Pedro Segall: Críticas à prisão após 2ª grau devem se basear na lei

Introdução

Conforme aponta Streck, a autonomia do Direito, alcançada depois de séculos de luta, deve ser preservada para impedir que ele se torne parcial ou fique refém do sabor dos tempos ou do seu aplicador. A evolução da autonomia do Direito caminha de mãos dadas com a evolução da democracia e do Estado Democrático de Direito[1], e, em consequência, a magistratura deve atuar para defendê-la.

A concepção privada do julgador não deve influenciar sua decisão: a moral social corrige a lei no momento da sua elaboração, não no da sua aplicação. Alerta-se que não se trata de defender um positivismo exegético, atribuindo ao juiz o papel de simplesmente aplicar cega e literalmente o texto legal, mas de submeter a lei ao filtro da hermenêutica constitucional, e, dessa forma, desconstruir a concepção da decisão judicial como um ato de vontade: ela é um ato de responsabilidade política.

Assim, a decisão judicial deve se basear em princípios, que têm natureza deontológica e não consequencialista, finalista ou teleológica; são construídos socialmente (e não individual e isoladamente) ao longo da história[2]. É dizer, argumentos consequencialistas não se prestam a fundamentar decisões judiciais, exatamente porque subjetivos e, conseqüentemente, variam conforme a conjuntura em que são utilizados. Ao magistrado cabe aplicar a lei conforme princípios jurídicos, e não de acordo com as conseqüências que dela poderão advir; estas, como dito, devem ser sopesadas no momento da elaboração da lei que sustentará a decisão judicial. Se cada magistrado buscar corrigir a lei conforme as conseqüências da decisão que irá proferir, estaremos submetidos à concepção privada de um[3]. A possibilidade de um indivíduo não eleito, por mais gabaritado que seja e ainda que legitimado por um concurso público, contrariar uma norma fruto de um processo legislativo conduzido por parlamentares eleitos é violar a democracia.

Nesse contexto, chamaram a atenção alguns argumentos suscitados por advogados, promotores, juízes e ministros do STF para criticar e para justificar a recente decisão do STF tomada no HC 126.292, que entendeu pela possibilidade de execução provisória da prisão-pena já após o julgamento de 2º grau.

Com isso em mente, o objetivo do presente artigo não é o de avaliar a referida decisão do STF (até porque doutrina muito mais abalizada já se manifestou exaustivamente a seu respeito), mas sim alguns dos argumentos utilizados para avaliá-la, pois que consequencialistas. Ressalte-se que nossa intenção aqui é analisar os argumentos em si, razão pela qual optamos por não citar seus respectivos defensores.

Acrescente-se, também, que muitos dos argumentos abaixo poderiam ser atacados por outros vieses além dos apresentados. Mas, como dito, aqui nos interessam os seus aspectos consequencialistas, portanto, nos ateremos a eles.

1º argumento: a decisão abarrotará ainda mais o sistema carcerário, já falido

O primeiro argumento é aquele segundo o qual, podendo a condenação ser cumprida desde o julgamento em 2ª instância, os condenados ingressariam no sistema carcerário mais cedo, aumentando a sua já notória superlotação.

De antemão, não se nega que isso é um problema real, mas entendemos que ele deve ser direcionado ao Legislativo e ao Executivo, não podendo ser utilizado para criticar uma decisão jurídica, pois que a sua carga política é inversamente proporcional à jurídica.

Temos duas críticas.

Primeiro, se a questão prisional fosse um argumento para impedir o uso da pena-prisão, então ela não poderia ser aplicada mesmo após a decisão pelo STF. Evidentemente que medidas alternativas e outras formas de punição são uma tendência mundial, mas quando preenchidos os requisitos para tanto. É dizer: se a legislação determina a prisão, deve ela ser aplicada. Portanto, o argumento jurídico, aqui, seria o de que a CF determina a prisão-pena somente após o trânsito em julgado, e não o de que a execução provisória irá agravar o sistema carcerário.

E segundo, se no futuro o trâmite processual de uma ação penal tornar-se algo razoável, não haverá como contornar, com base nesse argumento, a determinação do ordenamento de que a prisão-pena deve ser cumprida, o que retira a sua força persuasiva, exatamente porque dependente do contexto em que defendido.

Dessa forma, percebe-se que esse argumento é conjuntural, i.e., só é aplicável atualmente, porque se sabe que uma ação penal leva um tempo irrazoável para percorrer todas as quatro instâncias, o que representa certo alívio ao sistema carcerário já combalido.

2º argumento: são necessárias quatro instâncias para que se forme o juízo de culpa, de modo que somente a decisão prolatada ou confirmada pelo STF é capaz de formar tal juízo

O segundo argumento defende que seria necessário percorrer as quatro instâncias atualmente existentes no Brasil para que só então fosse possível afastar o princípio da não-culpabilidade e, assim, dar início ao cumprimento da pena.

Ocorre que esse argumento parte da falsa premissa de que somente a confirmação pelo STF atribuiria à condenação a certeza necessária para permitir o seu cumprimento: de um lado, entendemos que a “verdade real” é uma ilusão, no mínimo, um conceito filosófico bastante combatido na atualidade; e, de outro, com todo o respeito, nos parece ingênuo acreditar que a instância máxima brasileira é infalível.

Prova maior disso é a própria discussão aqui travada. Além disso, se é possível o ajuizamento de ação rescisória a qualquer tempo, mesmo após o falecimento do condenado, é porque o legislador prudente e corretamente reconheceu a falibilidade das instituições humanas.

Dito isso, chegamos a dois imbróglis.

O primeiro: se apenas o STF acerta, por que existem as demais instâncias? Que concentrem todas as ações penais na Corte.

Mas o segundo é mais relevante e revela o caráter consequencialista desse argumento: se aceito que as instâncias ordinárias podem errar e, por isso, seria necessária a chancela do STF, da mesma forma deve ser aceito que o STF é também falível, o que leva à conclusão de que deve haver uma instância superior

a ele para corrigi-lo, e assim sucessivamente.

E não se diga que a exigência de duas instâncias abriria espaço para a mesma crítica, pois, nesse caso, o fundamento do argumento é o respeito ao duplo grau de jurisdição: uma instância inicial e uma segunda, hierarquicamente superior, com papel revisional, e não o de que somente com duas instâncias é que se chega a um juízo de culpabilidade seguro, matriz do argumento que exige quatro instâncias para tal resultado.

Assim, para os críticos da decisão do STF, o argumento jurídico, mais uma vez, seria o de que a CF exige o trânsito em julgado para a formação do juízo de culpa, e não o de que este somente se alcança após o percurso das quatro instâncias e a chancela do STF.

3º argumento: a taxa de reforma, pelos tribunais superiores, das condenações proferidas pelas instâncias ordinárias justifica a revisão pelo STF

O terceiro argumento consequencialista que encontramos foi o de que a quantidade de reformas realizadas pelo STF justificaria que o início do cumprimento da pena somente fosse possível após a sua revisão.

A despeito do fato de termos encontrado manifestações indicando percentuais de reforma variando de 4% a 30%, aliado a uma ausência de fontes[4], o que por si só já fragiliza tais argumentações para um lado e para o outro, a crítica central aqui é a de que esse argumento se presta a defender tanto as posições que apoiaram o julgado do STF, quanto as que o criticaram.

E isso em razão do aspecto consequencialista do argumento: assumindo ser de 4% a taxa de reforma pelo STF, esse percentual pode ser altíssimo para uns e absolutamente aceitável para outros; da mesma forma, aceitando como correta a taxa de 30%, é igualmente possível encontrarmos quem entenda ser um percentual inaceitável e quem o entenda estar dentro dos parâmetros de normalidade. E assim é porque valorar uma decisão conforme suas consequências implica um juízo subjetivo[5].

Não bastasse, repetimos a crítica ao argumento anterior: se a taxa de reforma do STF é parâmetro de crítica da decisão tomada no HC 126.292, então que se crie uma 5ª instância; e se o número de recursos providos escapa à normalidade que se espera de uma democracia, considerando a falibilidade humana, então que se extingam as instâncias ordinárias e já submetamos o início da ação penal ao STF.

4º argumento: a decisão judicial deve corresponder à expectativa da sociedade

O quarto argumento consequencialista que encontramos foi o de que seria preciso o STF ouvir a voz das ruas, de modo que a Corte deveria se pautar conforme as expectativas da sociedade, promovendo uma congruência entre a atuação judicial e os anseios populares.

Decidir com base nesse argumento implica pautar-se segundo o clamor popular, o que é grave por dois motivos: (i) arrisca-se instalar a tirania da maioria e (ii) gera enorme insegurança jurídica.

A primeira consequência grave suscita a questão do papel contramajoritário do Judiciário e, em especial, do STF, funcionando como um freio aos demais Poderes, eleitos, e, assim, funcionando como uma rede de proteção à minoria, que, do contrário, ficaria desamparada contra a maioria, provocando o risco de se

instalar uma tirania dessa maioria. No entanto, como já dito, esse tema escapa ao escopo do presente artigo.

Já a segunda consequência provoca o seguinte problema: a opinião popular, a despeito de ser um conceito absolutamente indefinido, ainda mais em um país de proporções continentais e diferenças regionais – de toda ordem – profundas, varia ao longo do tempo. Dessa forma, se o Judiciário fosse se pautar por ela, não raro haveria decisões contraditórias e incoerentes, gerando insegurança jurídica.

Ainda que assim não fosse, se é a opinião pública que deve pautar a decisão judicial, qual a razão de um curso superior de Direito, um concurso público para o preenchimento de cargos de magistratura ou do próprio Judiciário?

O argumento ora analisado demonstra a volatilidade de um argumento consequencialista, e, conseqüentemente, a importância de uma decisão fundada em princípios.

5º argumento: é preciso dar celeridade ao processo para impedir a prescrição e combater a impunidade

Por fim, o último argumento consequencialista que encontramos foi o de que seria preciso permitir a execução provisória da pena para dar celeridade ao processo, impedindo a prescrição e, assim, combater a impunidade.

Acontece que, por esse fundamento, o que ocorrerá se, no futuro, com o crescimento do número de processos judiciais em um ritmo mais acelerado do que pode acompanhar o Judiciário, um processo leve para tramitar até a 2ª instância o que leva, hoje, até o STF?

Pelo raciocínio desse argumento, diante desse quadro hipotético, seria necessário permitir a execução provisória já em 1º grau[6]. E, se mais algum tempo depois, nem mesmo o julgamento em 1ª instância seja rápido o suficiente para impedir a consumação da prescrição e combater a impunidade, bastará o indiciamento para que o indiciado (sequer réu) comece a cumprir pena[7]?

Perceba-se que, ou se é coerente e se aplica esse raciocínio a essas situações hipotéticas, o que, no nosso entender, afrontam o devido processo legal e a presunção de não-culpabilidade ou, então, afasta-se tal conclusão, devido a tais violações, e se aceita um entendimento incoerente, o que não se pode acolher para um Judiciário que se pretende seja guardião da segurança jurídica.

Conclusão: argumentos consequencialistas são voláteis, gerando ou incoerência ou insegurança jurídica

Que fique claro: não se está defendendo, nem criticando a decisão do STF no HC 126.292, mas apenas analisando alguns dos argumentos suscitados para avaliá-la.

Assim sendo, o mesmo argumento, se for consequencialista, poderá ser usado tanto para criticar quanto para defender a decisão do STF. Questões jurídicas devem ser enfrentadas em uma arena jurídica, não se corrigindo eventuais falhas legislativas com decisões metajurídicas. Do contrário, o Direito perde sua autonomia e se torna refém de questões que devem ser decididas na seara política, perdendo, assim, em isonomia, imparcialidade e segurança jurídica.

Argumentos consequencialistas são voláteis, se prestam ao preto e ao branco a depender do contexto ou momento em que defendidos, gerando ou incoerência ou insegurança jurídica, ambas inadmissíveis no âmbito jurídico.

Além disso, o Direito passa a ser utilizado como ferramenta de proteção de interesses particulares, sendo aplicado dessa ou daquela forma a depender do seu destinatário.

Quem sofre com isso é o Estado Democrático de Direito. Daí a importância do Judiciário decidir com base em princípios.

Portanto, ainda que eventualmente seja possível se chegar ao mesmo resultado utilizando argumentos principiológicos e argumentos consequencialistas, em um ambiente jurídico estes devem ser descartados, porque aqueles fincam raízes fortes no solo; estes voam ao primeiro sopro.

[1] Para uma introdução ao tema, vide <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>> e <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-10/entrevista-lenio-streck-jurista-advogado-procurador-aposentado>> (ambos acessados em 1.3.2016).

[2] Vide <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>> (acessado em 6.3.2016).

[3] Vide <<http://www.conjur.com.br/2014-out-16/senso-incomum-salvo-lei-morto-moral-decidir-juizes>> (acessado em 6.3.2016).

[4] Lembrando que optamos por não citar essas manifestações, pois o propósito do presente artigo é o de analisar o mérito dos argumentos, e não o de expor os respectivos manifestantes.

[5] É mais ou menos como o exemplo do bonde desgovernado dado por Michael Sandel no seu livro *Justiça: O Que É Fazer A Coisa Certa*, em que indaga se seria moral o condutor do referido bonde permanecer no trilho em que está e matar cinco funcionários que estão trabalhando nos trilhos a frente, ou tomar um trilho lateral e matar apenas um funcionário que está trabalhando neste. No segundo caso, a quantidade de mortes será menor; contudo, será fruto de uma ação consciente por parte do condutor (6ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, pp. 30-31).

[6] Nem se diga ser inconcebível esse prognóstico, pois, nos EUA, a título de exemplo, a pena-prisão é cumprida desde o julgamento em 1ª instância. Ainda que se afirme que por lá se trabalha com o conceito de culpabilidade fática, em oposição à culpabilidade jurídica, adotada no Brasil, a questão é que, se mesmo se aceite o cumprimento da pena já em 2ª instância, não haveria impedimento, com base no argumento ora analisado, que esse cumprimento fosse abreviado à 1ª instância.

[7] Poder-se-ia objetar a tal conclusão invocando o princípio da necessidade. Ocorre que é exatamente isso que se visa alertar com este artigo: se uma decisão judicial pode se pautar em um argumento consequencialista, bastaria suscitar a necessidade de combate à prescrição e à impunidade para se contornar tal princípio.

Date Created

11/03/2016