

Ronaldo Porto Macedo Junior: Temos direito a uma justiça penal que não seja completamente ineficaz?

Estamos acostumados a pensar que os direitos nacionais são diferentes entre si e não há nada de errado nisto. Assim, não causa maior surpresa ou perplexidade para o especialista ou mesmo para o homem comum, saber que em alguns países, como na França, determinados crimes são julgados através de um juiz de carreira singular, ao passo que outros, como o Brasil, crimes dolosos contra a vida (homicídio, infanticídio e aborto) são julgados por um tribunal do júri composto por sete jurados escolhidos entre cidadãos comuns. Outros países como os Estados Unidos, atribuem ao tribunal do júri, lá composto por 12 membros, uma série ampla de competências jurisdicionais que no Brasil são reservadas aos juízes togados e concursados, como decisões na esfera cível, como indenizações, etc.

Quando nos perguntamos porque isso é assim, o leigo e o jurista usualmente não hesitam em afirmar que tais diferenças nos arranjos institucionais da administração da justiça decorrem de escolhas políticas feitas pelos distintos legisladores e inexistente um formato institucional único que obrigatoriamente deveria ser aplicado a todos os países. Associada a essa ideia vem também a crença forte e comum de que o direito de cada país consiste naquilo que foi positivado pelas autoridades locais, usualmente através de seus legislativos. Assim, sendo o direito o que cada país legisla, os direitos nacionais podem ser variados, o que explicaria as diferenças nas formas de organização dos sistemas de julgamento de seus crimes, por exemplo, prevendo ou não a existência de tribunais de júri e definindo livremente a sua forma de funcionamento e composição.

Poderíamos perguntar se a existência de uma, duas ou três instâncias judiciais de revisão recursal criminal obedeceria a mesma lógica e seguiria os mesmos critérios que levariam o jurista e o leigo a concluir que cada país decide sobre o funcionamento de seu sistema judicial como bem lhe aprouver. Novamente aqui, caso a questão se referisse ao papel da corte constitucional como última instância para matéria estritamente constitucional (como nos EUA) ou se seria admissível uma terceira instância, como o STJ brasileiro ou os tribunais federais regionais americanos, provavelmente mereceriam a mesma resposta: cada país é livre para criar suas próprias instituições judiciais.

Poderíamos, no entanto, novamente indagar se um país democrático, que consagra em sua Constituição o princípio da responsabilidade penal (isto é que as pessoas devem responder penalmente pelos crimes que cometem) poderia, sob o pretexto de levar ao máximo o objetivo de evitar que um inocente fosse punido, criar um sistema que previsse trinta instâncias de revisão criminal, ao invés das habituais duas instâncias. Imaginemos que um tal sistema conduzisse a uma situação de fato na qual ninguém fosse responsabilizado por seus crimes, visto que o excesso de instâncias recursais inevitavelmente levaria não apenas a um elevadíssimo custo econômico para a administração da justiça, como também a uma extrema morosidade judicial que redundaria em impunidade sistemática. Nesse caso, poderíamos afirmar que, assim como nos exemplos acima indicados a respeito do tribunal do júri e da escolha entre duas ou três instâncias de revisão judicial, cada país poderia livremente criar o seu sistema legal?

Parece desde logo intuitivo concluir que não. Um sistema de revisão judicial que conduzisse a completa impunidade seria inconsistente com o princípio constitucional (expresso ou pressuposto) que prevê a responsabilização dos criminosos por seus atos. Um objetivo social, uma política, que visasse garantias quase absolutas de que não haveria erro

judicial, e pretendesse assegura-lo através de trinta instâncias de revisão de uma condenação não poderia preponderar (ainda que estivesse expresso na lei legislada) sobre um princípio estruturante da própria ordem jurídica. Por que não? A razão para isso não se encontra numa impossibilidade lógica de se pensar um sistema de regras que obedecesse absolutamente a ideia de que uma regra jurídica é aquilo que foi criado por uma autoridade (legislativo). Podemos pensar em algo assim, in abstracto. A razão reside no fato de que o direito que conhecemos e é praticado na maioria dos países democráticos não é um sistema de regras deste tipo ou, ao menos, não o é o tempo todo.

Num direito democrático, estruturado em torno da ideia de “rule of law” e outros princípios jurídicos como igualdade, liberdade, dignidade, responsabilidade etc., as regras e instituições têm o seu significado condicionado às intencionalidades que lhe são pressupostas, bem como à coerência que entre elas se pressupõe existir. Esses princípios jurídicos-políticos, porque são princípios e não meros objetivos sociais discricionariamente fixados pelo legislador, detêm uma prioridade frente a estes últimos. Em outras palavras, o princípio da responsabilidade deve prevalecer sobre uma regra que previsse trinta instâncias de revisão judicial e levasse a impunidade geral no campo penal. O mundo poderia ser diferente? Certamente poderia (hipoteticamente), mas neste caso não estaríamos nos reportando à gramática dos direitos no estado direito democrático, mas sim a uma outra gramática, própria de um outro sistema de regras, dissemelhante neste ponto crucial do direito contemporâneo ocidental tal como o conhecemos.

Essa é a razão pela qual os princípios básicos de um sistema jurídico funcionam de maneira diferente de outros objetivos sociais fixados em leis ou políticas públicas. Eles seguem uma distinta lógica. Na gramática dos direitos compostos por ambos, tanto objetivos sociais como princípios e

valores políticos da comunidade, estes últimos devem prevalecer. Eles possuem uma prioridade lexical, como diria John Rawls (Cfr. Uma Teoria da Justiça), quando em colisão com uma regra ou política acolhida pelo legislador. Este tema tem sido objeto de diversas análises por parte de muitos teóricos do direito contemporâneo. Dentre eles, o filósofo americano Ronald Dworkin foi um dos que o apresentou de forma mais eloquente e convincente (Cfr. *Princípio, política, processo*, in Uma questão de princípio).

Voltemos agora ao exemplo e formulemos novas perguntas. E se ao invés de existirem trinta instâncias de revisão judicial houvesse vinte e cinco? Ou quinze? Ou cinco? Ou quatro? Imaginemos que a redução das instâncias de revisão aumentasse proporcionalmente o grau de efetividade da justiça penal e, portanto, de respeito ao princípio da responsabilização penal. Qual seria o limite em que poderíamos afirmar que o ajuste entre segurança jurídica e efetividade do sistema penal seria aceitável? Seria possível imaginar mais de um ajuste ou equilíbrio possível entre segurança e impunidade?

Certamente é possível imaginar mais de um arranjo institucional que articule o objetivo da segurança com o princípio e valor da responsabilidade penal. Esta plasticidade do direito é que leva muitas vezes alguns juristas ao exagero de se afirmar que o texto legal (constitucional) pode tudo. Não pode tudo, mas há mais de um formato possível. Qual seria, então o limite para esta plasticidade institucional? Quando que um sistema recursal que conduzisse a extrema impunidade poderia ser questionado juridicamente por violar o princípio da responsabilidade? Inexiste uma resposta simples e exata para esta pergunta. Contudo, há parâmetros para respondê-la. Um sistema recursal de múltiplas instâncias seria violador do princípio constitucional quando gerasse sistematicamente a impunidade, em níveis anormalmente elevados em comparação com os padrões usualmente compartilhados por sistemas jurídicos qualificados como

respeitadores do estado de direito e da democracia. Aqui o elemento importante a levar em conta não é a conformidade com os padrões usualmente aceitos, ainda que isto possa ser um índice para o reconhecimento da normalidade acima mencionada. O mais relevante a considerar seriam as condições reais de implementação da justiça penal e a avaliação empírica e teórica sobre as possibilidades que um arranjo institucional específico deveria ter para garantir a efetividade, ao menos em tese, mas realisticamente, do princípio da responsabilidade.

No Brasil, o debate recente sobre a constitucionalidade ou não de se reconhecer a possibilidade da execução da pena após o trânsito em julgado em segundo grau pelo STF é claramente uma questão deste tipo. Ele foi o objeto do julgamento do Recurso Extraordinário 776823, de 07.12.20. No cerne da polêmica constitucional instaurada, discutiu-se muito sobre o que estava literalmente escrito no texto da Constituição e se, caso houvesse o entendimento de que literalmente a execução da pena somente devesse se iniciar após a palavra final do STF, ainda que lamentavelmente, deveríamos entender que o textualismo exegético mereceria prevalecer. Esta foi a tese vencedora, por apertada maioria, no Supremo. Em sentido oposto, foram levantados fortes argumentos sobre a ineficácia de um sistema penal que exige que cada e toda condenação penal num país de mais de duzentos milhões de habitantes seja confirmada por um único tribunal composto por apenas onze magistrados. Segundo o Conselho Nacional de Justiça em 2019 havia no Brasil 9,1 milhões de processos criminais em andamento. Poderiam todos eles ser julgados pelo STF se seus advogados recorressem até ele? Muitos entenderam que o sistema de execução da pena escrito na Constituição que exigiria sempre a palavra final do STF seria muito ruim, mas porque estava previsto na letra da Constituição, deveria ser respeitado. Entendo, contudo, que o que estava em jogo era uma questão de princípio, e não uma questão que pudesse ser respondida por um literalismo apressado.

O debate travado foi cego para a questão central deste artigo sobre a existência de um direito, num sentido forte, a um sistema penal que não seja completamente ineficaz. A questão foi marginalmente enfrentada, e apenas em alguns votos (como o do Ministro Luís Roberto Barroso), e dizia respeito a existência ou não de uma violação do princípio constitucional da efetividade da justiça penal, ou da responsabilidade pela interpretação literal de um dispositivo do texto constitucional. Ademais, tratava-se também da forma pela qual o direito deveria ser compreendido e interpretado, se como um conjunto de regras positivadas por uma autoridade que tudo pode, ou se como um sistema de regras cuja intencionalidade também fazia depender a sua juridicidade de sua conformidade com seus princípios fundantes (democracia, estado de direito, responsabilidade etc.). Entendo que o que estava em debate era uma *questão de princípio*, que não se reduz ao simplismo invocado por muitos que insistiam que bastava ler a letra da Constituição. Isto porque temos um direito, garantido por princípios, a não termos uma justiça penal completa ou sistemicamente ineficaz, em especial para aqueles capazes de explorar todos os seus recursos processuais.

É interessante notar que em muitos julgados o STF acolheu interpretação sensível a importância dos princípios e sua prioridade lexical frente a regras que fixavam objetivos sociais. Isto ficou patente no julgamento, a meu ver correto, sobre a união homoafetiva (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, de 2011), quando a interpretação literal da Constituição cedeu diante da prioridade dos princípios políticos da igualdade e da dignidade humana. Naquele julgado, foi abandonado o literalismo na interpretação da Constituição que afirmava em seu artigo 226: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Prevaleceu, ao contrário, a interpretação principiológica que afirmava que o princípio da igualdade deveria ter prioridade. Nas palavras

do Ministro Celso de Mello, "É arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomente a intolerância, estimule o desrespeito e a desigualdade e as pessoas em razão de sua orientação sexual."

A atualidade da reflexão acerca da execução da pena após o trânsito em julgado em segundo grau poderá parecer hoje, após o julgamento do STF sobre o tema, algo inatual. Muitos dirão que a matéria já foi decidida em dezembro de 2020. Não sabemos se o assunto retornará a discussão naquela corte no futuro. É certo, contudo, que a oscilação daquele tribunal entre uma interpretação textualista e outra mais reverente aos princípios políticos da Constituição permanece. Esta instabilidade nos métodos de compreensão dos direitos e dos princípios constitucionais traz enorme insegurança e ameaça os valores democráticos inscritos na ordem jurídica nacional.