



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

N.º 56/2018 – SFCONST/PGR
Sistema Único n.º 49.068/2018

Parecer nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44
Relator: Ministro Marco Aurélio

Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio,

CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE VINCULANTE DO STF (ARE 964246). PERDA DE OBJETO DAS ADCS. *OVERRULING*. NAO CABIMENTO. ART. 283 DO CPP. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PROTEÇÃO INSUFICIENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS E SOCIAIS.

1. Os requerentes pedem que o STF declare a constitucionalidade do art. 283 do CPP. Esta pretensão foi satisfeita supervenientemente no julgamento do ARE n. 964.246/SP. Preliminar de não conhecimento.
2. Também não estão satisfeitos os pressupostos materiais que justificariam o *overruling* do precedente vinculante ligado ao ARE n. 964.246/SP, a saber, a perda de congruência social e consistência sistêmica do julgado. Revogá-lo, mesmo diante de todos os argumentos jurídicos e pragmáticos que o sustentam, representaria triplo retrocesso: para o sistema de precedentes brasileiro, que, ao se ver diante de julgado vinculante revogado pouco mais de um ano após a sua edição, perderia em estabilidade e teria sua seriedade desafiada; para a persecução penal no país, que voltaria ao cenário do passado e teria sua funcionalidade ameaçada por processos penais infundáveis, recursos protelatórios e penas massivamente prescritas; e para a própria credibilidade da sociedade na Justiça, como resultado da restauração da sensação de impunidade que vigorava em momento anterior ao julgamento do ARE n. 964246/SP.
3. A lei processual, ao regulamentar a Constituição, não pode dar proteção insuficiente a bens jurídicos constitucionalmente protegidos.
4. A execução provisória da pena após esgotado o duplo grau de jurisdição não viola a presunção de inocência.
5. Parecer pelo não conhecimento ou, no mérito, pela improcedência das ADCs n. 43 e 44.

I – RELATÓRIO

O Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nºs 43 e 44, respectivamente, pretendendo a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), que dispõe:

*“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de **sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.*

Os requerentes sustentam, nos termos do art. 14 da Lei n. 9.868/99, haver “*controvérsia judicial relevante*” em torno desta norma processual desde o julgamento, em 17 de fevereiro de 2016, do *Habeas Corpus* n. 126.292 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). Nesta ocasião, o STF reconheceu a compatibilidade com a Constituição do início do cumprimento da pena de prisão após a condenação criminal em segunda instância¹, sem, contudo, declarar a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP. Sustentam que houve afronta à cláusula de reserva de plenário, contida no art. 97 da Constituição², que excluiria a possibilidade de executar sentença de prisão antes do trânsito em julgado da condenação.

O PEN argumenta na **ADC n. 43**:

(i) o art. 283 do CPP contém interpretação razoável do princípio constitucional da presunção de inocência previsto no art. 5º-LVII da Constituição³, nos limites da liberdade de conformação do legislador e da moldura normativa fixada na Constituição, de modo que não é inconstitucional;

(ii) além de dar interpretação possível e razoável ao princípio constitucional da presunção de inocência, o art. 283 do CPP adota o entendimento que mais se compatibiliza

1 A chamada “execução provisória da pena”.

2 E, ainda, em violação à Súmula Vinculante n. 10, do STF.

3 “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

com o princípio do *in dubio pro reo*: outra dimensão da presunção de inocência a ser garantida pelo STF;

(iii) caso a Suprema Corte autorize o início de cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, estará criando nova modalidade de prisão, o que, à luz dos incisos XXXIX, XL e XLVI do artigo 5º da Constituição, só poderia ser feito por lei;

(iv) não seria coerente com a decisão do STF na MC-ADPF n. 347 (em que se reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” em que se encontra o sistema prisional brasileiro, motivado, entre outros fatores, pelo elevado número de presos provisórios no país) a alteração de sua jurisprudência para autorizar a execução provisória da pena de prisão e agravar a superlotação das unidades prisionais;

(v) a decisão do STF no julgamento do HC n. 126.292 (que legitimou a execução provisória da pena) adotaria premissa equivocada: a de que, assim como ocorre nos recursos extraordinários, o julgamento de recursos especiais pelo STJ não enseja revisão da responsabilidade criminal do condenado feita nas instâncias ordinárias.

Com base nestes fundamentos, o PEN pede:

a) declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal (veiculada na Lei nº 12.403, de 2011) que condiciona o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da condenação;

b) sucessivamente, declaração de que o artigo 283 do Código de Processo Penal é “ainda constitucional”:

(i) enquanto perdurar o atual “estado de coisas inconstitucional” que vigora no sistema prisional brasileiro; ou

(ii) até que ocorra o julgamento do mérito da ADPF 347 e se cumpram as providências que venham a ser fixadas pelo Supremo Tribunal Federal; ou

c) sucessivamente, interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, para determinar que, enquanto perdurar o atual “estado de coisa inconstitucional”, na execução provisória da sentença penal condenatória, a pena de prisão dos condenados seja substituída por medidas alternativas, por aplicação analógica do artigo 319 do Código de Processo Penal; ou

d) sucessivamente, eventual declaração de inconstitucionalidade (cujo corolário é permitir a execução provisória da decisão penal condenatória de 2ª instância) tenha efeitos ex nunc, abrangendo apenas:

(i) decisões condenatórias relativas a fatos posteriores ao julgamento desta ação pelo STF;

(ii) decisões condenatórias relativas a fatos posteriores ao julgamento do HC nº 126.292 pelo STF; ou

e) sucessivamente, pede interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do CPP para determinar que os recursos especiais tenham efeito suspensivo, a serem apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça; negando-se tal efeito apenas aos recursos extraordinários, a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

A Ordem dos Advogados do Brasil argumenta na ADC n. 44:

(i) o art. 283 do CPP repete o conteúdo material do art. 5º-LVII da Constituição, de modo que não é inconstitucional, do contrário, haveria “normas constitucionais inconstitucionais”, tese que não é acolhida pelo Direito brasileiro;

(ii) no julgamento do HC n. 126.292, o STF fez “verdadeira alteração do texto constitucional”, ao criar um novo sentido para a expressão “trânsito em julgado”, o que aniquilaria a garantia de presunção de inocência.

Ao final, a OAB pede:

“a procedência da presente ação para declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.403/11, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, nos termos do art. 102, §2º, da Constituição”.

No curso destas duas Ações, foram admitidos como *amici curiae* as Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), a Defensoria Pública da União, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos (IDDD), o Instituto Ibero Americano de Direito Público, a Associação dos Advogados de São Paulo, Instituto dos Advogados de São Paulo e a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM).

A Advocacia-Geral da União defendeu a constitucionalidade do art. 283 do CPP.

Em outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de medida cautelar feito nos autos destas duas ADCs, que visava dar interpretação conforme à Constituição ao art. 283 do CPP, para excluir a possibilidade de que seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Os autos eletrônicos das ADCs n. 43 e 44 foram remetidos ao MPF, para parecer.

II – PRELIMINARES

II.A DA SUPERVENIENTE PERDA DE INTERESSE OU DE UTILIDADE DAS ADCs

II.A.1 DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria de fundo das ADCs n. 43 e 44 e deste parecer – a saber, a **compatibilidade do início do cumprimento de pena de prisão após a condenação em segunda instância, mas antes do trânsito em julgado, com o princípio constitucional da presunção de inocência** – mudou desde a promulgação da Constituição de 1988.

De 1988 até 2009, na vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal tinha jurisprudência firme e pacífica que autorizava o início de cumprimento da pena após a condenação em segunda instância, quando ainda pendentes de julgamento recursos especial ou extraordinário⁴, por entender que não havia ofensa ao princípio constitucional da **presunção de inocência**, inscrito no art. 5º-LVII⁵.

Em 05.02.2009, no julgamento do HC n. 84078/MG pelo Pleno, por maioria de 7 votos a 4, o Supremo Tribunal Federal adotou posição oposta e declarou inconstitucional a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em fevereiro de 2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP pelo Pleno, o Supremo Tribunal Federal restabeleceu a jurisprudência anterior, vigente desde o início da Constituição de 1988: esta decisão caracteriza, a um só tempo, virada jurisprudencial e mudança de paradigma na persecução penal no país.

4 No direito brasileiro, tais recursos não têm efeito suspensivo.

5 Estes precedentes são exemplo disso: no Plenário: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; na Primeira Turma: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel. Min. Carmen Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; e na Segunda Turma: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie.

Este novo precedente é apontado nestas duas ações diretas de constitucionalidade como origem de “controvérsia judicial relevante”, de que trata o art. 14-I da Lei n. 9868/99⁶. Segundo os requerentes, no HC n. 126.292 o STF autorizou o início do cumprimento da pena de prisão já após a condenação criminal em segunda instância, sem afastar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que expressamente exclui a possibilidade de executar penas de prisão antes do trânsito em julgado da condenação.

Ocorre que, **em dezembro de 2016**, ou seja, após o ajuizamento destas duas ADCs, o Plenário dessa Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, **em que reconhecida repercussão geral do tema, reafirmou o entendimento firmado no julgamento do HC n. 126.292, em acórdão assim ementado:**

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. **Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.**
2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Nesta decisão, a maioria dos votos examina a compatibilidade do art. 283 do CPP (questão central suscitada nestas duas ADCs) com o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena de prisão.

Estes votos confirmam a posição acolhida pelo STF meses antes, no julgamento da medida cautelar deduzida nestes autos⁷, de que *“não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da*

6Art. 14. A petição inicial indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; II - o pedido, com suas especificações; III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

7 Como relatado, em outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de medida cautelar feito nos autos destas duas ADCs, dando interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, para excluir a possibilidade de que esta norma legal seja interpretada para obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional; afinal, interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário”.

Ao tratar do art. 283 do CPP em seu voto, o Ministro Teori Albino Zavascki afirmou:

“As razões de meu convencimento, além daquelas constantes do julgamento do HC 126.292, foram ainda analisadas nos embargos de declaração no HC 126.292, submetidos a julgamento no Plenário Virtual do STF.

Eis os pontos mais relevantes:

(...) 2. As razões recursais evidenciam, claramente, que, quanto aos demais pontos, não há ambiguidade, omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada. O que se pretende é, na verdade, uma nova apreciação da matéria, para o que não se prestam os embargos declaratórios, cujo âmbito está delimitado pelo art. 619 do CPP. Pode-se, quem sabe, objetar que houve omissão consistente na declaração da inconstitucionalidade do art. 283, caput, do Código de Processo Penal, inserto no Título IX, que trata das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória. Mas nem essa objeção procede.

A dicção desse dispositivo, cujo fundamento constitucional de validade é o princípio da presunção de inocência, comunga, a toda evidência, da mesma interpretação a esse atribuída.

Assim, o controle da legalidade das prisões decorrentes de condenação sem o trânsito em julgado submete-se aos mesmos parâmetros de interpretação conferidos ao princípio constitucional. Equivale a dizer que a normatividade ordinária deve compatibilizar-se com a Constituição, dela extraindo fundamento inequívoco de legitimidade.

Aliás, a propósito da temática, o Ministro Roberto Barroso, em seu voto, bem sintetizou a questão ao afirmar que naturalmente, **não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau quando já há certeza acerca da materialidade e autoria por fundamento diretamente constitucional; afinal, interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.**

Sinale-se que esse dispositivo do art. 283 do CPP teve que conviver com o disposto no seu art. 27, § 2º, segundo a qual os recursos especiais e extraordinários (inclusive os criminais) devem ser recebidos apenas no efeito devolutivo. Esse dispositivo de lei foi, é certo, revogado pelo novo CPC (Lei 13.105/15), o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos (CPC, art. 995). A solução para permitir a convivência harmônica do art. 283 do CPP com os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para instâncias extraordinárias, sem reconhecer a revogação ou a inconstitucionalidade de qualquer deles (v.g. Lei de Execução Penal, arts. 105 e 147), foi essa adotada pelo acórdão embargado, como também já havia sido a da jurisprudência anterior ao 2008, do Supremo Tribunal Federal”.

(Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP)

O STF deixou claro, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, que vedar a execução provisória da pena deixa desprotegidos bens jurídicos cuja tutela foi constitucionalmente conferida ao Estado, como a vida e a segurança, o que não pode ser admitido. O Ministro Luís Roberto Barroso acentuou a ponderação predominante:

“Nessa situação, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça.

E mais: interditar a prisão quando já há condenação em segundo grau confere **proteção deficiente** a bens jurídicos constitucionais tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988.

Dessa ponderação decorre que, uma vez proferida a decisão condenatória de segundo grau, deve se iniciar o cumprimento da pena.

A prisão na hipótese decorre, assim, de fundamento diretamente constitucional, limitando a esfera de liberdade do legislador.”

Assim, ressalto que o objeto destas duas ADCs n.ºs 43 e 44 já foi **analisado e decidido** pelo **Pleno do STF** no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP.

Por tal razão, restou prejudicado o **interesse e a utilidade no controle concentrado de constitucionalidade por meio destas duas ADCs, quando tal exame foi feito pelo STF após o ajuizamento destas delas, ao julgar recursos extraordinário com repercussão geral reconhecida.**

Acrescento breves considerações sobre a natureza jurídica dos precedentes judiciais formados pelo STF em sede de controle de constitucionalidade de leis, segundo jurisprudência mais recente, quer na modalidade concentrada, quer na difusa. É o que será feito a seguir.

II.B A FORÇA DOS PRECEDENTES FORMADOS EM SEDE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (CONCENTRADO E DIFUSO) NO BRASIL

Até recentemente, a doutrina costumava apontar duas diferenças entre as decisões da Suprema Corte no controle concentrado e no controle difuso de constitucionalidade.

A primeira diferença provinha da própria natureza das decisões. Enquanto no controle concentrado o STF resolve questões jurídicas desvinculadas de um caso concreto (*a priori*), de forma objetiva e geral, como o pedido principal de uma ação originária (*principaliter tantum*); no controle difuso, resolve questões suscitadas em recursos extraordinários (*a posteriori*) considerando as peculiaridades do caso concreto, os interesses subjetivos das partes, de forma incidental (*incidenter tantum*).

A segunda diferença decorria da extensão dos efeitos vinculantes. Enquanto no controle concentrado a decisão judicial tem eficácia vinculante geral, no controle difuso tem eficácia vinculante *inter partes*. Neste último caso, haveria extensão *a terceiros* se a lei declarada inconstitucional tivesse sua eficácia suspensa por Resolução do Senado Federal, nos termos do artigo 52-X da Constituição.

Todavia, esta abordagem clássica tem sido progressivamente alterada.

A jurisprudência do STF aproximou a natureza e a extensão da eficácia vinculante de suas decisões nas duas modalidades de controle de constitucionalidade das leis. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirma, a propósito, que há uma tendência de "*dessubjetivação das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia inter partes*".

Ou seja, as decisões do STF no julgamento de recursos extraordinários ou no controle difuso de constitucionalidade, sempre que oriundas do Plenário, têm caráter objetivo, desprendido do caso concreto e de suas especificidades. O controle difuso de constitucionalidade, nesse passo, quando feito pelo Pleno da Suprema Corte, perde a marca tradicional do "controle concreto" (à luz das peculiaridades do caso concreto) para assumir a natureza de "controle abstrato", em que a questão jurídica é analisada em tese, ainda que de forma incidental⁸.

8 Mais uma vez, nas palavras do Ministro **Gilmar Mendes**, citadas por **Fredie Didier**:

"o recurso extraordinário deixa de ter caráter meramente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. (...) A função do Supremo nos recursos extraordinário - ao menos de modo imediato - não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

DIDIER JR., Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006. Pág. 122.)

O caráter objetivo dos acórdãos do Plenário no controle difuso de constitucionalidade torna-se mais nítido com a criação do instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários (*ex vi* do artigo 102-§3º da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004). É que, em razão deste requisito, apenas os recursos extraordinários que tratem de questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, são conhecidos pela Suprema Corte, dando origem a precedentes que resolvem questões jurídicas em tese.

Portanto, aquela primeira diferença tradicionalmente apontada entre as decisões da Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou em sede de controle difuso, qual seja, a natureza (objetiva ou subjetiva) de cada uma delas, já não subsiste. Desde a EC 45 de 2004, esta distinção tradicional, que se baseava na natureza objetiva ou subjetiva de cada uma delas, deixou de existir.

Tampouco subsiste a segunda diferença tradicionalmente apontada, qual seja, a extensão – *erga omnes* ou *inter partes* - da eficácia vinculante delas emanada. E por mais de um motivo.

Primeiro, a feição objetiva e definitiva das decisões do Supremo Tribunal Federal em arguições de inconstitucionalidade no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral – que em nada diferem das decisões em controle concentrado – é suficiente para dar-lhe eficácia vinculante *erga omnes*. Nas palavras de **Luís Guilherme Marinoni**:

“como a questão constitucional com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume outro status. Não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, estas poderiam ser tratadas de maneira diferente pelos tribunais e juízes inferiores. A ausência de efeito vinculante constituiria mais uma afronta à Constituição Federal, desta vez à norma do art. 102, § 3.º, que deu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de atribuir – à luz do instituto da repercussão geral – unidade ao direito mediante a afirmação da Constituição. Quer dizer, em suma, que o instituto da repercussão geral, ao frisar a importância das questões constitucionais com relevância e transcendência e, por consequência, demonstrar a importância do Supremo Tribunal Federal para garantir a unidade do direito, deu nova ênfase à imprescindibilidade de se ter as decisões da Suprema Corte como precedentes constitucionais dotados de eficácia vinculante”⁹.

9 Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios.

São praticamente idênticos os requisitos para alçar uma questão ao Pleno do STF nos modelos concentrado e difuso, de modo que não há razão substancial para diferenciar os efeitos das decisões tomadas em cada um deles.

A posição da Corte a respeito está claramente afirmada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes quando disse que “*a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental*”¹⁰.

Ao consolidar a autoridade dos precedentes no Brasil – que aproxima a ordem jurídica brasileira (de *civil law*, de tradição romano germânica) à ordem jurídica do *common law* –, a Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil) estabeleceu o caráter vinculante *erga omnes* da decisão que resolve recursos extraordinários com repercussão geral.

É o que consta dos artigos 489-§1º-VI¹¹, 927-I a III¹² e 988-§5º-II¹³ do novo Código de Processo Civil (CPC). Assim, atualmente, a decisão do STF que resolve recurso extraordinário com repercussão geral sobre constitucionalidade de norma tem efeito *erga omnes* e deve ser obrigatoriamente observada por todas as instâncias jurisdicionais do país.

O desrespeito por qualquer delas enseja reclamação constitucional.

10 Voto proferido pelo Ministro no julgamento da Reclamação n. 4.335-5/AC

11 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de **distinção** no caso em julgamento ou a **superação** do entendimento.

12 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

13 Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

§ 5º É inadmissível a reclamação:[\(Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016\)](#) (...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. [\(Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016\)](#)

Sob estas premissas, a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 964.246/SP, com repercussão geral, tem eficácia vinculante *erga omnes* (geral).

II.B.1 CONCLUSÃO: A SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO QUE RESOLVE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL PREJUDICA ADIN OU ADC AJUIZADAS SOBRE O MESMO TEMA

Feitas estas considerações, é de se concluir que a superveniência de decisão do STF que resolve recurso extraordinário com repercussão geral prejudica ação direta de constitucionalidade pendente de julgamento sobre o mesmo tema. Precisamente porque o objetivo das ações de controle concentrado de constitucionalidade é obter decisão com eficácia vinculante geral sobre a constitucionalidade das leis, o que é alcançável, como visto, pelo via do controle difuso, no julgamento recurso de extraordinário com repercussão geral.

No específico caso dos autos, a pretensão deduzida nas duas ADCs, de declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, foi satisfeita pelo superveniente julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, embora não no sentido pretendido pelos requerentes. No julgamento do ARE n. 964.246/SP, o STF, em decisão que tem eficácia vinculante *erga omnes* acerca do mesmo tema objeto das ADC, entendeu que o art. 283 do CPP não impede a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.

Diante disso, já não subsiste interesse ou utilidade no julgamento do mérito destas duas ADCs.

Eventual interesse ou utilidade remanesce apenas em relação aos efeitos, *ex nunc* ou *ex tunc*, da decisão do STF acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena.

Observe-se que o entendimento ora defendido – o de que a superveniência de decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, acarreta a perda do objeto de eventuais ADIN ou ADC ajuizadas sobre o mesmo tema – previne o sistema brasileiro de precedentes de perder sua lógica e coerência, evitando-se, por exemplo, que (i) a Suprema Corte tenha que analisar, de

modo sucessivo, questões constitucionais já resolvidas e que (ii) os controles concentrado e difuso de constitucionalidade sejam manejados de modo concomitante, na esperança de que o “insucesso” em um possa ser revertido quando do julgamento do outro.

Preocupação similar foi externada pelo Ministro Edson Fachin em seu voto no recente julgamento, pelo STF, das ADINs n. 3406 e 3470 (em que se discutia a constitucionalidade da extração do amianto). Confira-se trecho do informativo do STF em que foi noticiado o mencionado julgamento:

O Ministro Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim¹⁴.

Permitir o prosseguimento destas duas ADCs e o rejuízo do mérito equivaleria a permitir que, uma vez definido um determinado tema pelo STF em sede de ADIN ou ADC, eventuais recursos extraordinários com repercussão geral antes ajuizados fossem conhecidos e tivessem seu mérito apreciado pela Suprema Corte – o que, a toda evidência, afigurar-se-ia indevido.

Assim, com o advento da decisão que resolve o Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, deve ser declarada a **perda superveniente de objeto do mérito das ADCs**, com o seu consequente não conhecimento pela Suprema Corte.

II.C– PRELIMINAR 2 : NÃO CABIMENTO DA REVOGAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE (OVERRULING) FORMADO NO JULGAMENTO DO REA N. 964.246/SP

II.C.1 OVERRULING: PRESSUPOSTOS MATERIAIS

O eventual provimento destas duas ADCs significaria revogação do entendimento do STF no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP – do qual se originou precedente com eficácia vinculante *erga omnes*. Ocorre que a revogação deste tipo de precedente só ocorre em situações especiais, quando se esteja diante de hipótese em que

¹⁴ Informativo STF n. 886.

cabível o instituto da “superação do precedente” (*overruling*). Não é, todavia, o que ocorre no presente caso.

Com efeito, a revogação de precedentes vinculantes, de que é exemplo a decisão no ARE n. 964246/SP, somente pode se dar legitimamente por meio do *overruling*, técnica “através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente”¹⁵. A aplicação dessa técnica, por sua vez, deve observar pressupostos **materiais** (quanto às hipótese de cabimento – o “quando”) especiais.

Tais pressupostos derivam da própria lógica do **sistema de precedentes vinculantes** recentemente adotado no Brasil, voltado a conferir **estabilidade, unidade e previsibilidade** ao sistema jurídico pátrio.

De fato, **não haverá sistema estável, coeso e previsível se as Cortes Superiores não se submeterem a critérios especiais para revogar os seus próprios precedentes**. Aliás, *esta submissão é* a critérios diferenciados para revogação é justamente o que caracteriza a eficácia vinculante geral de que se revestem determinados julgados. Do contrário, trata-se de precedente comum, com eficácia meramente persuasiva (ou, o que é pior, de sistema de precedentes vinculantes despido de credibilidade e, assim, de efetividade e utilidade).

A doutrina mostra certa divergência a respeito dos **pressupostos materiais** do *overruling*. A jurisprudência do STF ainda é praticamente silente sobre o assunto, dada a escassez de casos de revogação de precedentes em seu histórico.

De todo modo, a doutrina acentua que, para que seja cabível a revogação, o precedente obrigatório deve, nas palavras de Melvin Eisenberg¹⁶, não mais corresponder aos padrões **(i) de congruência social**¹⁷, ou seja, revelar-se errado, injusto, obsoleto, agredindo o sentimento de justiça do cidadão comum, e **(ii) de consistência sistêmica**¹⁸, o que ocorre

15 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, v.2, p.456.

16Eisenberg, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press. 1998, p. 104.

17Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. (...). É possível dizer que as proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais (Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios).

18De outra parte, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões. Isso ocorre quando a Corte decide mediante distinções inconsistentes, chegando a resultados compatíveis com o do precedente, mas fundados em proposições sociais incongruentes. (Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios).

quando os seus fundamentos se mostrarem incompatíveis com os fundamentos afirmados em outros precedentes do mesmo tribunal ou de Tribunais Superiores. Estes são os pressupostos materiais básicos para o *overruling*¹⁹.

Adicionalmente, a incongruência e inconsistência devem ser **robustas o suficiente** a ponto de justificar o sacrifício dos valores que a preservação de precedentes vinculantes visa a proteger, ou seja, **a estabilidade, unidade e previsibilidade** do sistema jurídico correspondente. Trata-se, aqui, de ponderar se os benefícios possivelmente decorrentes da eventual revogação do precedente obrigatório superam os custos que isso causará à estabilidade, unidade e previsibilidade do sistema, **em um processo de ponderação que deve ser instruído por cautela e parcimônia, já que o uso indiscriminado ou precipitado do poder de revogar pode gerar dúvida sobre a real força vinculante dos precedentes, e, assim, provocar o descrédito do sistema jurídico.**

Vale mencionar os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni a respeito do atentado à estabilidade da ordem jurídica causado pela alteração indiscriminada de precedentes obrigatórios:

“Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. Pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais. Para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade porque constituem atos de poder. Ora, os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário”.

E continua Marinoni, agora a respeito dos valores - previsibilidade e unidade – que um sistema que respeita a autoridade de seus precedentes almeja proteger:

“A previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. Interessante notar, ainda, que a previsibilidade é relacionada aos atos do Judiciário, isto é, às decisões, mas garante a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos. Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania. (...).

19 “A superação de precedentes geralmente ocorre quando estes são socialmente incongruentes (e, portanto, não refletem a compreensão social sobre o que é justo) ou, ainda, quando são sistemicamente inconsistentes (porque conflita com outras normas, com outras decisões do órgão vinculante ou, ainda, com outras decisões reiteradamente proferidas pelas instâncias inferiores)”. (Mello, Patrícia Perrone campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Encontrado em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842>)

O sistema jurídico brasileiro, em tal dimensão, afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não tem sido capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Não obstante as normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal – respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de “afirmar” o sentido das normas constitucionais –, torna-se estarrecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira²⁰”.

Em suma, se, por um lado, um sistema de precedentes vinculantes engessado e imutável estaria fadado à falência por rapidamente se tornar obsoleto, um sistema que permitisse a revisão açodada e acelerada de seus precedente, por outro lado, estaria fadado ao mesmo destino por, também rapidamente, revelar-se despido de credibilidade e utilidade. O (difícil) equilíbrio entre a necessidade de se atualizar (diante de novos sentimentos sociais) e a capacidade de se manter (mesmo diante das oscilações de humor e opinião que marcam a realidade de qualquer corpo social, dinâmico por natureza) é o que parece fazer de um sistema de precedentes vinculantes um elemento realmente benéfico ao sistema jurídico e à sociedade que o adotam.

II.C.2 NÃO ESTÃO SATISFEITOS OS PRESSUPOSTOS MATERIAIS QUE JUSTIFICAM O OVERRULING DO PRECEDENTE VINCULANTE DO ARE N. 964.246/SP

Os pressupostos materiais necessários ao *overruling* do precedente vinculante oriundo do julgamento do ARE n. 964246/SP não estão presentes.

O precedente vinculante afirma que “*a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*”.

O Plenário do STF aprovou este precedente vinculante há pouco mais de um ano, após profundo e maduro debate e deliberação. Por sua importância, tem sido acompanhado pela sociedade civil. A revogação deste importante precedente em tão pouco tempo após sua

20 Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios.

instituição não favorece a garantia de um sistema jurídico estável e previsível: que são finalidades jurídicas próprias dos precedentes vinculantes.

Como já exposto, um sistema sério de precedentes vinculantes, comprometido com os valores da estabilidade, coerência e previsibilidade do direito, não pode permitir alteração ou revogação de modo indiscriminado ou precipitado, em função de fatores como mudança na composição do Tribunal ou insatisfação de setores da sociedade, pois pouco dizem sobre a justiça ou a adequação do precedente (ou, em outros termos, sobre a sua congruência social e consistência sistêmica).

Não há como sustentar que, pouco mais de um ano após a formação do precedente no ARE 964246, há razões contrárias a sua existência, seja quanto à congruência social, seja quanto à consistência sistêmica.

O fato é que a Constituição não exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Apenas exige o duplo grau de jurisdição como garantia da presunção de inocência. Este é o princípio básico do referido precedente vinculante.

Exigir o trânsito em julgado após o terceiro ou quarto grau de jurisdição para, só então, autorizar a prisão do réu condenado é medida inconstitucional, injusta e errada. Também favorece a impunidade e põe em descrédito a justiça brasileira, por perda de confiança da população em um sistema em que, por uma combinação de normas e fatores jurídicos, a lei deixa de valer para todos. O Ministro Luiz Fux, no julgamento do HC n. 126292/SP, afirmou:

“E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da "Ficha Limpa", quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral. Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela:

“[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos.”

Por outro lado, Konrad Hesse, na sua obra sobre "A Força Normativa da Constituição", com tradução escoreta do eminente Ministro Gilmar Mendes, na obra da Fabris Editor, afirmou:

"[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa."

O disseminado sentimento de injustiça, que gerava grande insatisfação social e descrédito no Poder Judiciário, foi considerado pelo Plenário do STF no julgamento do ARE 964246 (e dos processos que o precederam), à luz da Constituição de 1988. A Corte deliberou considerando a expectativa social de receber a proteção do Direito e a garantia da presunção de inocência. Em julgamento histórico, decidiu que o princípio constitucional da presunção da inocência não impede o início do cumprimento da pena de prisão após o esgotamento do duplo grau de jurisdição pela decisão do tribunal de apelação e antes do trânsito em julgado da condenação.

Os fundamentos deste precedente continuam congruentes socialmente e consistentes sistemicamente. São coerentes com a Constituição e a presunção de inocência. Conferem as condições necessárias para o precedente ser mantido.

Revogá-lo, mesmo diante de todos os fundamentos jurídicos que o sustentam, representaria triplo retrocesso:

- para o sistema de precedentes do sistema jurídico brasileiro, que, diante de julgado vinculante revogado menos de um ano após a sua edição, perderia estabilidade e seriedade;
- para a persecução penal no país, que voltaria ao cenário do passado, de baixa efetividade, sempre ameaçada por processos penais infundáveis, recursos protelatórios e penas prescritas; e
- para a confiança e credibilidade na Justiça, porque haveria restauração da sensação de impunidade que vigorava antes do julgamento do ARE n. 964.246/SP.

Diante da ausência dos pressupostos materiais necessários para a superação (*overruling*), o precedente vinculante formado pelo ARE n. 964246/SP deve ser mantido, com o conseqüente não conhecimento das presentes ADCs.

III – MÉRITO 1: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CPP

III.A DEFINIÇÃO DO OBJETO DESTAS ADCs

Os argumentos expostos nas ADCs n. 43 e 44 indicam que o seu objeto consiste em precisar se o art. 283 do CPP, segundo o qual *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*, é constitucional.

Extrai-se do art. 283 do CPP uma vedação à chamada execução provisória da pena privativa de liberdade. Os requerentes argumentam, nas respectivas ADCs, que tal vedação se legitimaria no princípio da presunção da inocência disposto no art. 5º-LVII da Constituição.

Entretanto, o modo como tal princípio constitucional impacta no exame da constitucionalidade do art. 283 do CPP é narrado de forma diversa em cada ADC:

- **na de n. 44**, defende-se que o art. 283 do CPP simplesmente repete o art. 5º-LVII da Constituição, de modo que não há como considerá-lo inconstitucional, sob pena de se admitir a existência de “normas constitucionais inconstitucionais”, tese que não é acolhida pelo Direito brasileiro;

- **na de n. 43**, defende-se que art. 283 do CPP traduz interpretação possível e razoável do princípio constitucional da presunção de inocência, realizada de acordo com a liberdade de conformação do legislador, nos limites da moldura normativa fixada pela Constituição, de modo que ele não padece do vício da inconstitucionalidade.

Ambas as teses estão incorretas, conforme restará demonstrado a seguir.

III.B O ART. 283 DO CPP E O ART. 5º-LVII DA CONSTITUIÇÃO TÊM CONTEÚDOS DISTINTOS

A tese, defendida na ADC n. 44, de que não há como reconhecer a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, porque esta seria mera repetição do art. 5º-LVII da Constituição, não resiste a uma análise literal singela. Enquanto o CPP estabelece que *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*, vedando, com isso, a prisão de natureza não cautelar antes do trânsito em julgado da respectiva condenação (execução provisória da pena), o preceito constitucional estabelece que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Percebe-se, sem esforço, que a Constituição estabelece proibição genérica ao preconizar que *“ninguém será tratado como culpado”* antes do trânsito em julgado da respectiva condenação. A lei processual foi além e, em redação mais específica, vedou a execução provisória da pena. Esta norma não é mero espelho da Constituição e, por conseguinte, a constitucionalidade do art. 283 do CPP não exsurge como mera decorrência direta e quase automática do art. 5º- LVII da Constituição.

Por isso, para definir se a lei é constitucional, há de se analisar se dá interpretação razoável e legítima ao princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º-LVII da Constituição (como sustenta a ADC n. 43), ou se extrapola e ofende preceitos constitucionais.

III.C O ART. 283 DO CPP DÁ INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL E LEGÍTIMA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PREVISTO NO ART. 5º-LVII DA CONSTITUIÇÃO?

III.C.1 CONTEÚDO ESSENCIAL DO PRINCÍPIO: O QUE ELE QUER DIZER?

Inicia-se o exame da questão com destaque para os marcos do princípio constitucional da presunção de inocência que influenciaram o legislador constituinte de 1988. São eles:

(i) a Declaração do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa de 1789, que, em seu art. 9-IX dispôs que

“Todo homem deve ser presumido inocente, e se for indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário (para submeter a pessoa), deve ser severamente reprimido por lei”.

Nessa previsão, o foco está em coibir o rigor desnecessário do poder de punir estatal, sendo ela uma reação contra as arbitrariedades no uso do processo penal pelo monarca, tão comuns à época.

Segundo Fernando Brandini Barbagalo, *“a presunção de inocência alterava a então existente presunção de culpabilidade quando era o próprio acusado quem tinha que comprovar sua inocência. Diante dos abusos e exageros comuns a essa inominada exigência à época, foi um avanço significativo”*²¹.

A ideia subjacente a esse dispositivo, considerado a primeira posituação do princípio na história²², tornou-se, dali por diante, um postulado universal, influenciando boa parte dos diplomas constitucionais que vieram a ser editados.

(ii) a Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, que, despida de caráter mandatário, estabelece a seguinte recomendação:

“Todo homem tem direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade seja provada de acordo com a lei, em julgamento público, com todas as garantias da defesa”.

Fixa marco temporal para que a presunção de inocência se desfaça (a saber: até que a culpabilidade seja provada de acordo com a lei), e o princípio passa a atuar como regra de prova, segundo a qual o ônus de se provar a responsabilidade penal cabe ao Estado.

(iii) a Constituição italiana de 1947, cujo art. 27 prevê que *“o acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”*.

Esta regra foi *“fruto de acaloradas discussões entre as duas correntes penais da época: uma que pretendia a inclusão da presunção de inocência no texto constitucional, e outra que preferia salientar sua contradição com a condição real do acusado no processo penal, a fórmula adotada pela Constituição italiana “pretendeu expressar um meio termo sobre as duas correntes de opinião”*²³.

É evidente a semelhança entre o art. 27 da Constituição italiana e o 5º-LVII da Constituição de 1988. Em razão disso, há autores que consideram que o texto

21Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais. Encontrado em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>.

22BATISTI, Leonir. Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

23Barbagalo, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais. Encontrado em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>.

italiano serviu de inspiração para o brasileiro²⁴, embora não haja registro expresso nesse sentido nos trabalhos da Assembleia Constituinte.

Estes três marcos no desenvolvimento histórico do princípio da presunção de inocência revelam o seu conteúdo essencial; que serve de parâmetro interpretativo do artigo 5º-LVII da Constituição.

Sob tais parâmetros, o princípio da presunção de inocência tem basicamente duas dimensões. A primeira delas, inspirada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, é a de funcionar como regra de prova, de modo que as consequências de eventual incerteza sobre a materialidade e autoria delitivas beneficiam o réu (*in dubio pro reu*), impondo uma carga material da prova às partes acusadoras. Segundo o Ministro Luis Fux, “o princípio da presunção da inocência, na vertente moderna, tem um significado diverso do mero adágio *in dubio pro reo*. A meu juízo, a melhor formulação é o *standard anglo-saxônico*, no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável, impondo, com acerto, um pesado ônus probatório à acusação. O exame histórico evidencia que o princípio da presunção da inocência está fortemente vinculado à questão probatória no processo penal²⁵.”

A segunda delas, influenciada pela Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, é de servir como regra de tratamento²⁶ do réu no processo penal, vetando-se antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, em situações práticas, palavras e gestos²⁷. Mais uma

24Nesse sentido, por exemplo, assevera Luiz Flávio Gomes que “Considerando que o texto italiano aqui enfocado constituiu a fonte de inspiração do dispositivo nacional semelhante, para sua exata compreensão era mesmo necessária a incursão que fizemos ao debate peninsular. Agora já sabemos porque nosso Constituinte evitou a utilização da locução ‘presunção de inocência’. Quis adotar uma postura “neutra”, asséptica, no que concerne à posição do acusado frente ao processo penal”. (Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência *in* Temas Atuais de Advocacia Criminal, São Paulo: Etna, 1996, p. 22.).

25 Trecho do voto proferido pelo Ministro no julgamento da ADC n. 30.

26 Quanto a essa dimensão, esclarece Weber Martins Batista, em ensinamento que já se tornou clássico: “De qualquer modo, qualquer que seja a redação, a regra vale tão-somente — e todos concordam nisso — como uma idéia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofra restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo ‘as garantias da plena defesa’”. Encontrado em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5863e/58681/58a8a?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>

27 “O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (HC 95.886, Relator Ministro **Celso de Mello**, Segunda Turma, DJe-228, de 4/12/09).

vez, conforme ensina o Ministro Luiz Fux: “*a presunção de inocência protege, nessa vertente, o processado de sofrer restrições desnecessárias a seus direitos antes de ser provada a sua responsabilidade criminal, ou seja, antes de ser julgado e sem ingressar aqui na questão da necessidade de este julgamento ser definitivo ou não.*”

A função de tratamento processual é nítida na presunção da inocência inscrita na primeira parte do artigo 5º-LVII da Constituição: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. A *contrario sensu*, são consentâneas com este princípio medidas que o Estado adote, no exercício do seu *jus puniendi*, em face do réu ainda não definitivamente condenado, que não equivalham a tratá-lo como culpado.

O que seria tratar alguém como culpado? Que tipo de tratamento dispensado ao réu pelo Estado seria afrontoso ao conteúdo essencial do 5º-LVII da Constituição, em sua dimensão de servir como regra de tratamento, por equipará-lo ao penalmente culpado?

No silêncio da Constituição, a lei pode dispor. Refletindo sobre esta questão, o ministro Gilmar Mendes esclarece que “*o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado **depende de intermediação do legislador**. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado (...). Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui²⁸*”.

Se é assim, ou seja, se, diante do silêncio do legislador constitucional, caberá à lei definir o que vem a ser tratar alguém como culpado para fins de incidência do princípio presunção de inocência, então poderia parecer, à primeira vista, que a previsão constante do art. 283 do Código de Processo Penal não passa de uma opção legítima do legislador ordinário de incluir no conceito de “tratar como culpado” a chamada “execução provisória da pena”. Sob essa ótica, a vedação de se executar provisoriamente a pena, na condição de uma

28 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC n. 126292/SP.

interpretação possível do art. 5º-LVII da Constituição, seria constitucional. Não é, todavia, o que ocorre.

III.C.2 PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: LIMITES PARA A LEI. VEDAÇÃO À PROTEÇÃO INSUFICIENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Ao regulamentar o princípio da presunção da inocência previsto no artigo 5º-LVII da Constituição, notadamente quanto às atividades do Estado que impliquem em tratamento do réu como culpado, ainda não definitivamente condenado, a lei deve equilibrar dois vetores **axiológicos** de igual relevância para o processual penal brasileiro: de um lado, o dever estatal de assegurar ao acusado seus direitos constitucionais fundamentais e, de outro, o dever estatal de conferir efetividade à tutela penal²⁹. Estes dois vetores vinculam-se às duas principais finalidades do direito penal: garantir a defesa individual e ser instrumento de persecução penal estatal.

A lei deve regulamentar as vedações no tratamento do réu entre estes dois vetores axiológicos.

Caso contrário, a lei será inconstitucional por afronta ao dever estatal de garantir o respeito a direitos fundamentais do réu, ou por ofensa ao dever estatal de dar segurança e proteger, mediante a tutela penal, bens jurídicos essenciais, como a vida, a dignidade da pessoa humana, a integridade física, entre outros, contra a ação de terceiros. Este dever está nos artigos 5º-*caput*, 6º-*caput* e 144 da Constituição.

Acerca do dever de proteção e segurança, “*considerada a infração penal como violação de um bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não somente lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta também a harmonia e a estabilidade indispensáveis à vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública*”³⁰.

29 Segundo Scarance Fernandes, a harmonização da presunção de inocência com a segurança pública é uma das tendências do direito processual penal contemporâneo, que busca o equilíbrio entre assegurar ao acusado a aplicação dos seus direitos fundamentais e dotar os sistemas persecutórios de maior eficiência para fins da segurança social. Nesse ponto, os direitos fundamentais da liberdade e da segurança conferem aos indivíduos o direito a que o Estado atue positivamente para estruturar órgãos e criar procedimentos que, concomitantemente, lhes deem segurança e lhes garantam a liberdade. (FERNANDES, 2008, p. 231-233).

Assim, o “*dever de garantir a segurança está, além de evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável.*” (Fischer, 2009, p. 4). Exatamente por isso, “*resta indubitosa a existência do direito da sociedade coletividade ao acesso à efetiva justiça penal (eficientes investigação administrativa e persecução judicial dos crimes perpetrados no seio social)*”. (Lima, 2015, p. 318)³¹.

Examina-se este dever pela lente da proteção insuficiente³² de direitos fundamentais sociais. Ao lado da inconstitucionalidade por excesso do Estado, a proteção insuficiente consiste em uma das faces do princípio da proporcionalidade³³.

Lênio Streck esclarece que “*a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à*

30 TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 163.

31 Kurkowski, Rafael Schwez e Piedade, Antonio Sergio Cordeiro. Justificação Constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 9, nº18, mai.-ago. 2017

32 Segundo Douglas Fisher, a expressão “proibição insuficiente” foi primeiro utilizada pelo jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris (Fisher, Douglas. Execução da Pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da Constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente).

33 Sobre o tema, vale citar a clássica lição de Ingo Sarlet: “A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, [...], um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, a. XXXII, n. 98, p. 107, jun. 2005).

*materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador*³⁴.

Por isso, a lei deve tanto regular o tratamento estatal dado ao réu que aguarda condenação definitiva, como garantir efetividade ao processo penal, sem ferir a presunção constitucional de inocência.

No limite, caso a lei amplie demasiadamente o que seja “*tratar alguém como culpado*”, toda e qualquer medida adotada em face de alguém durante a investigação ou na ação penal seria inconstitucional, já que em certa medida coloca o indivíduo no mínimo sob suspeita.

Canotilho e Moreira compartilham esta preocupação ao afirmarem que “*não é fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência do argüido. Considerado em todo o seu rigor verbal, o princípio poderia levar à própria proibição de antecipação de medidas de investigação e cautelares (inconstitucionalizando a instrução criminal em si mesma) e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade (o que equivaleria à impossibilidade de valorização das provas e aplicação e interpretação das normas criminais pelo juiz). Em sentido semelhante, René Ariel Dotti defende que “não é possível adotar uma interpretação literal desse direito-garantia, porque ela conduziria ao paradoxo frente às medidas cautelares de restrição de liberdades e direitos (busca e apreensão, interceptação de comunicações e dados etc.) e até mesmo diante das formas de prisão provisória adotadas pela generalidade dos sistemas processuais*³⁵”.

É inexorável que o processo penal seja integrado por medidas restritivas de direitos do investigado ou réu, que se justificam quando sobre ele pairam suspeitas que exigem investigação, para proteger direitos de terceiros. Se a lei vedasse a investigação ou a ação penal com base no caráter absoluto da presunção de inocência comprometeria a efetividade da tutela penal a ponto de levar à “*total inoperância do sistema, notadamente o criminal-constitucional*³⁶”.

34 STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra norma penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, a. XXXII, n. 97, p. 180, mar. 2005.

35 Encontrado em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rene-ariel-dotti/o-processo-penal-constitucional---alguns-aspectos-de-relevo-dp37vc8cc3yr3v4vgz1oxdkgv>.

36 Fisher, Douglas. Execução da Pena na pendência de recursos extraordinário e especial em face da interpretação sistêmica da Constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição do

Por isso, ao regulamentar o princípio da presunção de inocência, a lei não pode, a pretexto de protegê-la de modo absoluto, desproteger (ou proteger de modo insuficiente) direitos de outros, mediante a imposição de restrições ao *jus puniendi* que levem à ineficácia da tutela penal.

III.C.3 A VEDAÇÃO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA CONTRIBUI PARA A DISFUNCIONALIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

O artigo 283 do Código de Processo Penal, ao vedar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, extrapola a presunção de inocência após o duplo grau de jurisdição, que é a garantia do artigo 5º-LVII da Constituição, na medida em que, ao fazê-lo, põe em risco a eficácia da tutela penal, deixando desprotegidos outros bens jurídicos que o Estado deve proteger.

O complexo sistema recursal permite que, na prática, o condenado só deixe de apresentar recursos quando se “conformar” com a condenação, o que pode jamais acontecer ou tardar muito a acontecer. Por isso, tem sido a prática a interposição de novos recursos contra as sucessivas decisões no curso da ação penal, impedindo o trânsito em julgado da decisão condenatória. Veja-se um breve resumo disso³⁷:

- (i) todos os acórdãos condenatórios dos Tribunais brasileiros podem ser objeto de recursos para o STJ e para o STF.
- (ii) Caso tais recursos não sejam admitidos no tribunal intermediário, é cabível interpor agravo nos próprios autos (artigo 1.042, CPC), que o presidente do Tribunal intermediário não pode obstar, deve processar (artigo 1.042, § 2º, CPC) e remeter (nos próprios autos) ao STJ ou ao STF, para que a decisão sobre o não recebimento dos recursos especial ou extraordinários seja revista pelo Tribunal *ad quem* (STJ ou STF).
- (iii) Quando o réu entender que a decisão permite interpor simultaneamente recursos (especial e extraordinário), deverá apresentá-los conjuntamente. Se ambos forem rejeitados, deverá, igualmente, insurgindo-se, apresentar dois recursos de agravos (artigo 28, Lei n. 8.038/90 e artigo 1042, §6º, CPC). Entretanto, os autos inicialmente serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça

excesso e a proibição da proteção deficiente.

37 Barbagalo, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais. Encontrado em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>.

(artigo 27-§3º da Lei 8.038/90 e artigo 1031, *caput do CPC*), salvo quando a matéria constitucional for prejudicial ao tema tratado no recurso especial, caso em que será encaminhado o agravo (nos próprios autos) ao Supremo Tribunal Federal (artigo 27-§ 4º da Lei nº 8.038/90 e artigo 1031-§ 1º do CPC) para verificar a prejudicialidade e se ocorrer, decidir o recurso, para só então, encaminhar os autos de volta ao STJ.

(iv) Caso seja admitido o recurso especial, apenas após o seu julgamento e de todos os seus sucessivos recursos dentro do STJ é que os autos seguirão finalmente ao STF.

(v) rejeitado pelo Relator o agravo contra a decisão que inadmitiu os recursos, caberá agravo regimental para a Turma (artigo 28, § 5º, Lei n. 8.030/90 e artigo 1.021, CPC);

(vi) resolvida a questão pela Turma, poderão ser apresentados embargos de divergência (artigo 29, Lei n. 8.038/90 e artigo 1.043, CPC).

(vii) em qualquer destas hipóteses, sempre poderá ser apresentado embargos de declaração quando o réu entender que a decisão não é suficientemente clara, apresenta ambiguidade ou contradição (artigo 263, RISTJ).

(viii) Nesse ínterim, é sempre possível a apresentação de recurso de embargos de declaração contra decisão que analisou anteriormente o mesmo recurso (os chamados embargos dos embargos de declaração) desde que o fundamento seja distinto.

(ix) terminada a fase no STJ referente ao Recurso Especial e seus vários consectários, não havendo possibilidade de outros recursos nesse tribunal, determina-se a baixa dos autos para a execução da condenação.

(x) no entanto, se o réu tiver interposto conjuntamente o Recurso Extraordinário e o Especial, os autos deverão agora seguir ao Supremo Tribunal Federal para análise do agravo, e todo o caminho delineado acima pode ser repetido no Supremo: a possibilidade de agravo regimental com a denegação do agravo (artigo 317, RISTF), os embargos de divergência (artigo 330, RISTF) e sempre (decisões colegiadas ou monocráticas) os embargos de declaração (artigo 337, RISTF) e outros embargos de declaração.

Assim, “*constata-se que o sistema recursal brasileiro só encontra limite na capacidade (ou imaginação) do defensor do recorrente*”³⁸, e, ante às características do processo penal no país, não parece equivocado afirmar que as decisões condenatórias proferidas em seu curso são sempre passíveis de alguma forma de reexame. “*Por isso, Pimenta Bueno referido por Marques acerta ao dizer que a decisão condenatória penal nunca fará coisa soberanamente julgada, dito de forma mais simples, decisão (sentença ou*

38 BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais, p. 102. Encontrado em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-epub/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais/view>

acórdão) que condene alguém criminalmente, não faz coisa julgada material, pois nunca se tornará imutável, dado os diversos mecanismos de direito material (indulto, anistia, abolitio criminis) e processual (revisão criminal e habeas corpus) criados para alterar essa espécie de decisão”³⁹.

O sistema recursal brasileiro, ao permitir a interposição sucessiva de uma infinidade de recursos e outros mecanismos de impugnação da condenação, possibilita que o momento do trânsito em julgado⁴⁰ da decisão condenatória se protraia no tempo de modo quase infinito, a depender da disposição da defesa de recorrer.

Neste modelo recursal, a exigência – consectária da vedação da execução provisória da pena - de se aguardar o trânsito em julgado da condenação para, só então, executar-se o acórdão que determina a prisão do réu, conduz quase que inevitavelmente a duas consequências: ou a prisão do réu condenado (por ter de aguardar o trânsito em julgado) ocorre anos ou décadas após a prática do crime; ou nem ocorre por causa da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

No que tange à consequência de retardar a prisão do condenado para momento muito posterior à data do fato criminoso, são inúmeros os efeitos danosos para a jurisdição penal. Uma pena aplicada sem imediatidade, ou seja, muito tempo depois da prática do crime perde seu efeito inibitório, inclusive porque *“quando se julga além de um prazo razoável se está julgando um homem completamente distinto daquele que praticou o crime”⁴¹*. É atual a lição de Beccaria:

A presteza da pena é mais útil porque quanto mais curto o tempo que decorre entre o delito e a pena, tanto mais estreita e durável no espírito humano é a associação dessas duas ideias, delito e pena; de tal modo que imperceptivelmente se consideram uma como causa e a outra como efeito necessário e indefectível. Está demonstrado que a união das ideias é o cimento que forma o intelecto humano, sem o qual o prazer e a dor seriam sentimentos isolados e sem nenhum efeito⁴².

39 BARBAGALO, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais, p.98. Encontrado em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/plano-instrucional/e-books/e-books-epub/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais/view>

40 No Brasil, o trânsito em julgado” de uma decisão se dá com o esgotamento de todos os recursos possíveis contra ela.

41 LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 14.

42 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução: José Roberto Malta, São Paulo: WVC Editora, 2002, p.57.

O intervalo excessivo entre o fato e a pena equivale a dar uma resposta penal que não afasta a percepção de impunidade. A Constituição obriga a prestação jurisdicional célere, para ser efetiva.

O intervalo excessivo entre o crime e a pena, mesmo de réu já condenado por Tribunal, gera a percepção de que a lei penal não é aplicada, de que as decisões judiciais não são cumpridas, ou de que a Justiça não funciona. A propósito, disse Marcio Thomaz Bastos:

Não podemos ter uma resposta lenta ao ponto de, se os tribunais do júri de São Paulo trabalhassem todos os dias, fazendo um julgamento, levarmos dezenove anos para pôr a pauta em dia. E todos nós sabemos que hoje, em São Paulo, quando alguém comete um crime de homicídio, só vai ser julgado, provavelmente, se tudo correr normalmente, depois de cinco anos do seu cometimento. Isto, sim, é um estímulo à impunidade. Cria-se aquela sensação de anomia, de impunidade que, acredito, seja um fator de criminalidade. Se tivermos uma resposta firme do Poder Judiciário, criminal, acredito que haverá uma diminuição da criminalidade. O fato de a pessoa ficar solta durante muitos anos, depois de ter cometido um homicídio, leva a população a descreer na justiça e enfraquecer o fator de intimidação que a pena deve ter. Se tivéssemos um Judiciário de resposta rápida, em que a pessoa não ficasse cinco anos solta, mas apenas seis meses, e depois fosse julgada e presa, assim, teríamos um forte fator de dissuasão da criminalidade⁴³”.

O pior é que a exigência legal do trânsito em julgado da condenação conduz à prescrição penal, impedindo a própria execução da pena em parte significativa dos casos. É um fator de inoperância do sistema penal.

A prescrição da pena é muito frequente. Como a interposição de recursos para o STF e para o STJ não interrompe a prescrição, a exigência de trânsito em julgado para iniciar o cumprimento da pena aplicada pelo Tribunal tem conduzido à prescrição.

Um fator adicional de impunidade é a prescrição da pretensão executória, que começa a correr com o trânsito em julgado da condenação para a acusação (artigo 112-I do *Código Penal*), e tem como o seu primeiro marco interruptivo o início do cumprimento da pena (artigo 117-IV do *Código Penal*). Como a defesa pode interpor infundáveis recursos contra a condenação e protrair ao máximo o trânsito em julgado, não é difícil que a prescrição da pretensão executória ocorra se o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes for vedado.

A prescrição da pretensão punitiva na modalidade intercorrente, por sua vez, tem início com o trânsito em julgado da condenação para a acusação, e tem como marco final o

43Atas da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, p. 49 e 81, disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>, acesso em 8 de outubro de 2012 (destacamos).

trânsito em julgado para ambas as partes. Na prática, a defesa pode interpor infundáveis recursos contra a condenação e prostrar o trânsito em julgado da condenação. A defesa tem tido o incentivo de fazê-lo por saber que o réu não será preso enquanto o trânsito em julgado não ocorrer. Por isso, não é difícil que a prescrição da pretensão punitiva na modalidade intercorrente ocorra com frequência, à consideração de que o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes seria vedado.

Antes de 2016 (quando o STF aprovou o precedente vinculante e permitiu a execução provisória da pena), centenas de condenações penais prescreveram, depois de ter sido reconhecida a prática do crime e a culpa do réu (em geral após a condenação pelo juiz e pelo tribunal). Simplesmente deixou-se de dar cumprimento a tais condenações penais por causa da prescrição: ou seja, por demora processual. A sensação de impunidade e a descrença na Justiça em razão dessa constrangedora realidade são notórias.

As principais consequências advindas da vedação da execução provisória da pena após a condenação pelo tribunal são a resposta penal extemporânea (dada muitos anos após a prática do crime) ou a falta de resposta penal (face à prescrição). Ambas impedem o Direito Penal de cumprir o seu papel de inibir novos crimes e de punir os infratores, de modo que o Estado não cumpre bem seu papel de proteger bens jurídicos por meio do direito penal.

No desenho processual penal vigente no Brasil, o trânsito em julgado da condenação, na prática, só ocorre quando a defesa deixa de recorrer. Exigir que o início do cumprimento da pena de prisão dependa do trânsito em julgado conduz, inevitavelmente, a um sistema penal que ou pune tardiamente ou simplesmente não pune.

Com este perfil, o sistema torna-se disfuncional em um grau inaceitável, e sob duas óticas: primeiro, ele deixa de dar resposta adequada e suficiente aos crimes, deixando de tutelar bens jurídicos relevantes para a sociedade (função retributiva do Direito Penal); e segundo, ele deixa de produzir ameaça ou efeito intimidatório intenso e sério o bastante para inibir a prática de novos crimes (função inibitória ou preventiva do Direito Penal).

Ao exercer a função inibitória do direito penal, o Estado deve assegurar resposta eficiente para os crimes, senão perderá credibilidade como guardião de direitos fundamentais e ensejará impunidade. A percepção de impunidade pode estimular a prática de crimes.

A razão é simples. Estudos mostram que o processo decisório do sujeito que quer praticar crimes baseia-se em considerações de custo/benefício: simplificada, quando antevê que o proveito decorrente do crime (montante da vantagem econômica, por exemplo) supera os seus custos (calculados em função da pena prevista em lei para o crime e probabilidade de o sujeito ser por ele processado e punido), a tendência é que o sujeito queira delinquir.

O efeito “*deterrence*” (ou dissuasório) formulado por Gary Becker em sua Teoria da Escolha Racional⁴⁴ – que tem servido para o desenho de sistemas penais –, consiste em que, quando se deparam com a possibilidade de cometer crimes, sujeitos racionais⁴⁵ serão dissuadidos e deixarão de delinquir se o custo de punição esperado (“*expected punishment cost*”) superar os ganhos esperados (“*expected gain*”)⁴⁶ advindos do crime.

A probabilidade de o criminoso ser punido pelo seu crime é um importante fator para o sistema penal. Quanto maior essa probabilidade, maior deverá ser o efeito inibitório do sistema penal, para evitar a prática de novos crimes⁴⁷. A produção deste efeito inibitório –

44 “A aplicação dessa abordagem a questões jurídicas relacionadas à criminalidade começou no século XX com o artigo seminal de Gary Becker, “Crime and Punishment: an Economic Approach”, escrito em 1968, e tornou-se conhecida como Teoria Econômica do Crime. De acordo com essa teoria, a chave para a compreensão do comportamento criminoso está em assumir que a maioria das pessoas cometeria um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional. Nessa linha, algumas pessoas tornam-se criminosas não porque suas motivações básicas diferem das motivações das demais pessoas, mas por seus benefícios e custos diferirem. Essa abordagem faz ressurgir o debate entre os efeitos retributivos e dissuasivos das penalidades e pode ser resumido da seguinte forma: $E[U] = (1 - P) XU(R) - P X U(R - C)$ [1] Nessa equação, “E[U]” é a utilidade esperada individual decorrente do cometimento do ilícito; “p” é a probabilidade de punição, logo, (1 - p) é a probabilidade esperada de não ser punido. “U” é a função utilidade individual do agente; “R” é o ganho ou renda obtida com a atividade ilícita; e “c” é o custo de ser punido. (...) De acordo com esse modelo, quando a expectativa “E[U]” é positiva, o agente tem incentivos para cometer o ilícito, do contrário, ele não tem incentivos. Aqui a probabilidade e a magnitude da punição são os elementos-chave para a análise econômica do comportamento criminoso. A essa altura deve estar bem claro que, de acordo com a teoria, a atividade criminosa é altamente dependente dos fatores que influenciam a alocação de tempo entre atividades legais e ilegais (custo de oportunidade)”. Ribeiro de Alencar, Carlos Higino Gico Jr., Ivo. Corrupção e Judiciário: A (in) eficácia do sistema judicial no combate à corrupção no Brasil. Encontrado em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/28_2.pdf

45 Como se vê, trata-se de ideia que toma como pressuposto teórico o conceito de “homem racional”, o qual, apesar de ser alvo de intensas críticas por parte de estudiosos do campo da psicologia moral e da economia comportamental, certamente ainda merece ser levada em conta ao se analisar o efeito “*deterrence*” (dissuasório) produzido por sistemas penais. E mais: tal ideia permanece aplicável com uma boa margem de segurança quando se está diante de criminosos de “colarinho branco”. É que estes são mais propensos a agir de modo racional, à luz de avaliações ligadas ao custo benefício da sua conduta, quando se deparam com a oportunidade de auferir vantagens com a prática de crimes econômicos.

46 Becker, Gary. (1968). “Crime and Punishment: An Economic Approach”. The Journal of Political Economy 76: 169-217

47 “Outro elemento de fomento à corrupção é a impunidade. As pessoas na vida tomam decisões levando em conta incentivos e riscos. O baixíssimo risco de punição – na verdade, a certeza da impunidade – funcionava como um incentivo imenso à conduta criminosa de agentes públicos e privados. Superar este quadro envolve mudança de atitude, da jurisprudência e da legislação. (...) O enfrentamento da corrupção e da impunidade

diretamente vinculada à capacidade estatal de punir – é essencial para que o sistema penal funcione bem⁴⁸.

O sistema penal brasileiro tem sido analisado no âmbito internacional. A Comissão que acompanha a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção no Brasil afirmou:

[224] Cumpre salientar que, com exceção do representante da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),¹⁹⁷ todos os participantes da sociedade civil, inclusive os acadêmicos,¹⁹⁸ criticaram fortemente, durante a visita in loco, as conseqüências da existência de quatro instâncias judiciais no Brasil; todos consideraram que isso contribui, na realidade, para que uma sentença definitiva (inapelável) seja quase inalcançável, levando com frequência à prescrição das causas e, portanto, à impunidade dos acusados de atos de corrupção. Esses representantes da sociedade civil, bem como os membros do Ministério Público que participaram da visita in loco coincidiram em que era necessária uma reforma para dar mais eficácia ao STF, como a Proposta de Emenda Constitucional 15/2011.

(...).

[247] Em vista dos comentários formulados na referida seção, a Comissão sugere que o Estado analisado considere as recomendações seguintes:

5.4.1. Considerar a possibilidade de implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção (ver seção 5.2. do capítulo II deste relatório⁴⁹)

Por isso, o artigo 283 do Código de Processo Penal, no ponto em que veda a execução provisória da pena, é incompatível com a Constituição, cujos artigos 5º-*caput*, 6º-

produzirá uma transformação cultural importante no Brasil: a valorização dos *bons* em lugar dos *espertos*. Quem tiver talento para produzir uma inovação relevante capaz de baixar custos vai ser mais importante do que quem conhece a autoridade administrativa que paga qualquer preço, desde que receba vantagem. Esta talvez seja uma das maiores conquistas que virá de um novo paradigma de decência e seriedade” (Trecho do voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento do HC n. 126.292).

48 Especificamente no que tange ao crime de corrupção, estudo empírico realizado por Ivo Gico jr. E Carlos Higino Alencar demonstra que a chance de um servidor público corrupto ser efetivamente condenado criminalmente é de **3,17%**. À luz desses dados, eis as conclusões dos autores:

“Diante desses resultados, é possível afirmar-se que a eficácia do sistema judicial no combate à corrupção no Brasil é desprezível, o que apenas torna o controle administrativo ainda mais relevante. Como um agente racional está normalmente preocupado com “p”, isto é, a probabilidade de ser punido, e não com a probabilidade de ser meramente processado, decorre diretamente da teoria e dos dados levantados que, atualmente, há no Brasil enormes incentivos à realização de práticas de corrupção, pois o servidor provavelmente sairá impune. Nesse caso, a percepção popular está amparada por evidências empíricas”. (Ribeiro de Alencar, Carlos Higino. Gico Jr., Ivo. Corrupção e Judiciário: A (in) eficácia do sistema judicial no combate à corrupção no Brasil. Encontrado em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/28_2.pdf)

49 Mecanismo de Acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a corrupção. Relatório Final aprovado na sessão plenária de 14 de setembro de 2012. Encontrado em http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf

caput e 144 protegem direitos individuais do réu, mas não comprometem a funcionalidade do sistema penal no país, deixando desprotegidos bens jurídicos que o Estado deve proteger.

IV. MÉRITO 2: A EXECUÇÃO PROVISÓRIA NÃO CARACTERIZA EXCESSO ESTATAL

IV.A A PRISÃO APÓS DECISÃO CONDENATÓRIA DE TRIBUNAL OBSERVA O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O artigo 283 do Código de Processo Penal, no ponto em que veda a execução provisória da pena, ultrapassou os limites da presunção de inocência definido no artigo 5º-LVII da Constituição, e tornou ineficiente a persecução penal, deixando desprotegidos bens jurídicos que o Estado deve proteger. Esta norma fere a Constituição no ponto em que enseja proteção insuficiente de direitos fundamentais. Fere o princípio da proporcionalidade em sua vertente positiva, do qual derivam deveres de proteção.

É preciso destacar que a execução provisória da pena privativa de liberdade não caracteriza excesso do Estado. A prisão do réu condenado pelo tribunal observa o duplo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento recursos para o STJ e STF. Esta não é uma medida desproporcional e excessiva, hipótese em que ela poderia ser considerada inconstitucional por ofensa à proporcionalidade em vertente negativa, da qual resultam deveres de abstenção.

O cumprimento da pena de prisão aplicada por tribunal, com observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (inclusive as regras de prova e de tratamento, decorrentes da presunção de inocência) no exame dos fatos e provas não fere a presunção de inocência. Muito pelo contrário, ocorre após o esgotamento das únicas instâncias judiciais que, no sistema processual brasileiro, podem examinar fatos e provas.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE. 964.246, deixou bem claro que o juiz e o tribunal de apelação são as instâncias ordinárias (1º e 2º graus de jurisdição) que

examinam os fatos da causa, as provas da materialidade e da autoria do crime e decidem sobre a culpabilidade penal do réu.

O segundo grau de jurisdição é a última instância judicial em que as provas e os fatos são examinados. No tribunal de apelação, o réu tem sua última oportunidade de contestar as provas e os fatos que o ligam ao crime. Para condená-lo, sua culpabilidade deve estar comprovada, o que engloba a comprovação do fato típico e do vínculo que o liga ao fato. Definidos na decisão do tribunal, os fatos e provas não poderão mais ser reexaminados pelo STJ ou pelo STF ao resolver os recursos extremos (chamados na lei de recurso extraordinário e recurso especial), os quais só podem suscitar questões de direito.

Por isso, o réu que for condenado à pena de prisão pelo tribunal intermediário, é alguém cuja culpa já foi definida em caráter definitivo, afastando a presunção de inocência.

Pesquisas estatísticas que medem o índice de sucesso de recursos extremos da defesa em matéria criminal indicam que esse índice beira à insignificância.

No que tange aos **recursos extraordinários**, dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, revelam que o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu *“é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões”*.

Verificou-se que *“o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria⁵⁰”*.

Os dados são semelhantes em relação aos **recursos especiais** em matéria criminal interpostos pela defesa: a taxa de sucesso é muito pequena.

50 Dados extraído do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso quando do julgamento, pelo STF, do HC n. 126.292/SP.

Recente pesquisa⁵¹ feita pela Coordenadoria de Gestão da Informação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), divulgada pelos meios de comunicação, indica que em apenas 0,62% dos recursos especiais interpostos pela defesa houve reforma da decisão de segunda instância para absolver o réu; em 1,02% dos casos, as duas turmas de direito criminal do STJ substituíra a pena (de prisão para pena restritiva de direitos); e em 0,76% aplicaram prescrição da pretensão punitiva.⁵²

A pesquisa mostra que a prisão do réu condenado pelo tribunal dificilmente será revertida no julgamento dos recursos pelo STF ou STJ.

Poderá ocorrer, ainda que raramente, que a pena seja reduzida ou o regime prisional seja alterado no julgamento dos recursos extraordinário ou especial. Pode ocorrer substituição por pena restritiva de direitos, a provocar a revogação da custódia provisória. Essa possibilidade, todavia, nada diz com a presunção de inocência, pois trata do tamanho da pena. São dados que não levam à revogação do precedente vinculante do ARE nº 964.246/SP, que incide sobre uma realidade marcada por punição tardia ou por impunidade, com afronta ao dever de proteção definido na Constituição.

As situações excepcionais podem ser corrigidas no recurso especial ou extraordinário ou mesmo em *habeas corpus*, ocasião em que ao impetrante caberá demonstrar a plausibilidade de que sua pena seja reduzida (a ponto de alterar o regime de cumprimento da sua pena).

Tais situações não justificam a revogação do precedente vinculante. Para evitá-las, não é possível enfraquecer todo o sistema de persecução penal no país, com inúmeros prejuízos para a efetividade da Justiça, e, inclusive em detrimento da confiança que a população nela deposita. Vale dizer, o remédio, na tentativa de curar o paciente, não pode ser forte a ponto de matá-lo.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44, externa lição muito lúcida sobre este aspecto da questão:

51 Pesquisa em anexo.

52 Nesta pesquisa, foram examinadas decisões proferidas entre 1/09/2015 a 31/08/2017 pelos 10 Ministros que compõem as 5ª e 6ª turmas do STJ, no julgamento de recursos especiais e de agravos em recursos especiais.

“Não se ignora que em relação a algumas unidades da federação verificam-se taxas mais elevadas de sucesso nesses recursos, especialmente os interpostos perante o STJ. Também não se ignora que, como o sistema prisional é integrado majoritariamente pela parcela mais vulnerável da população, que estes acabem sendo de alguma forma atingidos. Porém, entendo que o problema decorre especialmente do fato de que Tribunais em algumas unidades da federação se mantêm recalitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (algumas vezes, até mesmo súmulas vinculantes). A situação é especialmente dramática em ilícitos relacionados às drogas, já que são responsáveis por 28% da população prisional.

Nesse cenário, penso que, em princípio, a questão não deve se resolver com prejuízo à funcionalidade do sistema penal (excluindo-se a possibilidade de prisão após a condenação em segundo grau), mas com ajustes pontuais que atinjam a própria causa do problema e que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores. É possível, por exemplo, pensar em medidas que favoreçam o cumprimento das decisões do STJ e do STF, como a edição de súmulas vinculantes em matéria penal nos casos em que se verificar maior índice de descumprimento de precedentes dos tribunais. Outra opção seria determinar ao CNJ a realização de mutirões carcerários com maior frequência nessas unidades federativas. Assim é possível até mesmo restabelecer-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que se perdeu no Brasil a partir do momento em que o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, aguardando-se que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Ainda assim, para evitar prejuízos aos réus, especialmente aqueles hipossuficientes, recomenda-se, nos casos em que se verificar tal índice de provimento desproporcional, a adoção, nos tribunais superiores, de jurisprudência mais permissiva quanto ao cabimento de habeas corpus que permita a célere correção de eventual abuso ou erro das decisões de segundo grau.”

Estes fundamentos mostram que, ao contrário do afirmado pelos requerentes, a execução provisória da pena de prisão não é desproporcional, nem levará injustamente à prisão réu cuja culpa ainda não esteja satisfatoriamente demonstrada. Muito ao contrário. É medida que observa a presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição e corrige a grave disfunção que acometia o sistema penal do país.

IV.B EFEITOS COLATERAIS DECORRENTES DA VEDAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA – RECURSOS PROTTELATÓRIOS, MOROSIDADE E SELETIVIDADE

A vedação à execução provisória da pena compromete a funcionalidade do sistema penal brasileiro ao torná-lo incapaz de punir a tempo, adequada e suficientemente o

criminoso. Também traz outras consequências indesejadas: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, a morosidade da Justiça e a seletividade do sistema penal.

O complexo sistema recursal penal brasileiro permite, na prática, que a condenação penal seja atacada por diversos, sucessivos e ilimitados recursos. O manejo estratégico, pela defesa, deste manancial de recursos adia o trânsito em julgado. Associados ao impedimento de execução provisória da pena, estes fatores resultam em prescrição e impunidade.

Diante disso, é grande o incentivo em recorrer contra a condenação penal, independentemente das chances de êxito. Tendo ou não razão, o recurso vinha evitando o trânsito em julgado e o início de cumprimento da pena, e era quase sempre alcançado pela prescrição. Não é difícil compreender, porque o Poder Judiciário brasileiro tem lidado com um vasto acervo de recursos protelatórios. O intuito protelatório dos recursos penais é revelado pelo baixíssimo percentual de êxito, como mostra a referida pesquisa.

Os meios materiais e humanos do Poder Judiciário são escassos. Os recursos protelatórios – aviados para retardar o trânsito em julgado da condenação e o início de execução da pena – diminuem a eficiência judicial, porque ocupa a sua capacidade de dar decidir celereamente. A resposta judicial adequada é a que cumpre a lei e seja célere.

Ao ocupar-se com a decisão de um grande acervo de recursos protelatórios, o Poder Judiciário demora a resolver conflitos verdadeiros.

Este quadro tem outro problema. Embora o sistema incentive recursos protelatórios, o fato é que nem os acusados têm condições financeiras para pagar os altos custos da interposição de recursos.

Fernando Brandini Barbagalo assinala:

“constata-se que essa espécie de recurso (especial e extraordinário) não é, e jamais foi utilizado pelas classes consideradas subalternas, muito menos em questões criminais. Prova disso, são as informações do próprio Supremo Tribunal Federal, **de que entre os anos de 2008 e 2011, foram conhecidos pelo Supremo, ressalte-se: conhecidos, apenas seis recursos extraordinários em matéria criminal interpostos pelas Defensorias Públicas dos Estados e da União.** Desnecessário dizer que as Defensorias Públicas são os órgãos que possuem atribuição constitucional para defender os representantes das “classes subalternas”.

(...)

Suponhamos que um estudo nesse sentido demonstre que apenas os componentes de uma classe mais abastada da sociedade façam uso frequente desses mecanismos recursais excepcionais. Não haveria nesse aspecto uma violação do princípio da igualdade visto que, sabidamente, as Defensorias Públicas possuem uma estrutura material e humana limitada?”

Ao julgar o *Habeas Corpus* n. 126.292, o Ministro Luis Roberto Barroso observou:

“a ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade **aproveita sobretudo aos réus abastados**, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária”.

Vedar a execução provisória da pena traz como efeito colateral indesejado uma situação que acentua a já existente seletividade do sistema penal brasileiro. Alguns poucos, com condições financeiras para pagar os custos de sucessivos recursos contra a condenação, logram livrar-se da sanção penal. Ao assim fazê-lo, todavia, estes poucos abarrotam o Poder Judiciário de recursos protelatórios, em detrimento dos vários outros jurisdicionados que aguardam uma resposta judicial para seus conflitos.

Os precedentes formados no *Habeas Corpus* nº 126.292 e no ARE 964.246/SP – que passaram a permitir a execução provisória da pena – vieram para, a um só tempo, corrigir a constrangedora e inconstitucional disfunção do sistema penal brasileiro, e torná-lo menos suscetível aos graves efeitos colaterais acima narrados.

V. OUTROS ARGUMENTOS E ALGUNS NÚMEROS

V.A O IMPACTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NA SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO PAÍS: PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Argumenta-se que a execução provisória da pena elevaria a superlotação carcerária.⁵³

Não há dados que embasem este receio. Ao contrário, recente estudo empírico mostra que *“a expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando no STF e STJ significaria um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional. Longe, portanto, de previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância”*⁵⁴.

Sobre o tema, a 2ª Câmara de Coordenação do MPF emitiu Nota Técnica n. 1/2017⁵⁵, da qual se extrai:

(...) a partir dos dados obtidos nos acórdãos do STF e do STJ, verifica-se que o impacto da execução provisória da pena no sistema carcerário é muito baixo.

11. A atuação perante o Superior Tribunal de Justiça corrobora os dados obtidos pela pesquisa. O que se observa é que a maioria dos réus respondem ao processo presos, em especial aqueles de menor escolaridade e menor condição econômica, que cometem crimes de tráfico, roubo, homicídio e furto.

12. Os dados da Reunião Especial de Jurisdição do Conselho Nacional de Justiça, de 2017, demonstram que 66% dos presos já estão condenados, enquanto 34% estão em prisão provisória.

13. Esse relatório também aponta que 29% dos presos provisórios respondem a ações penais pelo crime de tráfico de drogas.

14. Como cediço, o tráfico é o crime que mais demanda o Poder Judiciário, como demonstra o Relatório Justiça em Números de 2017, do Conselho Nacional de Justiça. Desse modo, tendo em vista a quantidade de presos provisórios pelo mesmo crime, pode-se inferir que **não ocorreu um aumento significativo no número de pessoas encarceradas em razão da execução provisória da pena, pois estes já se encontravam detidos.**

15. Por outro lado, a execução provisória da pena alcança outros crimes, nos quais, em geral, os réus respondem em liberdade e, posteriormente, é reconhecida a prescrição. Tais fatos podem ser explicados por se tratar de acusados que dispõem de melhores condições financeiras e, conseqüentemente, possuem assistência jurídica individualizada e bem capacitada. (...)

18. De fato, a prática demonstra que, especialmente nos processos originários de São Paulo, de onde provém a maior parte dos recursos para o STJ, é frequente que os

53 Por violar direitos fundamentais dos detentos, esta superlotação foi declarada inconstitucional pelo STF no julgamento da ADPF n. 347.

54 HARTMANN, Ivan A.; KELLER, Clara Iglesias; VASCONCELOS, Guilherme; NUNES, José Luiz; CARNEIRO, Leticia; CHAVES, Luciano; BARRETO, Matheus; CHADA, Daniel; ARAÚJO, Felipe; TEIXEIRA, Fernando. O Impacto no Sistema Prisional Brasileiro da Mudança de Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre Execução da Pena antes do Trânsito em Julgado no HC 126.292/SP: Um estudo empírico quantitativo. Disponível em: . Acesso em: 26 out. 2017.

55 Doc. em anexo

acusados por tráfico respondam ao processo presos, mesmo para pequenas quantidades de entorpecentes apreendidos. Ressaltam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que demonstram a situação narrada: HC 417.520/SP, HC 399.325/SP, 394.754/SP, HC 390.156/SP, HC 388.736/SP.

19. Quantitativamente, de acordo com os dados do Sistema Único, utilizado pelo Ministério Público Federal, São Paulo é o estado com mais processos criminais no STJ, como demonstra o mapa abaixo, relativo aos anos de 2015, 2016 e 2017: (...).

20. Já em relação aos assuntos dos processos, os dados do Sistema Único demonstram que os crimes mais frequentes para análise das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça são, respectivamente, tráfico de drogas, roubo e homicídio.

21. Desse modo, se o objetivo é a redução da população carcerária, não é a mudança de entendimento sobre a execução provisória que amenizará o problema, mas uma sensibilização de Magistrados e Desembargadores para que observem a jurisprudência dos Tribunais Superiores e evitem a imposição de regimes mais gravosos e prisões preventivas desnecessárias, em especial para os casos de tráfico de drogas em pequenas quantidades de réus primários.

Percebe-se, portanto, que os primeiros dados empíricos posteriores ao precedente vinculante do ARE 964.246/SP demonstram o baixo impacto que produziu na situação carcerária do país, cuja superlotação tem outras causas.

VI. PEDIDOS

Pelo exposto, requeiro:

(i) em preliminar:

(i.a) diante do precedente vinculante formado no Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, que seja declarada a perda superveniente de objeto das ADCs n. 43 e 44, com o seu conseqüente não conhecimento;

(i.b) o não conhecimento destas duas ADCs por ausência dos pressupostos materiais necessários ao *overruling* do precedente vinculante formado no julgamento do ARE n. 964246/SP.

(ii) no mérito, a improcedência de todos os pedidos feitos nas ADCs n. 43 e 44, em razão da inconstitucionalidade parcial do art. 283 do CPP, especificamente no ponto em que veda a execução provisória da pena.

Brasília-DF, 5 de março de 2018

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República