E o mesmo é dito em relação ao recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. Ora bem: causa decidida é aquela que já foi definitivamente resolvida pelo Poder Judiciário à luz dos fatos e à luz das provas de materialidade e de autoria.

Além disso, Presidente, eu penso que a linha proposta pelo Ministro Teori Zavascki restabelece uma coisa que nós perdemos no Brasil, que é o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias. No Brasil, o Juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque tudo sobe para o Superior Tribunal de Justiça e depois sobe para o Supremo Tribunal Federal, numa sucessão infundável de instâncias. E eu aqui reitero: o devido processo legal se realiza substancialmente em dois graus de jurisdição. Nós aqui, com essa nova orientação, vamos restabelecer a importância e o prestígio da decisão de primeiro grau e, sobretudo, do acórdão do Tribunal de Justiça.

Caminhando para o fim dessas minhas reflexões, eu penso que o modelo que passou a vigor no Brasil a partir desta decisão no HC 84.078, em que o Supremo mudou a jurisprudência, não funcionou bem. A partir de tal julgamento, impediu-se que condenações mantidas em grau de apelação produzam qualquer efeito, conferindo ao recurso aos tribunais superiores um efeito suspensivo que eles não

têm. Criou-se, assim, uma cultura que fomenta a infundável interposição de recursos protelatórios.

Eu só tive chance de ler o voto do Ministro Teori Zavascki hoje, mais cedo. E, portanto, não pude verificar no meu acervo os precedentes teratológicos que se multiplicam, documentando o abuso do direito de recorrer. Mas eu fui à pauta de hoje, aleatoriamente, e lá encontrei, como último processo, um de relatoria da Ministra Rosa Weber. Ele é emblemático, caricatamente emblemático, do que vem acontecendo.

Trata-se de um crime de homicídio cometido em 1991. Vinda a sentença de pronúncia houve um recurso em sentido estrito. Posteriormente, houve a condenação pelo Tribunal de Júri e foi interposto um recurso de apelação. Mantida a decisão, foram interpostos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram interpostos novos embargos de declaração. Mantida a decisão, foi interposto recurso extraordinário. Isso nós estamos falando de um homicídio ocorrido em 1991 que o Supremo está julgando em 2016. Pois bem: no recurso extraordinário, o Ministro Ilmar Galvão, o estimado Ministro Ilmar Galvão, inadmitiu-o. Contra a sua decisão, foi interposto um agravo regimental. O agravo regimental foi desprovido pela 1ª Turma, e aí foram interposto embargos declaratórios igualmente desprovidos pela 1ª Turma. Desta decisão, foram interpostos novos embargos de declaração, redistribuídos ao Ministro Carlos Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Ministro Gilmar Mendes. E da decisão do Ministro Gilmar Mendes que inadmitiu os embargos de divergência, foi interposto agravo regimental, julgado pela Ministra Ellen Gracie. Não parece nem uma novela. Parece uma comédia. E em seguida à decisão da Ministra Ellen Gracie, foram interpostos embargos de declaração, conhecidos como agravo regimental, aos quais a 2ª Turma negou provimento. Não obstante isso, nós estamos com embargos de declaração no Plenário. Portanto, mais de uma dúzia de recursos, quase duas dezenas de recursos. E, conseqüentemente, em relação a um homicídio cometido em 1991 até hoje a sentença não transitou em julgado.

Portanto, é impossível nós não reagirmos a isso. É impossível não nos sentirmos constrangidos com um sistema que permita esse tipo de descalabro: um homicídio perpetrado em 1991 em que até hoje não se cumpriu a pena. Que tipo de satisfação se deu à sociedade, às vítimas, que tipo de incentivo se deu as pessoas para não delinquirem num país que 25 depois ainda não conseguiu dar cumprimento à sua decisão?

E aqui eu gostaria de dizer uma coisa que considero muito importante. Eu fui advogado mais de 30 anos. Eu não era advogado criminal, mas sempre tive admiração pela advocacia criminal. E me lembro como se fosse hoje de um comentário feito por um dos maiores advogados criminalistas, que era meu colega e Professor na UERJ, o Professor Evaristo de Moraes. Ele me disse: “Luís Roberto, as pessoas têm imenso preconceito contra os advogados criminais. Elas acham que nunca vão precisar da gente. Mas, no dia em que precisam – porque todo mundo está sujeito a um infortúnio e a um dia precisar – elas nos procuram humildes e devastadas. Aí seria a hora de lembrar a eles o preconceito que tinham contra nós”.

Portanto eu acho que a advocacia criminal merece apreço, merece respeito e desempenha um papel fundamental para a realização da justiça. Mas os advogados criminais não podem ser condenados a, por dever de ofício, interpor um recurso descabido atrás de outro recurso descabido para, ao final, colherem uma prescrição e a eventual não punição do seu cliente. Esse é um destino inglório para qualquer profissional. No entanto, é um papel que se cumpre porque o sistema permite, e o advogado se empenha em manter seu cliente fora da prisão.

Portanto, não é uma crítica ao advogado. É uma crítica ao sistema, que é um desastre completo, inclusive no tratamento que dá à prescrição. Mas não é isso que está em discussão aqui. O que se pode fazer aqui é tornar menos interessante a interposição sucessiva de recursos descabidos e protelatórios, cujo grau de provimento, eu vejo pelo meu próprio gabinete, é inferior a 4%. O Ministro Teori citou uma estatística referida pelo Ministro Joaquim Barbosa, que corresponde também à minha própria experiência.

Em suma: o que o Ministro Teori está propondo, e com adesão do Ministro Fachin, agora com a minha adesão, é a de tornar o sistema minimamente eficiente e diminuir o grau de impunidade. E, mais que isso, o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, porque quem tem condições de manter advogado para interpor um recurso descabido atrás do outro descabido não são os pobres, que hoje superlotam as prisões brasileiras. Ninguém deve ser punido por ser rico. Ricos e pobres têm os mesmos direitos. Porém, o sistema é dramaticamente seletivo, porque as pessoas acima de um determinado patamar, mesmo que condenadas, não cumprem a pena durante a sua sobrevivência, porque o sistema permite que se procrastine a execução por mais de vinte anos, como é precisamente o que acontece neste caso que eu aleatoriamente constatei dentro da nossa pauta de hoje. De modo que penso que nós precisamos reverter essa jurisprudência.

Eu sou, como todos sabem, um defensor, como regra geral, da manutenção das jurisprudências que se formam, porque acho que a estabilidade dos precedentes é um valor em si, às vezes independentemente do seu mérito. Porém, estamos diante da constatação de que esta mudança de jurisprudência efetivada em 2009 produziu um efeito deletério sobre o sistema punitivo brasileiro. Estamos mudando baseados em fatos empíricos, em elementos empíricos. Para bem e para mal, os fatos são teimosos.

Eu me lembro, ainda recentemente, o Ministro Dias Toffoli foi relator num caso em que, ousada e corajosamente, impediu a prescrição que ia se consumir. Mas foi preciso um movimento decisivo de S. Exa. após, salvo engano meu, vinte e cinco recursos interpostos só entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Não é um sistema que possa funcionar, nem é um sistema que possa merecer, a meu ver, e com todas as vênias de quem pense diferentemente, a nossa adesão.

Por todo o exposto, e louvando uma vez mais a decisão do Ministro Teori e a densa simplicidade do seu voto, que a meu ver é irrefutável, eu o estou acompanhando na conclusão e na tese que propôs. Passa-se a entender, assim, que uma vez ocorrida a condenação em segundo grau, está rompida a presunção de não

culpabilidade, e portanto, há a possibilidade de se dar cumprimento à decisão condenatória. É como voto, Presidente.