

ANÁLISE CRÍTICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO “PACOTE ANTICRIME” BRASILEIRO

Renan Posella Mandarino¹

Ana Flavia A. N. Castilho²

Resumo: o presente artigo tem por objetivo a análise do Projeto de Lei nº 1.864/2019, confrontando com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais, sob o olhar crítico da matéria penal e processual penal referente à execução provisória da pena. Justifica-se a pesquisa pelas incongruências demonstradas no texto do referido projeto em confronto ao atual repertório legal brasileiro. Salienta-se o descompasso existente entre o programa penal e o programa de processo penal na política criminal que, entre outros fatores, aparenta sustentar inconstitucionalidades e fragilização de normas processuais já consolidadas. Para desenvolver o estudo se utiliza da abordagem qualitativa e do método dedutivo. Nas considerações finais, compreende-se que, alguns pontos do PL 1.864/2019 parecem caminhar rumo à insegurança jurídica e à inconstitucionalidade, bem como tratar de medida que parece reforçar o discurso de recrudescimento penal.

Palavras-Chave: Execução provisória da pena. PL 1.864/2019.

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bolsista CAPES/Fundação Araucária. Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho UNESP. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Fundação Armando Alvares Penteado FAAP. Professor do Curso de Direito da Universidade Paulista UNIP – Ribeirão Preto.

² Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília SP – UNIVEM. Pós-graduada em Direito Tributário – LEGALE São Paulo SP. Pós-graduada em Psicologia Jurídica – Universidade Sagrado Coração – USC Bauru SP. Advogada.

Segurança jurídica.

Sommario: Lo scopo di questo articolo è quello di analizzare il progetto di legge n° 1.864/2019, affrontando i precetti costituzionali e infraconstituzionali, sotto la visione critica delle questioni penali criminali e procedurali connesse all'esecuzione provvisoria della sentenza. La ricerca è giustificata dalle incongruenze mostrate nel testo di questo progetto rispetto all'attuale repertorio giuridico brasiliano. Va notato che vi è uno squilibrio tra il programma criminale e il programma di procedura penale nella politica criminale, che, tra gli altri fattori, sembra sostenere incostituzionalità e l'indebolimento delle norme procedurali già consolidate. Per sviluppare lo studio utilizziamo l'approccio qualitativo e il metodo deduttivo. Nelle considerazioni finali, si comprende che alcuni punti di PL 1.864/2019 sembrano muoversi verso l'incertezza giuridica e l'incostituzionalità, così come affrontare una misura che sembra rafforzare il discorso della recrudescenza criminale.

Parole Chiave: Esecuzione provvisoria della frase. PL 1.864 / 2019. Certezza del diritto.

INTRODUÇÃO



presente trabalho pretende estudar alguns pontos de (in) congruências do Projeto de Lei Anticrime (PL 1.864/2019), proposto pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro para alteração do Código Penal, Código de Processo Penal e Execução Penal, com a Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos e os demais tratados referendados pelo Brasil.

Para que uma norma infraconstitucional tenha validade no ordenamento jurídico brasileiro, como pretende o citado Projeto, necessária sua adequação aos preceitos constitucionais

(Constituição Federal, Emendas Constitucionais e Tratados de Direitos Humanos aprovados pelo Congresso Nacional, a teor do art. 5º, §3º, CF) e às normas com *status* de supralegalidade (Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil sem o quórum qualificado, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos). Primeiramente, importa verificar se a pretensa Lei Anticrime, no que tange à *Execução Provisória da Pena*, pode ser recepcionada pela Constituição e respeita a Supralegalidade dos Tratados Internacionais.

Para tanto, a significação da *coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, CF), como preceito fundamental da segurança jurídica (caráter objetivo) e da confiança (caráter subjetivo) do acusado num sistema lastreado no devido processo legal, e da *presunção de inocência* (art. 5º, LVII, CF) precisam ser confrontadas com o pragmatismo do projeto de lei³. O artigo 617-A propõe algo bastante pernicioso: uma total inversão de valores constitucionais, transformando a execução provisória da pena em regra e a garantia recursal extraordinária em exceção.

O segundo ponto a destacar é que o art. 637, *caput*, confronta com o art. 1.029, §5º, do novo CPC/2015, que prevê o efeito suspensivo como regra para o Recurso Especial e Extraordinário, gerando um conflito procedimental (até então pacificado pelo CPC/2015) a um recurso de caráter constitucional. Ademais, os critérios pontuados para ser aceito seu efeito suspensivo (*não ter propósito meramente protelatório e levantar uma questão de direito federal ou constitucional relevante*)

³ O pragmatismo liga-se ao “eficientismo” da pretensa lei. Oportuna a diferenciação dos termos *eficiência, eficácia e efetividade*. Eficiência é ação, força, virtude, de produzir um efeito. A eficácia é qualidade ou propriedade de produzir o efeito desejado, com a finalidade de fornecer um bom resultado. Efetividade é a qualidade daquilo que se manifesta por um efeito real, positivo, seguro, firme, que mereça confiança. Centra-se na qualidade do resultado. Dessa maneira, eficácia e efetividade são caminhos para se alcançar a eficiência. Antes de apregoar o efficientismo punitivo, esboçado no pragmatismo normativo proposto pelo Projeto de Lei, imprescindível analisar a eficiência e a efetividade da norma jurídica com relação ao meio, isto é, a aplicabilidade das garantias processuais penais.

merecem discussão: quais critérios para julgar um recurso prolatatório? Não estaria afrontando à garantia da ampla defesa e do contraditório?

Outro ponto é que dificilmente poderia ser interposto Recurso Extraordinário ou Especial sem que houvesse possibilidade indireta de resultar em “absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto”. O exemplo mais evidente é o caso de reconhecimento da ilicitude de uma prova. Aqui, talvez, resida o principal desdobramento prático desse eficientismo no cumprimento de pena, que é o terceiro ponto a ser ressaltado: a dificuldade de discriminar os efeitos da matéria de mérito (fática: absolvição ou condenação) dos efeitos da matéria de direito (legais ou constitucionais).

O quarto ponto é que o atual artigo 283 tem sua redação de acordo com o texto constitucional, mais especificamente com o disposto no art. 5º, incisos LXI a LXVI. Ao acrescentar o termo: “*exarada por órgão colegiado*” confronta novamente com o fundamento da *coisa julgada* e da *presunção de inocência*.

O projeto de lei trouxe boa alteração no que tange ao art. 133, trazendo cautelaridade para avaliação e venda de bens, assegurando ao acusado o direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária. Já os artigos relativos à execução penal afrontam novamente à coisa julgada, elemento fundamental para garantir liquidez ao título executivo penal.

A pesquisa se desenvolve pela abordagem qualitativa, objetivos exploratórios e pelo método dedutivo, partindo-se das premissas jurídicas inerentes ao projeto de lei e sua aplicabilidade no caso concreto. Nos suportes teóricos, destacam-se a Constituição Federal, legislações federais infraconstitucionais, jurisprudencial do STF/STJ e da Corte Interamericana de Direitos Humanos suportes teóricos para o presente trabalho. Utiliza-

se de dados estatísticos para justificar o teor do explanado.

1 METODOLOGIA

A construção do presente artigo se desenvolve pela abordagem qualitativa e o método de pesquisa utilizado é o dedutivo.

De acordo com Flick (2009, p. 14), “o processo da pesquisa qualitativa pode ser representado como sendo um caminho da *teoria ao texto* e outro caminho do *texto de volta a teoria*”. (Grifo do autor). Assim, faz-se a interpretação do material bibliográfico escolhido e, por meio do método de pesquisa dedutivo produz-se o texto, sendo esse resultante do estudo (metatexto).

O exercício metódico da dedução, conforme ensina Diniz e Silva (2008, p. 6), parte de “enunciados gerais (leis universais) que supostos constituem as premissas do pensamento racional e deduzidas chegam as conclusões”, sendo a função do método dedutivo a de explicar o conteúdo de suas premissas.

Sob essa perspectiva, o presente artigo, trabalha com as análises conflitantes entre os textos legais infraconstitucionais e constitucionais e o projeto de lei que se pretende validar pelo legislativo – “o pacote anticrimes”.

2 POLÍTICA CRIMINAL E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA: O DESCOMPASSO ENTRE O PROGRAMA PENAL E O PROGRAMA PROCESSUAL PENAL

A política criminal é opção político-ideológica de trato estatal-gerencial (legal e administrativo) com as questões relevantes relativas à temática correlata. Mormente, quanto ao *sistema jurídico-penal* (termo que aqui servirá de abreviação para todo e qualquer elemento do conglomerado de normas, práticas, operações e agentes que trate direta e especificamente com a *persecução penal*, o *direito penal material*, o *processo penal* e a *execução penal*). Nesse sentido, política criminal é propor

valores por meio de um programa do Estado para controlar a criminalidade (DIVAN, 2015, p. 44-56)

Logo, política criminal seria uma forma de política pública, traduzida em conceitos, práticas, estratégias, métodos no ato de exercitar uma tomada de posicionamento de cunho positivo ou gerencial. Significa escolha de caminhos de gestão de meios dispositivos oficializáveis diante de certa postura ideológica, de maneira que há de se abrir mão da ideia de *pureza* para o conceito de política criminal (DIVAN, 2015, p. 57).

A política criminal promove a integração teleológica entre o direito penal e o processo penal⁴, estabelecendo uma complementariedade funcional entre os dois sistemas jurídicos.

O assunto se torna mais complexo ao buscar inserir uma política criminal de caráter instrumental, ou seja, uma *política processual penal* - viabilizar a aplicação da norma penal material gerindo os métodos para sua consecução. E esse método, caminho, é o processo. Numa análise mais detida dos conceitos acima relatados, é preciso criar um mecanismo sistêmico que assegure o eficaz cumprimento da norma penal através de uma regular atividade processual.

A política processual penal centra-se em três vetores: *garantia, funcionalidade e eficiência*. Esses três vetores são indissolúveis, isto é, a funcionalidade do sistema jurídico-penal depende da eficiência punitiva e do respeito aos direitos fundamentais. A integração político-criminal das formas de diversificação processual “reside na possibilidade de conciliar ao mesmo

⁴ Para aprofundamento do tema sobre a integralização do sistema de direito penal, sugere-se a leitura: WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento de proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). *El sistema integral de derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). *El sistema integral de derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

tempo as necessidades de *garantia* do cidadão com as não menos necessárias *funcionalidade* e *eficiência* do Sistema Punitivo total”. (FERNANDES, 2001, p. 829).

A concentração do poder punitivo nas mãos do Estado obstrui sua capacidade de dominar ou controlar a totalidade dos fenômenos da criminalidade. Além de não eficiente, o sistema jurídico-penal se revela não funcional⁵. É necessário compatibilizar a *eficiência penal*, *funcionalidade sistêmica* e *garantia constitucional*. Essa compatibilização de vetores, contudo, não é uma tarefa fácil. Ao tentar garantir uma melhor comunicação sistêmica entre a política *penal* e a política *processual penal*, promovendo maior eficiência punitiva, muitas das vezes tal “interação” gera desconforto no sistema processual e constitucional. Em outras palavras, a tentativa de gerar maior efficientismo punitivo fundado em práticas utilitaristas simplificadas de recrutamento penal, com o nítido escopo de suprir as *expectativas sociais* frustra o *programa*⁶ garantista do processo penal.

Se por um lado, a política criminal de recrutamento penal estabelecida pelo poder legiferante vai ao encontro das expectativas sociais de eficiência, por outro, frustra as expectativas sociais de resguardo às liberdades públicas fundamentais. Eis o paradoxo estabelecido.

⁵ Aduz Fernandes que, “enquanto voltada apenas para um maior *eficientismo*, não se valora nessa opção que a eficiência em termos judiciais não se limita a um critério quantitativo relacionado com o aumento da produtividade processual, mas deve ser analisado também qualitativamente, ou seja, quanto a evitar a ocorrência de consequências injustas e arbitrárias (garantismo) e, acrescente-se, quanto à própria *funcionalidade* do Sistema Punitivo estatal. (FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 102.)

⁶ Pela teoria dos sistemas sociais, “*Los programas son a los sistemas funcionalmente diferenciados lo que la sintaxis viene a ser para la lengua. Son las reglas, las instrucciones que regulan la correcta aplicación del código para producir o entender una comunicación interna del sistema (...)* los programas son el ‘manual de procedimientos’ que establece como el sistema debe aplicar el código cada vez que entra em funcionamiento”. (DALLERA, Osvaldo. **La sociedad como sistema de comunicación**: la teoría sociológica de Niklas Luhmann en 30 lecciones. 1. ed. Buenos Aires: Biblos, 2012, p. 75).

É justamente nesse paradoxo que se encontra o projeto de lei em comento, posto que ele frustra o programa constitucional e processual penal. É um projeto *eficientista*⁷, que centra seus esforços no resultado pretendido para dar uma resposta às expectativas sociais. Contudo, no que tange ao tema *execução provisória da pena*, tal pragmatismo legislativo goza de pouca *eficácia e efetividade*, já que se depara com os limites impostos pelos direitos fundamentais.

O descompasso existente entre o eficientismo penal e as normas atinentes ao devido processo legal gera o que se denomina de *delírio punitivista*, prática esta típica de Estados autoritários e despreocupados com a “forma” de aplicar a punição. O delírio punitivista ocorre quando a vontade de cominar a sanção penal é proporcionalmente maior do que a vontade de “como” aplicar tal pena. Entrementes, foi nesse espírito inquisitorial que nasceu o Código de Processo Penal em 1941, conforme se desprende da “Exposição de Motivos do Código de Processo Penal”, mais especificamente no tópico relativo à reforma do processo penal vigente à época:

II- De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de *maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. [...] Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em*

⁷ Oportuna a diferenciação dos termos *eficiência, eficácia e efetividade*. Eficiência é ação, força, virtude, de produzir um efeito. A eficácia é qualidade ou propriedade de produzir o efeito desejado, com a finalidade de fornecer um bom resultado. Efetividade é a qualidade daquilo que se manifesta por um efeito real, positivo, seguro, firme, que mereça confiança. Centra-se na qualidade do resultado. Como bem pontua o prof. Valter Foleto Santin, *eficiência* é o processo, *eficácia* é a qualidade e a *efetividade* é o resultado verdadeiro, a transformação social obtida (SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 85-90). Antes de apregoar o eficientismo punitivo, esboçado no pragmatismo normativo proposto pelo Projeto de Lei, imprescindível analisar a eficiência, eficácia e a efetividade da norma jurídica com relação ao meio, isto é, a aplicabilidade das garantias processuais penais.

prejuízo do bem comum. [...]. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismos e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

O projeto de lei retoma as características de um sistema processual penal inquisitivo, nos moldes do CPP de 1941, trazendo a sensação de retrocesso da tutela penal ao invés de promover avanços para um processo penal democrático, enraizado no sistema acusatório. É nesse sentido que a reforma do Código de Processo Penal vem estabelecida no projeto de Lei Anticrime:

Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a *execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias*, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1º. O tribunal poderá, *excepcionalmente*, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma *questão constitucional ou legal relevante*, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 2º. Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada.

A pretensa Lei Anticrime, no que tange à *Execução Provisória da Pena*, não pode ser recepcionada pela Constituição Federal. Antes de analisar a constitucionalidade da hipotética norma jurídica, cumpre salientar que tal dispositivo é uma forte candidata a “lei natimorta”, pois em que pese sua previsão, o Supremo Tribunal Federal aferirá o controle de constitucionalidade do tema em questão colocada em pauta para julgamento no decorrer deste ano.

Outra alteração relevante é o artigo 283 do Código de Processo Penal. Sua redação atual está em consonância com o texto constitucional e sofreu recente alteração em 2011, com Lei 12.403, a qual procurou reafirmar a necessidade do trânsito em julgado (selar a culpa) para alguém ser efetivamente preso. O

texto constitucional, em seu art. 5º, incisos LXI a LXVI, apregoa a necessidade de uma ordem judicial escrita e fundamentada para decretação da prisão. Destaque-se as diferenças entre a lei atual e o conteúdo do Projeto de Lei Anticrime:

CPP – Decreto-lei nº 3.689/1941:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de *sentença condenatória transitada em julgado* ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de *prisão temporária ou prisão preventiva*. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

[...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que *se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva*; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) (grifos nossos) *PL 1864/2019:*

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado *ou exarada por órgão colegiado*.

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação: e) determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, *sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos*. (Grifos nossos)

Ao acrescentar o termo: “*exarada por órgão colegiado*” confronta constitucionalmente com o fundamento da *coisa julgada* e da *presunção de inocência*. A questão já foi analisada em diversas situações pela Corte. Em 2009, por meio do julgamento do Tribunal Pleno do Habeas Corpus nº 84.078/MG, em que foi consolidado o entendimento da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, sob o argumento: I) a lei de execução penal condicionou os efeitos da condenação ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; II) a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser decretada cautelarmente; III)

o princípio da ampla defesa se vislumbra em todas as fases do processo, inclusive nas esferas recursais de natureza extraordinária; IV) os réus são sujeitos de direito e não objetos do processo.

Posteriormente, em 2016, o entendimento foi alterado por meio do Habeas Corpus nº 126.292, trazendo à tona argumentos que se assemelham ao presente no projeto de Lei Anticrime: I) ausência de efeitos suspensivos aos recursos; II) princípio da presunção de inocência veda a culpabilidade, mas não a prisão (prisão mediante execução provisória da pena não afronta o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade)⁸.

Contudo, apesar da discussão jurisprudencial, a norma jurídica do projeto é formalmente e materialmente inconstitucional. Materialmente, porque o direito da *presunção de inocência* (art. 5º, LVII, CF) tem o aparato da suprallegalidade dos Tratados Internacionais. A aplicabilidade de sanção antes do trânsito em julgado da sentença condenatória foi objeto de análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Ricardo Canese vs. Paraguai”, decidido em 2004. No referido caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu na sentença que a restrição ao direito de ir e vir equivalia à antecipação da execução da pena, o que violou a presunção de inocência⁹.

Ademais, a eficiência da norma penal sofre limitação da *coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, CF). Esta traz o preceito fundamental da segurança jurídica (caráter objetivo) e da confiança (caráter subjetivo) do acusado num sistema lastreado no devido

⁸ Para análise mais aprofundada dos acórdãos, sugere-se a leitura: TRINDADE, Matheus Gonçalves dos Santos. A (im)possibilidade de execução provisória da pena no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 21-42., 2017.

⁹ Conforme item 162 do capítulo 3.2 da sentença (disponível em: <http://www.cor-teidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=218>. Acesso em 20 mai. 2019). Para maior detalhe, ver: DAVID, Décio F.; 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. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.180>.

processo legal. Ensina Ramos (2015, p. 598) que, “o direito à segurança jurídica consiste na faculdade obsta a extinção ou alteração de determinado ato ou fato jurídico, posto a salvo de modificações futuras, inclusive legislativas”. Complementa sua definição dispondo que o direito a segurança jurídica é representado por duas faces, sendo “a *objetiva*, pela qual se imuniza os atos e fatos jurídicos de alterações posteriores, consagrando a regra geral da irretroatividade da lei e a *subjetiva*, que também é chamada de princípio da confiança, pela qual a segurança jurídica assegura a confiança dos indivíduos no ordenamento jurídico”.

Permitir o cumprimento da pena antes do selo da culpa enfraquece a segurança jurídica e estremece a confiança do cidadão no ambiente democrático do processo penal. E a confiança é um elemento fundamental no seio social para reduzir a complexidade dos conflitos sociais e aumentar a capacidade de o sistema jurídico atuar coerentemente nas suas orientações políticas (LUHMANN, 1996, p. XXIII).

Observa-se uma ressignificação da coisa julgada confrontadas com o pragmatismo do projeto de lei. O artigo 617-A propõe algo bastante pernicioso: uma total inversão de valores constitucionais, transformando a execução provisória da pena em regra e a garantia recursal extraordinária em exceção. Além disso, a norma é formalmente inconstitucional, exigindo, portanto, não um Projeto de Lei, mas um Projeto mais audacioso para alterar a Constituição.

Em síntese, há uma inversão interpretativa no dispositivo do projeto, em que a *coisa julgada* (selo da culpa) e a *presunção de inocência* foram relegadas em nome do efficientismo penal. Caso entenda admissível a execução da pena antecipadamente, esta não pode ter aplicação automática.

O Conselho Federal da OAB, por meio do processo nº. 49.0000.2019.003271-4, discordando da constitucionalidade da proposta, aduziu uma redação prevendo a possibilidade de

execução provisória da pena desde que haja decisão fundamentada, sugerindo a seguinte redação:

Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal poderá determinar a execução provisória da pena, por meio de decisão motivada, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

Parágrafo único. É vedada a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado nas seguintes hipóteses:

I. Acórdão condenatório que reforma sentença absolutória de primeiro grau.

II. Acórdão condenatório que reforma sentença de primeiro grau para aumentar a pena com alteração de regime prisional ou agravamento da espécie de pena.

III. Recurso especial ou extraordinário admitido, com arguições que podem resultar em absolvição, anulação da sentença ou do processo, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena.

Discorda-se parcialmente da citada redação. Interessante a previsão de uma decisão fundamentada; contudo, poder-se-ia ir mais afundo e permitir a execução provisória da pena somente após o julgamento do Agravo em Recurso especial ou extraordinário.

Outra proposta do Conselho Federal da OAB seria alterar o conceito de coisa julgada previsto no §3º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que é o diploma legal que prevê a definição da coisa julgada, conceituando-a como “decisão judicial de que já não caiba mais recurso”. O acréscimo do vocábulo “ordinário” ao referido dispositivo da LINDB pode ser um exemplo de proposta nesse sentido. Discorda-se também dessa proposta, pois retiraria o direito ao recurso às instâncias extraordinárias. O contraditório e a ampla defesa também se efetivam nas instâncias superiores. O caminho mais prudente seria limitar a via recursal na instância superior a pelo menos uma oportunidade, como o Agravo. Ademais, conforme se verificará mais adiante, a quantidade de recursos extraordinários é ínfima, o que não impossibilitaria sua análise.

3 O EFEITO SUSPENSIVO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL

O segundo ponto a destacar é o artigo 637 do Projeto de Lei Anticrime, no qual vem com uma proposta de não conferir ao recurso extraordinário e ao recurso especial o efeito suspensivo, podendo ser pedido tal efeito de forma incidental no recurso ou em pedido separado:

Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório não terão efeito suspensivo.

§ 1º Excepcionalmente, poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito *meramente protelatório*; e

II - levanta uma *questão de direito federal ou constitucional relevante*, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

§ 2º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente no recurso ou através de petição em separado, dirigida diretamente ao Relator do recurso no Tribunal Superior e deverá conter cópias do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia."

Mais uma medida que subsidia o delírio punitivista, abdicando-se do sagrado direito de defesa. A pretensa norma jurídica trata o direito de resistir ao *jus puniendi* como instrumento *protelatório*. Aliás, o que seria recurso *meramente protelatório*? Quais os critérios objetivos para distinguir um recurso *protelatório* de um recurso efetivo? Mais uma norma jurídica com alto grau de subjetividade. A sugestão é estabelecer critérios objetivos do que se compreende por recurso *meramente protelatório*, sob pena de cercear o direito à ampla defesa e o duplo grau de

jurisdição.

O direito de defesa é possibilidade de reagir contra o poder punitivo. É a oportunidade de o acusado demonstrar seu inconformismo com a decisão judicial. Pode-se compreender o direito de defesa como dimensão axiológica da dignidade da pessoa humana¹⁰, na dimensão reativa às intervenções ilegítimas do Estado. O fato de haver uma norma abstrata suprimindo o direito de defesa, desvincilhada de critérios concretos e objetivos, por uma via reflexa, é negar a dignidade humana, condição esta fragilizada quando o cidadão sofre os infortúnios do *jus puniendi*.

Oportuno anotar que o artigo 637, *caput*, confronta com o artigo 1.029, §5º, do novo CPC/2015. Daí ser possível duas conclusões: primeiro que o novo Código de Processo Civil veio uniformizar o procedimento relativo aos recursos extraordinários. Ao prever, recentemente em 2015, o efeito suspensivo como regra para o Recurso Especial e Extraordinário, o estatuto processual teve como escopo homogeneizar o procedimento dos recursos extraordinários e dirimir eventuais conflitos entre o processo penal e o civil, dado ser um recurso de caráter constitucional.

Ao colocar óbice ao efeito suspensivo, o projeto de lei cria novo conflito normativo e procedimental. Ora, por que no processo civil pode ter efeito suspensivo e no processo penal o efeito suspensivo é meramente protelatório? Novamente, faltam critérios dogmáticos para se justificar tamanha discrepância

¹⁰ Sustentamos que o direito ao contraditório e à ampla defesa atinge posição hierárquica superior aos direitos fundamentais. Assim, o direito de defesa pode ser considerado um *valor* dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conquistando um *status* superior ao de *princípios*. O direito de defesa pode ser traduzido como a dimensão de defesa (contrária à dimensão de prestação) da dignidade da pessoa humana. A efetivação material do direito de defesa se dá com a concretização da resistência ao poder punitivo e não apenas com a mera abstração normativa (MANDARINO, Renan P; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Reflexões críticas sobre a dignidade da pessoa humana no processo penal: o direito de defesa como resistência ao poder punitivo. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; BARROS LEAL, César. *O respeito à Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015, p. 498; 502).

entre o ordenamento jurídico.

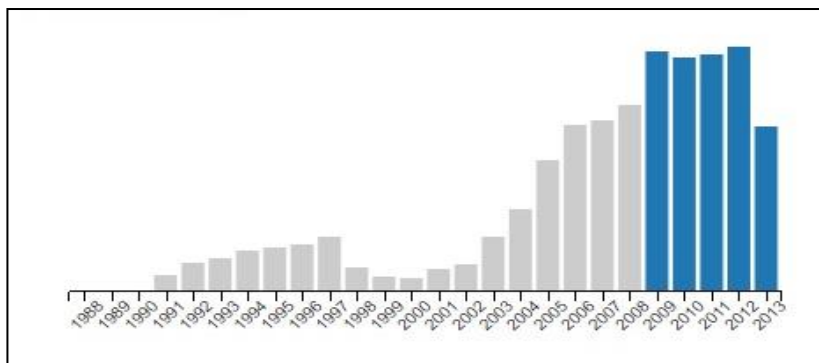
Em nota técnica sobre o projeto ¹¹, assim divulgou o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM):

É bem verdade que, em 2011, o então presidente do STF, Min. Cezar Peluso, a partir da avaliação de que “*a causa principal dos atrasos dos processos no Brasil é a multiplicidade de recursos*” (e não o mau funcionamento do sistema de Justiça), apresentou proposta de Emenda Constitucional para autorizar a imediata execução das decisões judiciais, logo após o pronunciamento dos tribunais de segunda instância.

Contraopondo o argumento do respeitável Ministro, de acordo com dados levantados pela FGV Rio ¹² e também divulgado na exposta nota: *no período entre 2010 a 2015, dos 399.540 Recursos Especiais julgados pelo STJ, apenas 38.547 diziam respeito à matéria criminal.*

Outrossim, no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, ao verificar sua carga de trabalho e analisar quais temas são mais recorrentes e os tipos de processos - se recursais ou originários, entre os anos de 2009 e 2013 ¹³, constata-se:

FIGURA 1. Representação anual de julgamentos pelo STF



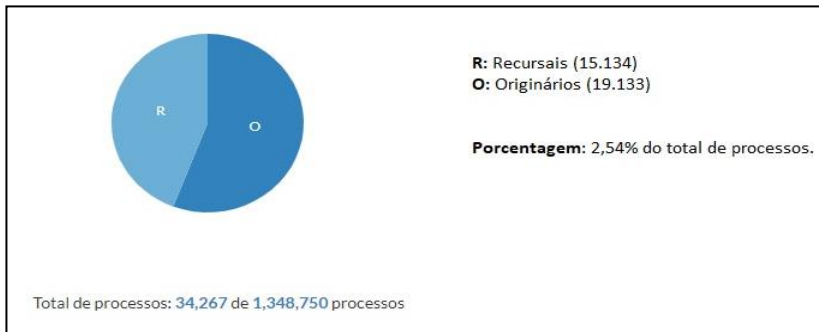
Fonte: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-stf/index.html>

¹¹<https://www.ibccrim.org.br/noticia/14466-IBCCRIM-lanca-nota-tecnica-sobre-Pacote-Anticrime> Acesso em: 23 abr. 2019.

¹² <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em: 03 mai. 2019.

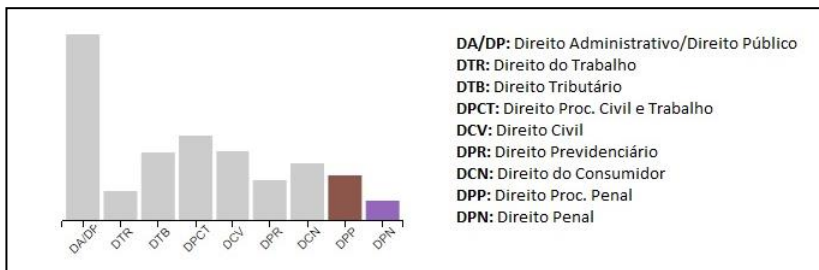
¹³ Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-stf/index.html>. Acesso em: 03 mai. 2019.

FIGURA 2. Representação gráfica de Recursos e Ações Originárias no STF



Fonte:<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-stf/index.html>

FIGURA 3. Representação gráfica dos temas recursais no STF



Fonte:<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-stf/index.html>

Frente a estes dados fica patente que, ao menos no que diz respeito às instâncias superiores, o grande volume de processos e recursos não é da matéria de direito penal e processo penal, sendo aquele o tema com menor incidência e este menor ainda que os de direito civil e processo civil. Constata-se, portanto, que restringir o acesso a recursos extraordinários de natureza penal é ilógico no que tange à funcionalidade sistêmica. De tal lógica decorre a conclusão demonstrada pela mesma pesquisa e apontada pelo IBCCRIM, de que o Ministério Público na área criminal e a Fazenda Pública na área cível são os que mais se utilizam desse aparato:

Logo, ao restringir a utilidade dos recursos em matéria

criminal, já que, *caso aprovada a proposta, a grande maioria das penas estará integralmente cumprida quando do julgamento dos recursos especial e extraordinário*, faz-se a opção política por se tratar *a liberdade como um bem de menor relevância que o patrimônio*, fomentando-se que os grandes litigantes, como a Fazenda Pública, planos de saúde e companhias de telefonia móvel, continuem valendo-se de abuso no direito ao recurso, ao passo que, *em relação à pessoa acusada de um crime, o acesso aos Tribunais Superiores fique materialmente obstado*, tornando-se medida inútil ao cidadão. (Grifos nossos)¹⁴.

Outro ponto é que dificilmente se poderia interpor Recurso Extraordinário ou Especial sem que houvesse possibilidade indireta de resultar em *“absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto”*. Aliás, novamente, carecem de *critérios objetivos* na norma jurídica para mensurar o que seria *questão de direito federal ou constitucional relevante*.

Aprofundando o tema: e no caso de reconhecimento da ilicitude de uma prova? Aqui, talvez, resida o principal desdobramento prático desse eficientismo no cumprimento de pena, diante da dificuldade de discriminar os efeitos da *matéria de mérito* (fática: absolvição ou condenação) dos efeitos da *matéria de direito* (legais ou constitucionais). Imagine a situação do caso concreto em que o sujeito é condenado, a sentença não é reformada no segundo grau de jurisdição e, ao recorrer, não é aceito subir o recurso para instância extraordinária. A princípio, poderia se iniciar a execução provisória da pena. Suponhamos que se inicie o cumprimento provisório da pena e, nesse ínterim, ocorra o julgamento de ação impugnatória (*habeas corpus*) pelo Supremo Tribunal Federal e seja reconhecida a ilicitude do mandado de busca e apreensão, determinando-se que todas as provas derivadas da medida cautelar probatória também sejam

¹⁴ <https://www.ibccrim.org.br/noticia/14466-IBCCRIM-lanca-nota-tecnica-sobre-Pacote-Anticrime> Acesso em: 23 abr. 2019.

declaradas ilícitas.

O ponto que merece ser destacado é que houve decisão de direito. Porém, uma decisão judicial que pode gerar alterações nos fatos a serem sopesados na ação penal. Provavelmente, a depender da ilicitude das provas, necessariamente haverá alteração no mérito da demanda. O processo penal é composto por um conjunto de atos complexos que estão interligados não por uma relação jurídica, mas por *situações jurídicas*. Essas situações são dinâmicas e dependem do aproveitamento das vantagens e das cargas processuais. (DELMATO JUNIOR, 2004, p. 31).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, depreende-se que o Projeto de Lei Anticrime, no que tange à *Execução Provisória da Pena*, é uma norma utilitarista e de apoio popular, despreocupada com as garantias processuais penais e os demais direitos fundamentais. Trata-se de uma norma pouco democrático, que visa a enaltecer um sistema processual inquisitivo e efficientista, preocupada em ampliar a repressão penal.

Por derradeiro, o projeto busca amplificar a tensão nos procedimentos recursais extraordinário, incompatibilizando o procedimento recentemente unificado pelo novo Código de Processo Civil. É um projeto desnecessário, tentando resolver um problema dogmático que não é pontual.

Frise-se que existe o Projeto de Lei nº 8.045/2010, em que se discute no Congresso Nacional a aprovação do novo Código de Processo Penal. Imprescindível retomar a discussão do novo estatuto processual penal, posto ser mais prudente dogmaticamente discutir a estrutura e a sistematização de um processo penal constitucional, democrático e funcional. É preciso abandonar a política processual penal irracionalizada, fruto do delírio punitivista.



REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, João Pedro Pereira. A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 150-207., set./out. 2009.
- BATISTI, Leonir. *Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. A leitura do STF sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1119-1142, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.177>.
- DALLERA, Osvaldo. *La sociedad como sistema de comunicación: la teoría sociológica de Niklas Luhmann en 30 lecciones*. 1. ed. Buenos Aires: Biblos, 2012.
- DAVID, Décio F.; 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. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.180>.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- DINIZ, Célia Regina; SILVA, Iolanda Barbosa da. *Metodologia científica*. Campina Grande; Natal: UEPB/UFRN - EDUEP, 2008.
- DIVAN, Gabriel A. *Processo penal e política criminal: uma*

- reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FLECK, Uwe. *Introdução à pesquisa qualitativa*. Tradução de Joice Elias Costa. Porto alegre: Artmed, 2009.
- GIACCOIA, Gilberto; BONAVIDES, Samia. A encruzilhada do sistema penal a escolha de um caminho para a ressignificação da punição estatal. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29, 2018, p. 225-246.
- LIMA, Flávia, PEDROSA, Laís. Execução provisória da pena e presunção de inocência: uma análise garantista da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 126.292/ SP. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29, 2018, p. 131-159.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.
- MANDARINO, Renan P. *Aspectos penais controversos da colaboração premiada: monografias vencedoras 2016*. São Paulo: IASP/CIEE, 2016.
- MANDARINO, Renan P; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Reflexões críticas sobre a dignidade da pessoa humana no processo penal: o direito de defesa como resistência ao poder punitivo. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; BARROS LEAL, César. *O respeito à Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015, p. 491-508.
- MARCELLINO JR, Julio Cesar. *O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- NICOLITT, André. *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2 ed.

São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

TRINDADE, Matheus Gonçalves dos Santos. A (im) possibilidade de execução provisória da pena no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 21-42., 2017.

WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). *El sistema integral de derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.