

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO, EMINENTE
RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 44 - SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - AASP (atos constitutivos e Estatuto Social anexos, doc. 01), por seu Presidente (doc. 02), nos autos da **AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE** acima mencionada, proposta pelo **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 133 da Constituição Federal e no artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99, requerer a sua admissão como *amicus curiae*, pelos seguintes motivos:

A Associação dos Advogados de São Paulo é entidade sem fins lucrativos, fundada em 1943. Dentre suas finalidades está a defesa dos direitos, interesses e prerrogativas de seus mais de **90.000** associados e dos advogados em geral e também “propor e intervir em medidas judiciais de caráter difuso, coletivo e individual homogêneo de qualquer espécie, em qualquer grau hierárquico e perante qualquer entidade pública ou privada, em benefício dos associados e dos advogados em geral” (artigo 2º do Estatuto Social).

É a maior entidade de adesão voluntária do continente e a única dessa natureza com filiados em todos os Estados do país.

A presente Ação Direta de Constitucionalidade discute a validade do artigo 283 do Código de Processo Penal em face dos efeitos do julgamento do HC n. 126.292/SP por essa e. Suprema Corte, que admitiu a execução provisória de sentença penal condenatória e causou enorme controvérsia jurisprudencial, provocando decisões e situações díspares que se multiplicam por cada Tribunal, cada comarca.

A ação foi proposta pelo Conselho Federal da OAB e pugna pelo reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e a consequente impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado.

O tema é extremamente relevante para a administração da justiça e, especialmente, para a advocacia. Assim, a admissão da AASP é pertinente, tanto pelo papel social atribuído à Advocacia no art. 133 da Constituição Federal, quanto pelas graves consequências do julgamento para o exercício do direito de defesa.

No julgamento do HC n. 126.292/SP, por maioria e em julgamento não submetido à reserva de Plenário (art. 97 da CF e Súmula Vinculante nº 10), esse e. Supremo Tribunal Federal decidiu que o princípio da presunção da inocência – ou da não culpabilidade –, inscrito no art. 5º, LVII da Carta Magna, não veda a prisão do cidadão antes de a decisão condenatória tornar-se definitiva.

Assim, em resumo, a chamada execução provisória não implicaria propriamente considerar o réu culpado, sendo possível a prisão antes mesmo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O art. 283 do CPP, contudo, **proíbe** de forma expressa a prisão (e não meramente que alguém seja considerado culpado), salvo nas hipóteses ali excepcionadas, antes da "sentença condenatória transitada em julgado".

O dispositivo legal, portanto, deve ser observado independentemente do disposto na CF, salvo se vier a ser declarado inconstitucional (observando-se a cláusula de reserva do plenário). Enquanto não alterado, deve ser observado, pois não há como norma ordinária mais protetiva contrariar a Constituição.

Conforme bem articulado na petição inicial, a r. decisão proferida no HC 126.292/SP é incompatível com o comando legal do Código de Processo Penal.

Vale lembrar que a redação do **art. 283** é recente (2011).

Recente e fruto de longa **evolução jurisprudencial** conduzida por essa e. Corte Suprema que, em anos de amadurecido debate público e reconhecendo a realidade do sistema penal brasileiro, consolidou como regra de tratamento derivada da **garantia constitucional** da presunção de inocência a impossibilidade da execução provisória.

Dessa maneira, Constituição Federal, Código de Processo Penal e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal combinaram-se **harmonicamente** para, em nítida orientação garantista, definir as "regras do jogo" para os milhares de cidadãos condenados criminalmente no país.

A mudança repentina súbita e inesperada das regras do jogo gerou situação de verdadeira **anomia**: a lei ordinária é clara, incontroversa e tranquilamente recepcionada pela Constituição Federal; milhares de processos criminais tramitaram sob essa perspectiva (da lei) e, repentinamente, foram colhidos pela possibilidade de mudança radical nas regras do jogo.

A **anomia**, no sentido do conceito introduzido por Durkheim, decorre tanto da ausência de normas, quanto do caos normativo. Aqui, verifica-se diante da proliferação de práticas fomentadas pelo precedente em tela, que abalam a almejada harmonia do sistema de justiça e, remetendo às lúcidas considerações do e. Ministro Celso de Mello no julgamento controvertido, promovem “inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista” (p. 16 do acórdão).

Para ilustrar o argumento, recentemente o e. Ministro Edson Fachin julgou Reclamação ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Maranhão, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que impediu execução provisória, nesses termos:

[...] Trata-se de reclamação formulada contra decisão, proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que deferiu a liminar para o fim de obstar execução provisória de pena privativa de liberdade decorrente de condenação criminal confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

No caso concreto, quanto à possibilidade da execução provisória de condenação criminal, o precedente invocado como violado trata-se de habeas corpus solucionado sob o prisma intersubjetivo, sendo que o reclamante não fez parte da relação processual.

Portanto, não há autoridade do Tribunal a tutelar [...] (Reclamação nº 23.535, rel. Min. EDSON FACHIN, 11.05.2016).

No e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região também há decisões contrárias à execução provisória, por exemplo:

[...] Não obstante, procede em parte a pretensão liminar. Registro, por oportuno, que a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292/SP, cujo acórdão ainda não foi publicado, não tem efeito

vinculante, servindo apenas de parâmetro para os demais órgãos do Poder Judiciário. Ademais, a análise do voto condutor (disponível na internet), proferido pelo Ministro Teori Zavascki, não faz referência ao **art. 283 do Código de Processo Penal, dispositivo ainda vigente no ordenamento jurídico**, cuja redação, dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, é: Art. 283. 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. (destaquei)

Esse dispositivo é claro no sentido de que a prisão decorrente de condenação depende, necessariamente, do trânsito em julgado [...] (TRF3, HC nº 0006327-77.2016.4.03.0000, rel. Des. Federal Nino Toldo, DJe 27.04.2016, grifos nossos).

A existência de um julgado do Pretório Excelso que ignora a regra do art. 283 do CPP e subverte construção jurídica de décadas, portanto, gera anomia, aqui exemplificada pelas decisões judiciais acima: hoje, um cidadão condenado criminalmente em segundo grau tanto pode ser tratado conforme manda o Código de Processo Penal, quanto fica exposto a entendimentos variados, todos influenciando em direito fundamental essencial: a liberdade.

Mas não é só.

Reconhecendo a importância das razões utilitaristas trazidas à discussão naquele julgamento, imperioso registrar que a subversão da regra do art. 283 do CPP trouxe mais disfuncionalidade ao sistema, cuja principal funcionalidade, pedindo perdão pelo truísmo, é produzir justiça.

Nos estreitos limites desse pedido de admissão, cabe apenas relacionar algumas razões utilitárias para demonstrar que os métodos de execução provisória que se espraiaram a partir daquele julgamento isolado não contribuem para a melhor administração da justiça.

Há juízes de primeiro grau promovendo “mutirões de encarceramento” regidos por critérios próprios, selecionando processos com pena aguardando julgamentos pelos Tribunais Superiores e ordenando prisões; há Turmas Julgadoras expedindo mandado de prisão tão logo a apelação é julgada; há Tribunais aguardando o juízo de admissibilidades dos recursos constitucionais; há uma enxurrada de medidas cautelares e *habeas corpus* endereçados ao Superior Tribunal de Justiça, etc.

Em suma, ampliou-se a seletividade do sistema penal e, portanto, as possibilidades de realizar injustiça.

Ainda, conforme o Código Penal (art. 117, V), após o acórdão condenatório a prescrição interrompe-se apenas “pelo início ou continuação do cumprimento da pena”.

Execução provisória não pode ser considerado início de cumprimento da pena, pois essa consideração - aqui sem qualquer espaço para controvérsia - violaria o preceito constitucional do art. 5º, LVII. Portanto, admitindo-se que a regra do art. 283 do CPP não tem validade, surge a possibilidade de prescrição da pena ocorrer enquanto cidadão está preso sob o *status* de executando provisório.

Prosseguindo, como admitir execução provisória nos processos em que o Tribunal aumenta a pena aplicada ou reforma sentença absolutória? Nessas hipóteses, a pena aplicada e sumariamente executada nunca terá sido submetida ao

contraditório, eis que os questionamentos quanto à dosimetria terão surgido a partir do acórdão.

Para rebater as estatísticas manejadas quanto ao baixo índice de provimento de recursos extraordinários, vale opor a vasta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e também dessa e. Suprema Corte em tema de dosimetria da pena: há significativa casuística de penas reduzidas pelas Cortes Superiores.

Havendo tempo para a devida discussão pública, a Requerente compromete-se a relacionar maiores dados nesse sentido, ficando aqui, apenas, o argumento apoiado na experiência cotidiana da representação de milhares de advogados.

Quanto às legítimas demandas por celeridade, há, de fato, casos patológicos cuja execução se arrasta por anos. Mas uma patologia não corrige outra. A regra geral de funcionamento do sistema penal e que atinge a maioria de sua clientela não é a demora excessiva, nem a impunidade: não à toa o Brasil tem a quarta maior população carcerária do planeta, com expressivo crescimento da taxa de encarceramento nos últimos anos.

Ainda quanto ao caos normativo, acrescente-se que nas milhares de ações penais em trâmite pelo país, jurisdicionados e defensores nutrem a **legítima expectativa normativa** de cumprimento da regra do art. 283 do CPP, consolidada a partir de entendimento da sua Suprema Corte.

A virada repentina na interpretação da regra (ou “contra a regra”) cria uma fenda no princípio democrático, especialmente porque, como dito acima, a regra vigente nasceu da evolução coordenada de Constituição, jurisprudência e lei (nessa ordem), mediante mecanismos de deliberação que integram a “definição

mínima de democracia” consagrada por Norberto Bobbio (*O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986, p. 19-20).

Com essa observação, a AASP deseja consignar que não desconhece a necessidade da discussão de reformas no sistema penal e, desde já, dispõe-se a empenhar todos os seus recursos nesse debate público.

Porém, mudanças dessa gravidade demandam deliberação mais profunda e em ambiente imune à instabilidade política vivida pelo país.

Nesse contexto, o e. Supremo Tribunal Federal é a arena pública preferencial para a discussão que, enfim, inicia-se com essa ação direta de constitucionalidade e há de prosseguir.

Ante o exposto, a **Associação dos Advogados de São Paulo** – AASP, requer a concessão da tutela de urgência para sobrestar a proliferação de decisões díspares e contrária à lei em situações que atingem liberdades individuais e a posterior procedência da presente ação, nos exatos termos articulado pelo Conselho Federal da OAB.

Ressalte-se que nos termos do que recentemente decidido na ADI 4395, em razão da relevância da intervenção de terceiros, “o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões admitindo o ingresso desses atores [amigos da corte] na causa após o término do prazo das informações (ADI 3474, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19.10.05), posteriormente à inclusão do feito na pauta de julgamento (ADI 2.548, de minha relatoria, DJ 24.10.05) e, até mesmo, quando já iniciado o julgamento, para realização de sustentação oral, logo depois da leitura do relatório, na forma prevista no art. 131, §3º, do RISTF (ADI 2.777-QO, Rel. Min. Cezar Peluso)” (Decisão do Min. Gilmar Mendes, DJ 11.09. 15).

Por fim, pede-se que o nome do advogado Leonardo Sica, inscrito na OAB/SP nº 146.104, seja anotado na contracapa dos autos, para que possa ser regulamente intimado de todos os atos praticados e decisões proferidas nestes autos.

Termos em que,

Pede Deferimento.

São Paulo, 14 de junho de 2016

Associação dos Advogados de São Paulo
Leonardo Sica
OAB/SP 146.104