



o não esgota jurisdição de segundo grau

Em um seminário sobre hermenêutica no Brasil:

- Por favor, gostaria de fazer minha inscrição para o Congresso.
- Pelo seu sotaque, vejo que o senhor não é brasileiro. O senhor é de onde?
- Sou de Maputo, Moçambique.
- Da África, né?
- Sim, sim, da África.
- Aqui está cheio de africanos, vindo de toda parte do mundo. O mundo está cheio de africanos.
- É verdade. Mas, se pensar bem, veremos que todos somos africanos, pois a África é o berço antropológico da humanidade...
- Pronto, tem uma palestra agora na sala meia oito.
- Desculpe, qual sala?
- Meia oito.
- Podes escrever?
- Não sabe o que é meia oito? Sessenta e oito, assim, veja: 68.
- Ah, entendi, meia é seis.
- Isso mesmo, meia é seis. Mas não vá embora, só mais uma informação: a organização do Congresso está cobrando uma pequena taxa para quem quiser ficar com o material, DVD, apostilas etc., gostaria de encomendar?
- Quanto tenho que pagar?
- Dez reais. Mas estrangeiros e estudantes pagam meia.
- Hmmm! que bom. Aí está: seis reais.
- Não, o senhor paga meia. Só cinco, entende?
- Pago meia? Só cinco? Meia é cinco?
- Isso, meia é cinco.
- Tá bom, meia é cinco.
- Cuidado para não se atrasar, a palestra começa às nove e meia.
- Então já começou há quinze minutos, são nove e vinte.



-
- Não, ainda faltam dez minutos. Como falei, só começa às nove e meia.
- Pensei que fosse as 9h05, pois meia não é cinco? Você pode escrever aqui a hora que começa?
- Nove e meia, assim, veja: 9h30
- Ah, entendi, meia é trinta.
- Isso mesmo, nove e trinta. Mais uma coisa senhor, tenho aqui um folder de um hotel que está fazendo um preço especial para os congressistas, o senhor já está hospedado?
- Sim, já estou na casa de um amigo.
- Em que bairro?
- No Trinta Bocas.
- Trinta bocas? Não existe esse bairro em Fortaleza, não seria no Seis Bocas?
- Isso mesmo, no bairro Meia Boca.
- Não é meia boca, é um bairro nobre.
- Então deve ser cinco bocas.
- Não, Seis Bocas, entende, Seis Bocas. Chamam assim porque há um encontro de seis ruas, por isso seis bocas. Entendeu?
- E há quem possa entender?^[1]

Embora se deslize na atribuição de sentido às coisas, pois a atribuição é sempre desde a nossa posição sobre o objeto^[2], nota-se que o pesquisador de Moçambique não chamou de “meia” uma calça, porque existem limites indisponíveis da interpretação que separam a ficção da realidade. Compreender assim permite nos relacionarmos com o mundo e distinguir onde “a linguagem começa a fazer sentido”^[3].

Essas noções mínimas de atribuição de sentido às normas jurídicas vão circular o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54, quando o STF, durante a Quaresma deste ano, novamente discutiria (acaba de ser noticiado que foi adiado o julgamento, talvez até a próxima Quaresma...) a validade da execução antecipada da pena. Mesmo adiado o julgamento, o tema segue na pauta do debate.

Recordemos que as ADCs 43 e 44 tiveram suas liminares indeferidas, formando-se a maioria que admitia a execução antecipada. Seis ministros votaram admitindo a execução antecipada e cinco foram contrários, sendo que o ministro Dias Toffoli se posicionou na minoria contrária à execução antecipada, compreendendo que, até julgamento pelo órgão colegiado dos recursos especiais (e agravos) no Superior Tribunal de Justiça, não é possível a deflagração da mesma. O argumento do ministro foi o de que, embora o artigo 283 do CPP seja inequivocamente compatível com a Constituição Federal (artigo 5º, LVII), deveria se dar uma interpretação conforme à norma, entendendo o conceito de trânsito em julgado como a “**exigência de certeza na formação da culpa**” (grifos originais, página 11 do voto), que seria atingida com o “**julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça**” (grifos originais, página 12 do voto).



Posteriormente, no julgamento do HC de Lula (152.752), em termos gerais o ministro Gilmar Mendes reconsiderou sua posição para acompanhar o ministro Dias Toffoli, e a ministra Rosa Weber disse que, pessoalmente, era contrária à execução antecipada. Por causa da divergência, o Partido Comunista do Brasil apresentou a terceira ação (ADC 54) sobre o tema, buscando a estabilização da questão, porque, mesmo com a maioria projetada contra a execução antecipada, manteve-se o entendimento superado.

Simultaneamente a esse cenário de incerteza, alguns julgamentos acolheram a tese de que a execução antecipada é permitida quando o processo estiver no STJ, após o julgamento colegiado do recurso especial ou agravo em recurso especial (HC 160.296/RS, relator ministro Gilmar Mendes, ou na Reclamação 30.245/PR, relator ministro Dias Toffoli). Essa compreensão autorizaria, tal como pedido alternativamente na ADC 54 (PCdoB), a adoção de uma posição intermediária a respeito da execução antecipada, ressignificando o conceito de trânsito em julgado para a “certeza da culpa”, como defendeu o ministro Toffoli e acompanhou o ministro Gilmar Mendes.

Não estamos convencidos do acerto na adoção dessa posição intermediária. A existência de três interpretações sobre a constitucionalidade do artigo 283 do CPP vai impor uma discussão processual particular sobre decisões em órgãos colegiados com votos dispersos e a existência de divergência qualitativa.

Existem três interpretações diversas sobre a constitucionalidade do artigo 283 do CPP no STF: aquela que não condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado; e duas que condicionam ao trânsito em julgado, mas dando sentidos diversos ao significado desse conceito processual: os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli dizendo que o trânsito em julgado ocorre com a certeza da formação da culpa pelo julgamento do STJ; e os demais ministros dizendo que trânsito em julgado é o esgotamento de todos recursos.

Dentro dessa divergência qualitativa, em termos de rito procedimental para julgamento e fixação da decisão vinculante, não podemos aplicar o voto médio, porque não há "empate" na votação, mas maioria contrária à execução antecipada. Além disso, o voto médio não é compatível com o processo penal, que é regido pelo princípio da interpretação *pro libertatis*. Não se pode aplicar também o voto de qualidade, previsto no artigo 13, inciso IX do Regimento Interno do STF (RISTF), porque os requisitos não estão presentes. Não há vagueza regimental em termos de solução para o julgamento, e nenhum ministro se declarou, ou foi declarado, impedido ou suspeito de julgar o caso.



O artigo 185, parágrafo 2º do RISTF sobressai como uma solução regimental adequada, onde se aponta o rito para dispersão de votos no controle concentrado de constitucionalidade de leis, devido à existência de três interpretações diversas. O parágrafo 2º em referência trata sobre a interpretação de leis, afirmando que “proclamar-se-á a interpretação que tiver apoio de, pelo menos, seis Ministros”. A interpretação que conta com o apoio de seis ministros é aquela contrária à execução antecipada; contudo, existem duas interpretações sobre o significado de trânsito em julgado. Havendo duas interpretações diversas nessa maioria de seis votos contra a execução antecipada, avança o dispositivo regimental determinando que “proceder-se-á, em outra sessão designada pelo Presidente, à segunda votação restrita à escolha, pelo quorum de seis Ministros, pelo menos, de uma dentre as duas interpretações anteriormente mais votadas”. Isso significa dizer que no julgamento das ADCs a interpretação divergente sobre o conceito jurídico-processual de *trânsito em julgado* deverá ser votada para que se firme a prevalente, dentre a maioria hipotética contrária à execução antecipada.

Nesse momento será agravado o quadro de constrangimento jurisdicional. Assim como para se situar no espaço e tempo não se pode considerar a Quaresma como Natal, a suprema corte não pode dizer que trânsito em julgado é esgotamento de jurisdição ordinária ou “certeza na formação da culpa” com o julgamento no STJ.

Goste a “voz das ruas” ou não, no Brasil o exercício do poder punitivo está subordinado ao conceito jurídico-processual de trânsito em julgado, que tem o amparo de bibliotecas e “rios” de tinta, *e se delimita pelo descabimento, ou esgotamento, de recursos processuais com a imutabilidade da decisão recorrida.*

Embora o STF seja o guardião da Constituição, não é o dono dela e de seus significados, e não pode alterar o sentido desse conceito processual, que tem um lugar historicamente situado e limites semânticos indisponíveis (não se pode produzir a norma descolada dos limites do texto nem se dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa[4]). A polissemia da linguagem não pode ser manipulada para reescrever a Constituição, atendendo à “voz das ruas”, sob pena de cairmos num ceticismo semântico autorreferente em que um cachorro pode ser chamado de gato, ou a Quaresma de Natal, ainda mais quando a finalidade é esvaziar uma ingênua crença de combate à impunidade.

Indo além da discussão hermenêutica, a presunção de inocência é o ponto central para prognose dos níveis de democraticidade[5] no modelo de Estado de Direito e deve ser preservada pelo STF. Muitos discursos fascistas italianos[6] eram explícitos em considerar a presunção de inocência “ilógica”, “um paradoxo” ou, ainda, “uma ficção”, porque a ordem normal das coisas é presumir a verdade e legitimidade da acusação estatal[7]. As semelhanças discursivas apontam que não podemos pactuar com a ansiedade punitiva, em nome da segurança, contornando as reais causas da demora jurisdicional, como, para ficar num exemplo, a singela estrutura do STJ para atender a massa de processos do país.



Retomamos o título: assim como a Quaresma não é Natal, espera-se que o STF diga que trânsito em julgado não é esgotamento da jurisdição ordinária, e que prisão-pena não é para os inimigos nem para o “andar de cima”, mas para quem for definitivamente culpado. Risco de impunidade e de prisão ilegal sempre vai existir, mas devemos perguntar o que poderemos perder com essas falhas. Parece melhor um culpado solto do que um inocente preso; risco com garantias processuais protegendo a liberdade em vez de autoritarismo.

Post scriptum: nesta quinta-feira (4/4) foi noticiado que o ministro Dias Toffoli acatou pedido da OAB e retirou as ADCs da pauta. O fundamento (revelado) do pedido é que a nova diretoria do órgão, recém-empossada, “ainda está se inteirando de todos os aspectos envolvidos no presente processo e outros temas correlatos”. Respeitosamente, esse argumento não convence e, acreditamos, não corresponde aos reais motivos do pedido. Arriscamos outro motivação: o novo presidente da OAB está agindo estrategicamente (e corretamente) a partir do conhecimento do termômetro do STF. Por que adiar? Porque terá mais chance se esperar o STJ decidir e esgotar a jurisdição no caso do triplex (Lula). O adiamento retira a pressão de o STF decidir, corrigir seu erro e, por consequência, assumir a responsabilidade de soltar Lula (mas, por outro lado, é admitir que realmente se trata de *lawfare*...).

Esse adiamento também fortalece a posição do ministro Toffoli, que quer negociar a execução da pena após a decisão do STJ, e não mais após a decisão de segundo grau. Mas essa posição do ministro Toffoli é igualmente errada, na medida em que ainda se está executando a pena antes do trânsito em julgado (se houver recurso extraordinário) e sem qualquer cautelaridade. Persiste a violação da presunção de inocência e o conflito com o artigo 283 do CPP. Contudo, esse acordo interno no STF depois de esgotada a jurisdição do STJ no caso Lula é muito mais fácil inclusive de ser digerido pela “opinião pública(da)”. Também reduz os danos da execução antecipada em segundo grau, pois o índice de reversibilidade no STJ é, sim, bastante alto e relevante. Mas essa é apenas a nossa opinião, que pode estar completamente errada. Ou não.

[1] Adaptado do site: <<http://www.tirodeletra.com.br/piadas/Trocandoseispormeaiduzia.htm>>. Acesso em 30 jan 2019.

[2] Merleau-Ponty é talentoso nessa representação, afirmando que “*só se vê aquilo que se olha*”. O olhar é seletivo, restrito e parcial, isto é, a percepção é um pensamento condicionado. (MERLEAU-PONTY, Maurice. **O olho e o espírito**. Tradução de Gerardo Dantas Barreto. Rio de Janeiro: Grifo Edições, 1969, p. 33 e 68).

[3] COUTINHIO, Jacinto. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em 30 jan 2019.

[4] STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 11 e ss.



[5] CUNHA MARTINS, Rui. O mapeamento processual da "verdade". In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; CUNHA MARTINS, Rui; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 79 e ss.

[6] MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, tomo I. Buenos Aires: EJE, 1951, p. 252-256.

[7] LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal, vol I**. Doctrinas Generales. Buenos Aires: EJE, 1963, p. 464.

Date Created

05/04/2019