



## Fernando Parente: Prisão antecipada desrespeita título judicial

Recentemente, em fevereiro do presente ano, toda a comunidade jurídica, acadêmica do Direito e a sociedade brasileira foram surpreendidas com a reviravolta não prenunciada de entendimento do STF quanto à execução provisória (antecipada) da sentença penal condenatória, isto é, daquela que ainda não transitou em julgado, seja lá porque motivo for.

Com efeito, o cenário posto em 2009 a partir do HC 84.079 restou simplesmente abandonado à própria sorte, apesar da resistência dos votos vencidos quanto à jurisprudência solidificada e à necessidade de amadurecimento do debate para mudança de entendimento, pela Suprema Corte que, a fórceps, arguiu, pobremente do ponto de vista jurídico – ao menos –, o reclame social quanto à impunidade e à morosidade do Poder Judiciário para punir os crimes cometidos. Em suma: o STF assumiu, em uma simples votação e a partir de uma meia dúzia de discursos que replicam os reclames das ruas – e que não necessariamente estão de acordo com a lei e o Direito – a incompetência do poder do qual é o representante máximo para cumprir o dever que lhe cabe, e, conseqüentemente, a própria falência em relação à sua competência penal, ao menos. Vale lembrar que, como aludido pelo ministro Dias Toffoli – que votou pela virada jurisprudencial – quando da votação da Lei da Ficha Limpa no STF, salvo engano, às vezes é preciso proteger a sociedade dela mesma, sob pena de permitir sua extinção.

Em um piscar de olhos o que era impossível juridicamente passou a ser possível. A embalagem e o conteúdo são os mesmos e o produto, logo, é também o mesmo. O resultado que produz, contudo, agora é outro, exatamente o seu oposto, o seu inverso. Um verdadeiro verso reverso. Durma-se com um barulho desses!

Contra esse *decisium* foram escritos artigos diversos e, mais recentemente, ajuizadas as ADC's 43 e 44. Essas medidas pedem, em apertada síntese, a declaração de constitucionalidade do art. 283, CPP – não mencionado no julgamento do HC 126.292 – e pelo efeito suspensivo pelo menos para o RESp em processo penal, já que o art. 637, CPP, somente o veda o para o RE – que então julgava também matéria infraconstitucional -, o que afasta a incidência da Lei 8.038/90 e do NCPC quanto à disciplina nesta parte deste recurso no processo penal.

Contudo, em nenhum desses escritos sobre a questão eu pude perceber a justificativa da atecnia suprema, com o perdão da ambigüidade, com base na teoria dos títulos executivos judiciais. Com efeito, há quatro teorias a respeito.

A Teoria do título como accertamento do direito subjetivo material (Crisanto Mandrioli) argui que quando há obrigação definida em título não há dúvida da dívida (cumprimento da pena *in casu*), razão porque o título tem uma eficácia certificante que atua antes e fora da execução (provisória ou definitiva). Com isso, o título é o ato de accertamento contido em documento, que constitui condição necessária e suficiente para a execução forçada. Aqui o título não seria o gerador da ação de execução, mas sim condição para seu exercício. Percebe-se que o *novel* entendimento não atende aos preceitos dessa teoria, pois não há título juridicamente ainda, ou seja, não resta cumprida uma condição da execução.

Passemos, pois, à análise da Teoria documental (Carnelutti), que aduz que o título é a pretensão



conforme ao direito e, por isso, há presunção de existência do direito material, o que dispensa a atividade cognitiva e viabiliza a pronta atuação da norma jurídica. Aqui o título executivo é a ancora explícita para ordenar os atos executivos. O crédito (pena privativa de liberdade) é fruto de relativa certeza dada por lei, o que faz do título a prova legal ou integral do crédito (restrição da liberdade por prazo determinado). Em síntese, o título é o “documento” do ato, ou seja, o título é o ato de crédito documentado, e não o próprio crédito em si. Por isso mesmo sofre a crítica de haver exagero na concessão à forma ao condicionar a existência da execução ao efeito probatório daí resultante. Sabemos, contudo, que não há imposição de pena sem o devido processo legal, razão porque não se pode falar em presunção de existência do direito material (punição do acusado) que permita a pronta atuação da norma jurídica, bem como que, novamente, não há título executivo hábil (sentença penal com trânsito em julgado) a ordenar os atos executivos. Tal teoria também não embasa o *decisium* em voga.

Por sua vez a Teoria do ato jurídico (Liebman) defende que o título tem toda a energia necessária para a execução, razão porque a lei abstrai sua causa, isolando-o do próprio crédito fundado no direito material. Isto é, o título executivo é ato jurídico dotado de eficácia executiva porque é fonte imediata e autônoma da execução, que é independente do crédito. Por isso mesmo se torna dispensável a prova do crédito. Vale dizer, o título é a fonte “imediata, direta e autônoma” da regra sancionadora e dos efeitos jurídicos dela decorrentes. Título, em sentença penal sem trânsito em julgado, não existe, já dissemos, e por isso não se pode falar na existência da energia necessária para a execução provisória. Cabe então perguntar: se não pode haver execução definitiva sem a sentença penal condenatória (documento), isto é, mesmo com o direito material existente porque transitada em julgado a sentença, não se pode executar a prisão privativa de liberdade porque falta-lhe a forma jurídica a permitir sua eficácia, como pode haver execução provisória sem o direito material enquanto ato jurídico perfeito e acabado? Eis exatamente a crítica à Teoria do ato jurídico: a inexistência do ato jurídico (penal definitiva), sempre que existente o documento (sentença penal sem trânsito em julgado), não impede a execução (provisória, *in casu*), mas o inverso não é verdadeiro, uma vez que inexistente o documento (sentença penal com trânsito em julgado), inexistente o ato (pena a ser executada, provisória ou definitivamente). Não se presta, também, a fundamentar a decisão ora em apreço.

Somente resta, portanto, a Teoria mista (Theodoro Junior e a maioria da doutrina brasileira) que afirma que o título executivo é ato (vontade do Estado de possibilitar aos particulares a atuação da sanção)-documento (título imprescindível à execução), pois não é o ato jurídico material (sentença penal sem trânsito em julgado que demonstra a vontade estatal momentânea) que enseja a oportunidade da execução, mas sim a sua forma em um documento que contenha os requisitos legais (ausência de recurso, seja por que não mais cabe, seja porque o cabível não foi interposto). Isto é, o título é documento que tem em seu bojo um ato de vontade, revestido de formalidades (dentre elas o trânsito em julgado na seara penal e processual penal) que lhe torna apto a possibilitar seu portador a utilizar a via da execução forçada para satisfazer seu crédito (execução da pena *in casu*). É, portanto, ato e documento. E documento aqui não existe, pois que ausente o trânsito em julgado da sentença penal. Mais uma vez não se sustenta a decisão do HC 126.292.

Desta feita, em apertada síntese, à luz das teorias do título executivo judicial, assim como nas já aventadas razões em diversos artigos e nas ADC referidas – como em outras não conhecidas por este subscritor -, tem-se também a ausência de fundamentação legal da decisão que causou,



surpreendentemente, reviravolta no direito de ir e vir do cidadão brasileiro.

Conclui-se, tristemente, que essa atecnia suprema, além de violar a Constituição Federal e o art. 283, CPP, desrespeita as teorias que embasam o título executivo judicial que a decisão em voga diz existir em caráter provisório, hábil a permitir sua execução precária. Bem precária!

**Date Created**

09/07/2016