



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

**EXMO. SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO, RELATOR DA AÇÃO
DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43**

Ação Declaratória de Constitucionalidade 43

A **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO** vem, por intermédio do Defensor Público Federal de Categoria Especial, que atua por delegação do Defensor Público-Geral Federal, apresentar manifestação na qualidade de **AMICUS CURIAE**, invocando os argumentos adiante expostos.

1. Do objeto do processo



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

A Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, proposta pelo Partido Ecológico Nacional – PEN -, veicula os seguintes pedidos: a) declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da recente opção do legislador (veiculada na Lei nº 12.403, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da condenação; b) subsidiariamente, 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; c) subsidiariamente, realização de interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, para se determinar que, enquanto perdurar o “estado de coisa inconstitucional”, na execução provisória da sentença penal condenatória, não se promova a prisão dos condenados, mas se apliquem, analogicamente, as medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal; d) subsidiariamente, determinação de que eventual pronúncia de inconstitucionalidade - cujo corolário é permitir a execução provisória da decisão penal condenatória de 2ª instância – produza somente efeitos ex nunc, abrangendo apenas (i) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, desta ação; (ii) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, do HC nº 126.292; e) subsidiariamente, caso sejam conferidos efeitos repristinatórios a eventual pronúncia de inconstitucionalidade, reabilitando-se a incidência do artigo 637 do Código de Processo Penal aos recursos que sirvam à



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

impugnação de decisões que impõem pena de prisão, a realização de interpretação conforme a Constituição desse preceito (art. 637 do Código de Processo Penal), para se determinar seja conferido efeito suspensivo aos recursos especiais, a serem apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, negando-se tal efeito apenas aos recursos extraordinários, a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação funda-se em controvérsia judicial que se originou do fato de o Plenário do STF, nos autos do HC 126.292, ter autorizado a execução antecipada da pena com o advento de decisão colegiada condenatória de segunda instância, antes, portanto, do trânsito em julgado da condenação, silenciando a respeito do conteúdo normativo do art. 283 do CPP, que, com base em decisão anterior firmada pelo STF nos autos do HC 84.078, exige o trânsito em julgado da condenação.

2. Das razões para a procedência da ação declaratória de constitucionalidade

2.1. Dos argumentos jurídicos

A posição da Defensoria Pública da União é pela exigência do trânsito em julgado para que se inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade.

A instituição pretende, com a presente manifestação, provocar reflexões a partir de dados colhidos de processos que acompanha no âmbito do STJ e do STF.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Não há a intenção de aprofundar a formulação de argumentos jurídicos, até porque são todos conhecidos dos eminentes Ministros e já foram, com propriedade, expostos pelo proponente.

Apenas a título de registro, o art. 5º, LVII, da Constituição da República, estabelece que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

Ora, em linhas gerais, a prisão apenas poderá ocorrer a título provisório ou com base na culpa formada. A primeira, que antecede o trânsito em julgado, exige fundamentação idônea, considerados os pressupostos e requisitos previstos em lei. A segunda, em discussão no presente processo, exige a formação de culpa, que, por sua vez, não prescinde do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de acordo com a regra constitucional.

Neste sentido, não há como afastar-se a conclusão singela de que a prisão baseada na culpa formada apenas poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Acrescente-se que há desproporcionalidade em admitir a prisão, baseada na culpa formada, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Deveras, a decisão adotada nos autos do HC 126.292, ao permitir a execução antecipada da pena privativa de liberdade, torna incoerentes os dispositivos legais que consagram, para o cumprimento de penas mais leves, como a de multa e a restritiva de



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

direitos, a exigência de trânsito em julgado para o início da execução (artigos 51 do Código Penal¹ e 147 da LEP²).

Sob o viés inverso, se permanecem hígidos os artigos 51 do Código Penal e 147 da LEP, que exigem o trânsito em julgado para o cumprimento das penas de multa e restritiva de direitos, não há como dispensá-lo para a sujeição antecipada à sanção mais gravosa – a prisão.

2.2. Dos dados colhidos pela Defensoria Pública da União e das respectivas conclusões.

A Defensoria Pública da União, a partir de dados colhidos no âmbito da instituição, sustenta a impossibilidade de se utilizar a decisão de segunda instância como título a autorizar a prisão.

A Defensoria Pública da União de Categoria Especial dispõe de 30 ofícios, titulados cada qual por um Defensor Público Federal, dedicados à atuação na área criminal perante o STJ.

¹ Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

² Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

A cada processo judicial corresponde, no âmbito da instituição, um Processo de Assistência Jurídica – PAJ. Os processos de assistência jurídica são criados e alimentados no Sistema de Informações Simultâneas da Defensoria Pública da União – SISDPU.

Iniciamos a pesquisa a partir de recorte temporal recente, a fim de dispormos de dados atualizados: 1/1/2015 a 15/6/2016.

Neste período, a partir do SISDPU, identificamos os casos de arquivamento dos processos de assistência jurídica vinculados aos 30 escritórios dedicados à matéria criminal perante o STJ. Foram selecionadas as hipóteses de arquivamento relevantes, assim discriminadas: “vitória parcial”, “vitória total”, “inviabilidade recursal”, “outros”, “processo extinto por questões processuais”. Estas hipóteses abrangem casos de vitória e derrota no âmbito judicial.

A partir destas hipóteses de arquivamento, ocorridas no período de 1/1/2015 a 15/6/2016, chegou-se aos processos judiciais correspondentes, que totalizaram 5.161, que foram devidamente examinados.

Este universo de 5.161 processos é composto por habeas corpus, recursos em habeas corpus, agravos de instrumento, agravos em recurso especial e recursos especiais.

Por lealdade metodológica, esclarecemos que, naturalmente, com a impetração exclusiva do HC no STJ, há o trânsito em julgado da condenação, a autorizar, por si só, o início do cumprimento da pena.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Não raramente, há a opção por parte da Defensoria Pública pelo habeas corpus substitutivo, considerados o significativo volume de trabalho e a simplificação na elaboração e admissão do *writ*.

Todavia, provimentos de interesse direto ao presente processo – reexame de pena e absolvição, especialmente a baseada no princípio da insignificância – podem, indistintamente, ser obtidos nos autos de recurso especial e de *habeas corpus*, por envolverem discussão de matéria infraconstitucional. Ademais, a cognição restrita que recai sobre as duas espécies de processos é semelhante.

Na origem, os feitos tramitaram pelos cinco Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça de todos os Estados da Federação, excetuados aqueles que mantêm representação da Defensoria Pública em Brasília para atuação nos Tribunais Superiores, como é o caso, principalmente, de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Pernambuco.

Definido o universo de 5.161 processos, que envolveram casos de vitória e derrota no âmbito judicial, promovemos o primeiro recorte de feitos em que se logrou todo e qualquer êxito judicial, total ou parcial, tais como a revogação de prisão provisória e a anulação de processos, que não estão diretamente relacionadas à matéria objeto da presente ação.

A partir deste primeiro recorte, que abrangeu processos com qualquer êxito judicial, total ou parcial, selecionamos os processos em que houve condenação em segunda instância, originária ou confirmatória, e em que, por diferentes razões, houve o



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

abrandamento, pelo STJ, da pena imposta em segunda instância, quer pela atenuação da própria sanção em termos de *quantum*, regime ou mesmo substituição, quer pela absolvição. Neste ponto, computamos 711 casos ou 13,77% do total de 5.161 processos examinados.

A Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal da Defensoria Pública da União dispõe de 2 ofícios dedicados exclusivamente à matéria criminal, que acompanham os inquéritos policiais, ações penais, habeas corpus e recursos em habeas corpus em tramitação nas duas Turmas. Outros 2 ofícios lidam esporadicamente com a matéria criminal no âmbito dos processos residuais (agravos de instrumento, agravos em recurso extraordinário, recursos extraordinários, reclamações).

O STF, em regra, não revisa a aplicação de pena ou admite a absolvição, especialmente a baseada na aplicação do princípio da insignificância, nos autos de agravos de instrumento, recursos extraordinários e agravos em recurso extraordinário, por se cuidar da aplicação de legislação infraconstitucional. Em razão disso, preocupamo-nos em examinar apenas os processos de assistência jurídica dos 2 ofícios dedicados exclusivamente a inquéritos policiais, ações penais, habeas corpus e recursos em habeas corpus.

De igual modo, estabelecemos um recorte temporal de 1/1/2015 a 15/6/2016.

A partir de hipóteses de arquivamento relevantes, que abrangem casos de vitória e derrota no âmbito judicial, identificamos 346 processos judiciais correspondentes, que foram devidamente examinados.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Definido o universo de 346 processos, que envolveram casos de vitória e derrota no âmbito judicial, nos autos de habeas corpus e recursos em habeas corpus, estabelecemos um primeiro recorte de feitos em que se logrou todo e qualquer êxito judicial, total ou parcial, tais como a revogação de prisão provisória e a anulação de processos, que não estão diretamente relacionados à matéria objeto da presente ação.

A partir deste primeiro recorte, que abrangeu processos com qualquer êxito judicial, total ou parcial, nos autos de habeas corpus e recursos em habeas corpus, selecionamos os processos em que houve condenação em segunda instância, originária ou confirmatória, e em que, por diferentes razões, houve o abrandamento, pelo STF, da pena imposta em segunda instância ou mesmo da pena imposta pelo STJ, quer pela atenuação da própria sanção em termos de *quantum*, regime ou mesmo substituição, quer pela absolvição. Neste ponto, computamos 28 casos ou 8,09% do total de 346 processos examinados.

Por lealdade metodológica, esclarecemos que, naturalmente, com a impetração do HC no STF, havia o trânsito em julgado da condenação, a autorizar, por si só, o início do cumprimento da pena. Todavia, a intenção do levantamento realizado no âmbito do STF foi, justamente, reforçar a fragilidade do título de segunda instância, com a indicação de hipóteses de abrandamento da pena e de absolvição que, a rigor, por envolverem a aplicação de legislação infraconstitucional e revelarem o provimento judicial justo, já poderiam ter sido reconhecidas pelo próprio STJ.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Diante desse quadro, a primeira conclusão que formulamos é a de que o título de segunda instância, que o STF pretende utilizar para nortear o início da execução da pena, não é dotado de suficiente confiabilidade para tal fim. Em outros termos, há acentuada incidência de casos em que, iniciando a execução da pena a partir dos parâmetros dados pelo título condenatório de segunda instância, sujeitar-se-á o réu a um excesso de execução. Em alguns casos, poderá ele vir a ser absolvido.

A segunda conclusão que formulamos, sob outra ótica, é a de que não há como deixar de aguardar o provimento judicial do STJ, antes do início da execução da pena, nas hipóteses em que há a interposição de recurso especial. Dessa forma, mesmo que, por mera hipótese argumentativa, não se venha a aguardar o trânsito em julgado, é imprescindível, ao menos, aguardar-se o trânsito em julgado do recurso especial interposto.

2.3. Da breve descrição de caso exemplificativo.

Para ilustrar com maior veemência as conclusões antes traçadas, registramos o caso observado nos autos do HC 338.684/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma do STJ, j. em 5/5/2016, DJE de 16/5/2016, que poderia, perfeitamente, ter sido observado nos autos de recurso especial.

O réu, que respondeu ao processo solto, foi condenado, em segunda instância, à pena de 4 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, sem substituição da



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

sanção corporal por penas restritivas de direitos, pela prática do delito de furto simples tentado, previsto no art. 155, *caput*, c/c art. 14, II, do Código Penal.

Por força da decisão adotada nos autos do HC 126.292, seria o réu imediatamente submetido ao regime inicial fechado com o advento da condenação de segunda instância.

Todavia, o STJ reconheceu a insignificância penal da conduta, a despeito da reincidência, porque ínfimo o valor da *res furtiva* (R\$ 17,00), correspondente a 2,73% do salário mínimo então vigente, e porque envolvido produto de higiene pessoal subtraído de uma loja de departamento de âmbito nacional.

A decisão adotada nos autos do HC 126.292 alimentou discrepâncias, na medida em que permitiu, mesmo em hipóteses extremas de absolvição baseada na aplicação do princípio da insignificância, o início do cumprimento da pena privativa de liberdade com o advento da decisão condenatória de segunda instância.

2.4. Da séria relutância dos Tribunais de segunda instância em adequarem seus julgados às orientações adotadas pelo STJ e pelo STF. Da manifesta contrariedade à jurisprudência do STJ e do STF.

O alto índice de alteração das decisões de segunda instância, antes apontado, demonstra que há uma séria relutância dos Tribunais em adequarem seus julgados às orientações traçadas pelo STJ e pelo STF.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Esta relutância, por vezes, manifesta-se como explícita contrariedade à jurisprudência uniforme do STJ e do STF.

Um exemplo significativo da manifesta contrariedade vem do Superior Tribunal Militar.

O Superior Tribunal Militar admite seja o réu processado pelo crime de deserção, de natureza propriamente militar, mesmo que venha a ser posteriormente excluído da Força (Correição Parcial 0000098-67.2016.7.01.0401, j. em 16/6/2016, publicado em 14/7/2016)³.

Este entendimento confronta antigo e reiterado posicionamento do STF, firmado no sentido de que a exclusão da Força impede o prosseguimento da ação penal em crimes de deserção, como exemplifica o HC 115.754/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 19/3/2013, DJE de 11/4/2013⁴.

³ CORREIÇÃO PARCIAL. MPM. DESERÇÃO. COMETIMENTO DE NOVA DESERÇÃO. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL. REFORMA DA DECISÃO A QUO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1. Em observância à Teoria da Atividade, adotada pelo Código Penal Militar, o fato de o agente ter sido excluído da Força em razão do cometimento de nova deserção durante o curso da Ação Penal em nada modifica a sua condição de militar no momento em que perpetrou o crime de deserção.
2. A ação penal para a apuração do crime de deserção é pública incondicionada e, nessa situação, a legislação penal militar tutela os pilares básicos das Forças Armadas, sendo vedado estabelecer outras condições de procedibilidade e de prosseguibilidade distanciadas da lei.
Pedido de Correição Parcial deferido. Decisão por maioria.

⁴ Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PROCESSO PENAL MILITAR. CORREIÇÃO PARCIAL. PRAZO DE CINCO DIAS PARA APRESENTAÇÃO. ART. 498, § 1º, DO CPPM. INTEMPESTIVIDADE. CRIME DE DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I - Esta Corte firmou o entendimento de que o prazo para a correição parcial é de cinco dias entre a conclusão dos autos ao juiz-auditor corregedor e o



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Paradoxalmente, o Superior Tribunal Militar revela-se rigoroso na observância da decisão adotada nos autos do HC 126.292, tal como demonstra, por exemplo, o Habeas Corpus 0000098-36.2016.7.00.0000, Rel. Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. em 23/6/2016, publicado em 10/8/2016⁵.

Portanto, em hipótese de manifesto descumprimento pelo STM da jurisprudência do STF, será o réu submetido à prisão com o advento da condenação de segunda instância.

Outro exemplo relevante vem do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

A Quinta Câmara Criminal daquele Tribunal de Justiça guarda decisões recentes no sentido de que o princípio da insignificância não é aplicável, por ausência de amparo legal, constituindo recurso interpretativo à margem da lei. Opõe-se, portanto, um óbice absoluto ao reconhecimento da insignificância penal das condutas, independentemente de suas circunstâncias. Neste sentido, os Embargos Infringentes e de Nulidade

protocolo da representação no Superior Tribunal Militar. Precedentes. II - A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Precedentes. III – Ordem concedida para cassar o acórdão do Superior Tribunal Militar que deferiu a correção parcial e determinar a extinção definitiva da ação penal.

⁵ HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO.

Conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da Sentença em Segunda Instância, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

In casu, a interposição de Recurso Extraordinário não tem o condão de impedir a execução provisória da sentença, visto que tal recurso não possui efeito suspensivo.

Ordem denegada. Decisão, por maioria.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

1.0284.12.000390-0/002, Des. Eduardo Machado, j. em 18/8/2016, publicado em 26/8/2016⁶.

No mesmo sentido, há decisões recentes da 6ª Câmara Criminal daquele Tribunal, tal como a Apelação Criminal 1.0720.13.000159-0/001, Des. Rubens Gabriel Soares, j. em 2/8/2016, publicado em 12/8/2016⁷, e da 7ª Câmara Criminal, haja vista a Apelação

⁶ EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - FURTO SIMPLES - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL - EMBARGOS REJEITADOS. - **O Princípio da Insignificância não encontra assento no Direito Penal Brasileiro, tratando-se de recurso interpretativo à margem da lei.**

⁷ EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - ABSOLVIÇÃO PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - INOVAÇÃO NÃO RECEPCIONADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO - CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE RELATIVA À MENORIDADE RELATIVA - RECONHECIMENTO - NECESSIDADE - DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - INVIABILIDADE - VEDAÇÃO LEGAL - REDUÇÃO DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, RECONHECIDA A CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. **01. Não há como acolher a pretensão defensiva de aplicação do princípio da insignificância, pois esse preceito não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro.** 02. O acusado menor de vinte e um (21) anos ao tempo do fato tem direito subjetivo ao reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade relativa (art. 65, inc. I, do Código Penal). 03. Nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, a pena privativa de liberdade fixada em quantum superior a um (01) ano deve ser substituída por uma (01) pena de multa e uma (01) pena restritiva de direitos ou, então, por duas (02) penas restritivas de direito, à critério do Juiz Sentenciante. 04. Constatando-se que a pena restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária foi imposta de maneira desproporcional às circunstâncias pessoais do apenado, de rigor o seu arrefecimento. (Des. Rubens Gabriel Soares).

v.v. STF - INÍCIO IMEDIATO DA EXECUÇÃO DA PENA - NÃO CABIMENTO - AUSÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE. 1. Não possui efeito vinculante a decisão extraída do HC 126.292/SP do STF, proferida em sessão plenária, em caso concreto. 2. Se a pena do réu foi substituída por restritivas de direitos, a guia de execução somente pode ser expedida após o trânsito em julgado (art. 147 da LEP). (Desa. Denise Pinho da Costa Val).



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Criminal 1.0024.15.201834-7/001, Des. Cássio Salomé, j. em 11/8/2016, publicado em 19/8/2016⁸.

⁸ EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE FURTO CIRCUNSTANCIADO E QUALIFICADO - REPOUSO NOTURNO - ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO-APLICABILIDADE - ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - DECOTE DA QUALIFICADORA - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - PROVA TÉCNICA INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DELITO, SALVO QUANDO DEMONSTRADA A IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA PERÍCIA OU O DESAPARECIMENTOS DOS VESTÍGIOS - PRECEDENTES DO STJ - DECOTE MAJORANTE DE REPOUSO NOTURNO - IMPOSSIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - REDUÇÃO DA PENA-BASE - POSSIBILIDADE.

- Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, por meio do robusto acervo probante, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas.

- O valor probante dos depoimentos prestados por policiais é igual ao de qualquer outra testemunha, ao teor do disposto no art. 202 do CPP, sendo que a condição de agente do Estado não retira a confiabilidade das palavras do agente.

- **O princípio da insignificância não encontra acolhimento no ordenamento penal pátrio, que é orientado pelos princípios da intervenção mínima e reserva legal.**

- Tratando-se de infração que deixa vestígios, impõe-se a realização do exame pericial para a comprovação da qualificadora do rompimento de obstáculo no crime de furto, nos termos do art. 158, do Código de Processo Penal, não podendo supri-lo a prova testemunhal ou mesmo a confissão do acusado, salvo quando demonstrada a impossibilidade de realização da perícia ou o desaparecimento dos vestígios. Precedentes do STJ.

- O ordenamento jurídico deve ser contemplado em sua inteireza e interpretado de modo a realizar os fins sociais das normas e as exigências do bem comum (art. 5º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Como as qualificadoras do crime de furto e a majorante do furto noturno não se mostram antagônicas, é perfeitamente possível a incidência de ambas em um mesmo caso concreto.

- O quantum da pena-base deverá quedar-se entre o mínimo e máximo cominado para o crime, e será definido conforme a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal.

- Havendo apenas uma das oito circunstâncias judiciais desfavorável ao agente, deve a pena-base ser estabelecida em patamar próximo ao mínimo legal.

V.V.

- A ausência de laudo pericial não obsta o reconhecimento da qualificadora de rompimento de obstáculo nos delitos de furto, se outros elementos constantes do arcabouço probatório atestam que o acusado, com a finalidade de subtrair a coisa, opôs-se materialmente à barreira de proteção dos bens.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Este entendimento confronta a orientação firmada pelo Pleno do STF, ao julgar os HHCC 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG, quando a Suprema Corte, entre outras diretrizes, privilegiou o exame do caso concreto para a aferição da insignificância penal da conduta.

Observe-se que, em diversas hipóteses, será o réu submetido ao cárcere com o advento de decisão de segunda instância que sequer avançará para o exame do caso concreto para a aferição da insignificância penal da conduta, a qual poderá vir a ser reconhecida no âmbito do STJ ou do próprio STF.

Diante da insistência dos Tribunais de segunda instância em confrontarem o STJ e o STF, não vemos como possa ser adotado o título de segunda instância como norte para o início da execução.

Mesmo que, por mera hipótese argumentativa, admita-se o início da execução com o advento do título de segunda instância, parece-nos imprescindível determinar-se aos Tribunais de segunda instância, incluído o STM, que, como boa prática judiciária, no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, obstem o cumprimento da pena até o trânsito em julgado, quando identificarem manifesta contrariedade entre a decisão do Tribunal e a jurisprudência do STJ ou do STF.

2.5. Das duas teses subsidiárias propostas pela Defensoria Pública da União e da medida de boa prática judiciária.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Reitere-se que a posição da Defensoria Pública da União é pela exigência do trânsito em julgado para que se inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Primeiro, em razão dos abundantes argumentos jurídicos que a sustentam.

Segundo, porque os dados produzidos pela Defensoria Pública da União atestam, de um lado, que o título de segunda instância não é dotado de suficiente confiabilidade para nortear o início da execução da pena e, de outro lado, que há acentuada incidência de casos em que, iniciando a execução da pena a partir dos parâmetros dados pelo título condenatório de segunda instância, sujeitar-se-á o réu a um excesso de execução, se não vier a ser absolvido.

Terceiro, porque há séria relutância dos Tribunais de segunda instância em adequarem seus julgados às orientações adotadas pelo STJ e pelo STF, o que, por vezes, acarreta manifesta contrariedade à jurisprudência destes últimos.

Nada obstante, a fim de contribuir para o debate, a Defensoria Pública da União formula duas teses subsidiárias, às quais se agrega medida de boa prática judiciária.

2.5.1. Da primeira tese subsidiária. Da exigência, para a prisão, ao menos, do trânsito em julgado do recurso especial.

De forma subsidiária, há de se exigir, para a prisão, ao menos, o trânsito em julgado do recurso especial.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Cuida-se de solução para a conclusão, traçada a partir dos dados antes apresentados, de que o título de segunda instância não é dotado de suficiente confiabilidade para nortear o início da execução da pena e, de outro lado, de que há acentuada incidência de casos em que, iniciando a execução da pena a partir dos parâmetros dados pelo título condenatório de segunda instância, sujeitar-se-á o réu a um excesso de execução, se não vier a ser absolvido.

Registre-se, neste ponto, também, em reforço, a séria relutância dos Tribunais de segunda instância em adequarem seus julgados às orientações adotadas pelo STJ e pelo STF e a disseminação de acalento, pelos Tribunais de segunda instância, de hipóteses de manifesta contrariedade à jurisprudência do STJ e do STF.

2.5.2. Da segunda tese subsidiária. Do início da execução a partir da decisão em segunda instância apenas nos casos de pena aplicada superior a 4 anos, para crimes dolosos, e de qualquer pena, para crimes culposos, descontando-se, para a definição do parâmetro de pena, o tempo de prisão provisória.

A Defensoria Pública da União submete à reflexão a proposta de que se inicie a execução a partir da decisão em segunda instância apenas nos casos de pena aplicada superior a 4 anos, para os crimes dolosos, e de qualquer pena, para os crimes culposos, descontando-se, para a definição do parâmetro de pena, o tempo de prisão provisória.

Esta solução conjuga os artigos 44, 33, § 2º, *c*, do Código Penal, e 387, § 2º, do



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Código de Processo Penal.

Em verdade, a legislação penal, quer na fixação do parâmetro objetivo de pena que enseja a substituição da sanção privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, quer na fixação do parâmetro que conduz ao regime inicial aberto, adota o montante de até 4 anos.

Neste sentido, há uma margem de penas aplicadas, de até 4 anos, que experimenta uma resposta penal mais branda, inclusive dispensando a sujeição à sanção privativa de liberdade.

Para estes casos, de menor repercussão penal, entendemos deva haver um tratamento diferenciado que abrande o rigor da execução a partir da decisão condenatória de segunda instância, exigindo-se, para eles, o trânsito em julgado.

2.5.3. Da medida de boa prática judiciária. Da determinação aos Tribunais de segunda instância, incluído o STM, para que obstem o início da execução, no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, em casos de manifesta contrariedade à jurisprudência do STJ e do STF.

Outra proposta apresentada pela Defensoria Pública da União consiste na expedição de determinação aos Tribunais de segunda instância, incluído o STM, para que obstem o início da execução, no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, em casos de manifesta contrariedade à jurisprudência do STJ e do STF.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Esta proposta advém, a partir dos dados apresentados, da conclusão a respeito do alto índice de alteração das decisões de segunda instância, a demonstrar uma séria relutância dos Tribunais em adequarem seus julgados às orientações adotadas pelo STJ e pelo STF. Funda-se, também, na exposição exemplificativa, antes realizada, a respeito da insistência dos Tribunais de segunda instância em trilharem caminhos de manifesto confronto à jurisprudência do STJ e do STF. Serve como mecanismo para minorar a insistência de alguns Tribunais de segunda instância em acalentarem oposição à jurisprudência do STJ e do STF.

Não se está diante, propriamente, de uma tese subsidiária, uma vez não se revela suficiente, se adotada de forma isolada. Cuida-se de medida de boa prática judiciária que deverá ser conjugada às teses subsidiárias antes expostas.

Esta proposta tem a virtude de empoderar os presidentes dos Tribunais de segunda instância, ou quem lhes faça as vezes, para que promovam a suspensão das execuções, nas hipóteses de manifesta contrariedade do próprio Tribunal à jurisprudência do STJ ou do STF, sem que se exija da parte a propositura de medida cautelar destinada à atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e/ou extraordinário.

A proposta contribui, neste sentido, para a manutenção da racionalidade do sistema, sem que, para tanto, seja exigida a utilização de medidas cautelares.

3. Dos pedidos.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF

5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Ante o exposto, **requer-se:**

a) a procedência da ação declaratória de constitucionalidade;

b) sejam adotadas as seguintes teses subsidiárias: i) exigir-se, para a prisão, ao menos, o trânsito em julgado do recurso especial; ii) admitir-se o início da execução a partir da decisão em segunda instância apenas nos casos de pena aplicada superior a 4 anos, para crimes dolosos, e de qualquer pena, para crimes culposos, computando-se, para a definição do parâmetro de pena, o tempo de prisão provisória;

c) cumulativamente às teses subsidiárias, seja adotada a medida de boa prática judiciária de expedição de determinação aos Tribunais de segunda instância, incluído o STM, para que obstem o início da execução, no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, em casos de manifesta contrariedade à jurisprudência do STJ e do STF.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 31 de agosto de 2016.

Gustavo Zortéa da Silva,
Defensor Público Federal de Categoria Especial.