

Pacote Anticrime e Prisão em 2ª Instância¹

O “Pacote Anticrime” proposto pelo recém empossado Ministro da Justiça – ex-juiz Sergio Moro – viola a Constituição Federal e a sistemática do Código de Processo Penal ao criar a chamada execução “provisória” da pena a partir da condenação em 2ª Instância.

Enquanto juiz, defendia ele ardentemente a via judicial como apta para a imposição da citada modalidade de execução da pena. Diante dessa desastrada opção – por meio da jurisprudência - com flagrante violação da segurança jurídica, repensou e agora, como ministro, propõe texto legal ordinário dando poderes ao tribunal de estabelecer a execução da pena após condenação em 2º grau (art. 617-A, Código de Processo Penal).

Não se pode negar que a sugestão pela via legislativa representa um avanço em relação à primeira opção. Mas, pergunta-se, seria o bastante a lei ordinária para conseguir tal desiderato? É preciso manter a sintonia com o texto constitucional de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Sua eventual alteração depende de Emenda Constitucional, segundo importante corrente do pensamento jurídico brasileiro.

Pode alguém ser considerado culpado em primeiro grau, após a apelação. Mas há norma processual penal constitucional da qual depende esse reconhecimento pelo poder estatal: a do trânsito em julgado, ainda que parcial (defesa não recorre de uma condenação e a acusação faz pleito de aumento de pena).

A mudança proposta recentemente com a inovação legislativa não tem o condão por si só de alterar a verdadeira regra processual constitucional inserida legitimamente, não havendo espaço para mesquinha interpretação constitucional, e, então, nem o próprio Supremo Tribunal Federal

¹ Luiz Regis Prado. Pós-doutorado em Direito (Université de Strasbourg – França). Professor Titular de Direito Penal (FADISP); Diego Prezzi Santos. Doutor em Direito (FADISP). Professor de Direito Processual Penal (UEL).

poderia fazê-lo como fez (HC 126.292).

Em geral, cite-se a norma fundamental que serve de base para a maioria das legislações, constitucionais ou não, do Ocidente: refere-se tão simplesmente ao clássico texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “**Art. 9º.** *Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei*”. Nessa mesma linha, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948 (art.11).

É interessante frisar que os artigos acima *citados* não fazem nenhuma menção ao “trânsito em julgado” da condenação. A grande maioria da legislação estrangeira, nas suas pegadas, também não o faz: não há fórmula internacionalmente aceita. Podemos concluir com isso que a responsabilidade penal depende de cada sistema processual.

Embora possa ser em princípio defensável a prisão em segunda instância com base na legislação comparada, devemos considerar que o sistema processual penal brasileiro tem, por criação constitucional, “quatro” instâncias possíveis enquanto outros têm em geral tão somente duas ou três.

Daí porque tem aparência de legítimo o argumento (nem sempre verdadeiro) de que em vários países a pena é executada após a condenação em segunda instância – nestes países, estabelece-se o trânsito em julgado com a decisão em segunda instância: às vezes, por não haver interesse recursal, não existe previsão legal ou órgãos para os quais recorrer, entre outros casos.

Ademais, os sistemas estrangeiros não podem ser comparados ao sistema brasileiro dada a óbvia impossibilidade de tal exercício. A importação acrítica de institutos jurídicos gera, na verdade, “invencionices” ou “engenhocas” quase sempre perigosas, que, aliás, costumam tornar o sistema jurídico incoerente e inseguro. Isso não significa puro e simples aperfeiçoamento.

Nesse cenário, há de ser descartada a mudança via “lei ordinária”, e se optar coerentemente pela alteração via “Emenda Constitucional”. Isso demanda superar *ad argumentandum* e racionalmente o Poder Constituinte Originário, e a

perenidade que dispõe o art. 60, §4º, inc. IV, da Constituição Federal que trata da garantia dos direitos.

A criação de um conceito de “trânsito em julgado” novidadeiro também esbarra em óbices teóricos e práticos densos. Ao se criá-lo na lei se pretende que a Lei Fundamental se curve à lei ordinária. O que pode gerar um retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

A pura modificação de dispositivo processual penal como destacado sem alterar a Constituição Federal, como a proposta feita, tão somente promove inversão: ao modo que o Supremo Tribunal (seguido pelo todo Judiciário) fez quando interpretou a Constituição à luz da jurisprudência, sempre contingente e casuística.

As mudanças suscitadas pelo Ministério da Justiça acabam por pretender interpretar a Constituição à luz da lei infraconstitucional.