



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

---

**EXCELENTÍSSIMO MINISTRO RELATOR DAS AÇÕES DIRETAS DE  
CONSTITUCIONALIDADE NºS 43 E 44 – MARCO AURÉLIO – SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** E A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, habilitadas nos autos das ADCs nº 43 e 44, vêm apresentar, para fins de contribuir para o debate, **MEMORIAIS** em conjunto, nos seguintes termos:

#### **1. BREVE SÍNTESE DOS FATOS**

Cuidam os autos de ações diretas propostas pelo Partido Ecológico Nacional - PEN (ADC nº 43) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (ADC nº 44) que visam a declaração deste Eg. Supremo Tribunal Federal de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Os pedidos se justificam em razão do entendimento firmado pela maioria dos Ministros do STF que, ao julgar em Plenário o *Habeas Corpus* nº 126.292, decidiram pela modificação da jurisprudência consolidada da Corte desde o



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

juízo de julgamento do *Habeas Corpus* n° 84.078, em 2009, segundo a qual a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória somente poderia ser decretada a título cautelar e nunca como antecipação da pena.

A discussão acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal está bem posta na inicial de ambos os requerentes e repisar os mesmos argumentos mostra-se desnecessário. Por isso, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, admitidas como *amici curiae*, pretendem propor, **caso não acatado o pedido principal a que aderem, outras soluções alternativas.**

Para tanto, a presente manifestação será dividida em 3 (três) partes: **(I)** na primeira delas, será feita uma análise sobre os fundamentos da decisão desta Eg. Corte quando do julgamento do HC n° 126.292; **(II)** a segunda parte demonstrará, por outro lado, os efeitos deletérios da referida decisão, sobretudo para a clientela usual do sistema penal, com a adesão aos pedidos subsidiários feitos pelo requerente da ADC n° 43; **(III)** na última parte, será proposta **a reparação do dano como condição para que se recorra em liberdade para as instâncias superiores**, de modo que se possa, de um lado, atender aos anseios da sociedade e da Corte na busca de uma justiça mais eficiente e redutora das impunidades, e de outro, evitar danos irreparáveis por prisões decorrentes de sentenças condenatórias passíveis de modificação, bem como impedir o aumento da população carcerária



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

num sistema de violação massiva e persistente de direitos fundamentais e, portanto, inconstitucional<sup>1</sup>.

## **I. A IMPUNIDADE E ABUSIVIDADE DO DIREITO DE DEFESA. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NA DECISÃO DO HC Nº 126.292.**

Preocupações com a impunidade seletiva e com a abusividade do direito de defesa permearam o debate no julgamento do HC nº 126.292 pelos Ministros deste Eg. STF.

Neste sentido, o E. Ministro Roberto Barroso resumiu no trecho inicial de seu voto as razões de ordem pragmática e que revelam inquietações sobre a problemática acima destacada:

“Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

- (i) Permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;
- (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os

---

<sup>1</sup> SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” (STF, Medida Cautelar na ADPF nº 347/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 09.09.2015).



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e  
(iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento”<sup>2</sup>.

As conclusões do Ministro Roberto Barroso foram corroboradas por seus pares, conforme se extrai das manifestações em voto dos Ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Gilmar Mendes:

“Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recurso meramente protelatórios são ainda incipientes”<sup>3</sup>.

“É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social – e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais – e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena”<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Voto do Ministro Roberto Barroso no HC nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, DJ 17.02.2016.

<sup>3</sup> Voto do Ministro Edson Fachin no HC nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, DJ 17.02.2016.

<sup>4</sup> Voto do Ministro Luiz Fux no HC nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, DJ 17.02.2016.



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

“E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediante do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade”<sup>5</sup>.

Todas essas inquietações não se dão fora de contexto. Com efeito, nas palavras do Ministro Roberto Barroso, *“o tema corrupção entrou no ‘radar’ da sociedade brasileira e tem potencial de melhorar o patamar ético do país”*<sup>6</sup>.

De fato, a sociedade tem se mobilizado e exigido que as instituições respondam com maior vigor no combate e punição aos conhecidos crimes de colarinho branco e que restrinjam a infinidade de recursos na Justiça que prolongam por vários anos o início de cumprimento da pena de prisão, muitas vezes interpostos por advogados de pessoas abastadas e que podem custear essa longa empreitada processual.

<sup>5</sup> Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC n° 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, DJ 17.02.2016.

<sup>6</sup> Palavras do Ministro no lançamento do prêmio JOTA INAC de combate à corrupção, em <http://jota.uol.com.br/jota-lanca-premio-de-combate-corrupcao-em-parceria-com-inac-e-new-york-university>



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Ministra Cármen Lúcia já havia se manifestado de maneira enfática sobre o tema quando em julgamento o decreto de prisão do senador Delcídio do Amaral no final do ano passado. Seguem as palavras da E. Ministra:

“Na história recente da nossa pátria, houve um momento em que a maioria de nós, brasileiros, acreditou no mote segundo o qual uma esperança tinha vencido o medo. Depois, nos deparamos com a Ação Penal 470 e descobrimos que o cinismo tinha vencido aquela esperança. Agora parece se constatar que o escárnio venceu o cinismo. O crime não vencerá a Justiça. Aviso aos navegantes dessas águas turvas de corrupção e das iniquidades: criminosos não passarão a navalha da desfaçatez e da confusão entre imunidade, impunidade e corrupção. Não passarão sobre os juízes e as juízas do Brasil. Não passarão sobre novas esperanças do povo brasileiro, porque a decepção não pode estancar a vontade de acertar no espaço público. Não passarão sobre a Constituição do Brasil”<sup>7</sup>.

Por ocasião do lançamento do Instituto de Diálogos Constitucionais – EDCon, o Ministro Roberto Barroso, em palestra, destacou que *“a ausência de um direito penal minimamente efetivo e igualitário funcionou como um estímulo a diversos tipos de criminalidade. Criamos um país no qual o crime frequentemente compensa. Isso vale, particularmente, para a chamada criminalidade de colarinho branco, universo no qual se situa o fenômeno da corrupção”*<sup>8</sup>.

E ao mencionar a orientação da Corte dada no HC nº 126.292/SP, concluiu que *“com atraso, mas não tarde demais, o Supremo fechou a porta pela qual escapavam*

<sup>7</sup> <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-11/crime-nao-vencera-justica-diz-ministra-carmen-lucia>

<sup>8</sup> <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?cat=5>



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

*corruptos em geral, mediante recursos procrastinatórios, interpostos às dezenas, adiando para sempre o cumprimento da pena ou provocando artificialmente a prescrição das condenações”<sup>9</sup>.*

Embora as preocupações externadas por alguns membros da Corte Suprema sejam legítimas e coerentes com o momento atual, algumas ponderações merecem ser feitas.

Neste sentido, as Defensorias Públicas do Rio de Janeiro e de São Paulo, como instituições que viabilizam a defesa do *status libertatis* dos necessitados, clientela usual do processo penal<sup>10</sup>, trazem para o debate considerações sobre outra realidade, bem diversa daquela na qual se insere os chamados crimes de colarinho branco. É o que se passa a expor nesta segunda parte da presente manifestação.

## **II. EFEITOS COLATERAIS DA DECISÃO DO HC Nº 126.292/SP PARA A CLIENTELA USUAL DO PROCESSO PENAL. ASSISTIDOS DA DEFENSORIA PÚBLICA.**

O entendimento firmado pela maioria dos Ministros desta Eg. Corte Suprema quando do julgamento do HC nº 126.292/SP, suscitou grande preocupação entre os Defensores Públicos da área criminal.

<sup>9</sup> <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?cat=5>

<sup>10</sup> As expressões são do professor Daniel Sarmiento em parecer proferido nos autos do recurso extraordinário nº 855.810/RJ, da Relatoria do Ministro Dias Toffoli, no qual se aguarda decisão acerca do pedido de reconhecimento da repercussão geral sobre o tema admissibilidade do *habeas corpus* coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. Segue o trecho original: “diante da constatação de que o braço penal do Estado tem uma clientela bem definida, dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas e concentrando sua atuação repressiva sobre os socialmente marginalizados, não se pode ignorar que a Defensoria Pública é, por excelência, a instituição que viabiliza a defesa do *status libertatis* dos necessitados”.



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

---

A par das considerações dogmáticas sobre a questão, já exaustivamente tratadas pelos requerentes desta ADC e as que DPRJ e DPSP aderem, existem dados estatísticos que comprovam que a decisão do STF no HC n° 126.292/SP atingirá, de forma negativa, inúmeros réus que não se enquadram no contexto fático que permeou o debate na sessão plenária desta Corte em 17.02.2016, tornando-os **vítimas colaterais** da nova orientação acerca da execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

De acordo com análise dos dados apurados nos meses de fevereiro, março e abril de 2015, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo observou que cerca de 60% dos recursos especiais, e 25% dos agravos em recursos especiais interpostos obtiveram resultados positivos no Superior Tribunal de Justiça.

Foram analisados 635 processos. Dos 302 recursos especiais, 177 tiveram resultado positivo, mesmo que parcialmente ou por concessão de ordem de habeas corpus de ofício, em questões relativas à dosimetria da pena, aplicação de regime e até mesmo absolvição. Dos 333 agravos em recursos especiais, 84 também tiveram resultados positivos sobre as mesmas questões.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro analisou 1.476 processos nos quais foi requerente junto ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, entre março de 2014 e dezembro de 2015<sup>11</sup>. As classes analisadas foram as seguintes:

---

<sup>11</sup> Esses 1.489 processos referem-se a uma parcela das intimações do STJ e STF recebidas pela Defensoria Pública no seu escritório de representação em Brasília entre março de 2014 e dezembro de 2015. No órgão de





**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

*habeas corpus*, recursos em *habeas corpus*, recursos especiais e agravos em recursos especiais.

Destes 1.476 processos, 896 requeriam a absolvição, redução na quantidade da reprimenda, atenuação do regime inicial de cumprimento de pena e/ou substituição por uma pena restritiva de direitos. Os demais se referiam à execução criminal, ato infracional, nulidades no curso do processo, ilegalidades nas prisões provisórias etc.

Destes 896 processos, 42% eram recursos especiais ou agravos em recursos especiais. O restante referia-se a *habeas corpus* ou recursos em *habeas corpus*.

Em seguida, foram analisados os resultados desses 896 processos, com base nos seguintes resultados: (i) positivo, quando há algum pedido deferido ou por concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício; (ii) negativo, quando nenhum pleito foi aceito ou nenhuma ilegalidade reconhecida; (iii) inadmissível, quando a matéria de fundo não foi analisada; (iv) prejudicado, quando houve a perda de objeto (exemplo: prescrição, morte do réu, litispendência etc).

Neste universo, verificou-se que 49% dos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* tiveram resultado positivo, com impacto, portanto, na liberdade

---

atuação junto aos Tribunais referidos há 4 (quatro) Defensores Públicos que trabalham na área criminal e dividem as intimações recebidas por dias da semana. Portanto, tal parcela de processos analisadas correspondem às intimações recebidas somente pela Defensoria Pública signatária deste memorial. Deve ser destacado que os processos não são divididos por classes, turmas do STF/STJ ou matéria, mas apenas por dias da semana em que as intimações são recebidas. Trata-se, portanto, de uma pesquisa por amostragem. Não constam da referida lista processos ainda sem decisão de mérito no STJ e cujo requerente não é a Defensoria Pública.



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

---

dos paciente/recorrentes, já que atenuavam, quantitativa ou qualitativamente, a pena imposta pelas instâncias inferiores. Dentre os recursos especiais e agravos em recursos especiais, esse percentual foi de 41%.

Foram analisados ainda os REspS e AREspS que, com resultado positivo, absolveram ou reformaram a dosimetria. Destes, 53% atenuaram o regime ou reconheceram a ilegalidade do regime fixado pelo Tribunal de Justiça, ou seja, nestes casos, os réus estavam em estabelecimento prisional inadequado.

Além disso, em 7% dos casos foi substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (ou reconhecida a ilegalidade da decisão do TJ que afastou a substituição).

Assim, é possível concluir que o início da execução da pena a partir do acórdão do Tribunal local, que condene ou confirme a condenação de primeira instância, causará danos irreversíveis para parcela considerável dos condenados recorrentes.

Isso significa que pessoas ingressarão no sistema carcerário já superlotado quando sequer deveriam estar lá, ou ingressarão em regimes mais rigorosos do que deveriam, ou ainda, que ficarão mais tempo presas do que o devido.

A problemática da prisão ilegal até foi aventada por alguns Ministros quando do debate da matéria no Plenário do STF e algumas soluções



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

foram suscitadas, como a possibilidade de impetração de *habeas corpus* ou o ajuizamento de medida cautelar para dar efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário.

Neste sentido, vale citar trecho do voto do Ministro Teori Zavaski:

“Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação dos acusados”<sup>12</sup>.

Da mesma forma, ressaltou o Ministro Edson Fachin:

“Para sanar essas situações, como bem ressaltado no voto do eminente Relator, há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeitos suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *habeas corpus*, que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, são concedidos de ofício por esta Suprema Corte”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Voto do Ministro Teori Zavaski no HC nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, DJ 17.02.2016.

<sup>13</sup> Voto do Ministro Edson Fachin no HC nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, DJ 17.02.2016.



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

---

Ocorre que na prática tais medidas não se apresentam eficazes para evitar o dano decorrente do encarceramento indevido.

Para que o ajuizamento da medida cautelar é necessário que antes o Tribunal de origem receba o recurso especial, pois é improvável que a própria Corte local conceda a medida liminar em recurso que combate sua própria decisão.

No universo total dos processos analisados, 253 eram *habeas corpus* com resultado positivo para absolver, reduzir pena, atenuar regime e/ou substituir a reprimenda por outra diversa da privativa de liberdade. Mas em apenas 16% dos casos, a liminar foi deferida, ou seja, na imensa maioria dos *habeas corpus* a tutela da liberdade não foi garantida de forma urgente.

O quadro parece que não seria diverso caso a defesa se utilizasse da medida cautelar para dar efeito suspensivo ao recurso especial. Aqui foram analisadas as medidas cautelares ajuizadas pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, já que não é praxe da Defensoria Pública a utilização da referida medida, diante da usual impetração de *habeas corpus*.

Foram analisadas 87 medidas cautelares ajuizadas pelo MPRJ para dar efeito suspensivo ao recurso especial, que em quase sua totalidade cuidavam de jurisprudência já pacificada nos Tribunais Superiores. Em que pese as liminares, em geral, sejam deferidas pelo STJ, o tempo médio entre a data do acórdão da Corte local e a decisão da Corte Especial foi de 169 dias, ou seja, mais de 5 (cinco) meses.



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

---

Neste cenário, o réu aguardaria cerca de 5 (cinco) meses preso até que fosse proferida uma decisão, em sede liminar, que suspendesse o recurso especial interposto, garantindo-lhe o direito de aguardar o julgamento em liberdade.

Portanto, em que pese sejam legítimas as inquietações dos Ministros desta Corte com a impunidade e utilização recursos meramente protelatórios, também o é a preocupação da Defensoria Pública com os danos sofridos por seus assistidos que, ao iniciarem o cumprimento da pena de prisão desde o acórdão do Tribunal de Justiça, vierem, em sede de recurso especial/agravo em recurso especial, a serem absolvidos, ou terem suas penas reduzidas, ou o seu regime de cumprimento atenuado, ou ainda a reprimenda privativa de liberdade substituída por outra restritiva de direitos.

Neste sentido, vale citar o caso da condenada Mariana que teve a pena reduzida, o regime atenuado e substituída a reprimenda de prisão por uma sanção apenas restritiva de direitos (ex: prestação de serviço à comunidade) no agravo em recurso especial nº 414.562/RJ. Inicialmente condenada a pena de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão em regime inicial semiaberto, sem direito à substituição de pena, o Superior Tribunal de Justiça reduziu a pena para 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, atenuou o regime para o aberto e ainda substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A ré, que respondia ao processo solta, poderia, segundo a decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 126.292, ter sido presa a partir do acórdão da Corte estadual que negou provimento à apelação da defesa e que foi prolatado



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

em 06.02.2013. Restaria presa até 02.05.2014 (data em que proferida a decisão do STJ), ou seja, por aproximadamente 1 (um) ano em regime ilegal por pena privativa de liberdade quando, em verdade, fazia jus ao cumprimento da reprimenda através de uma prestação de serviço à comunidade.

Esse quadro revela que a presunção de não culpabilidade não deve restringir-se ao binômio absolvição/condenação, pois questões outras, sobretudo as que se referem à quantidade da pena, ao regime inicial de cumprimento desta e/ou sua substituição por outra restritiva de direitos, também causam impacto direto na liberdade dos condenados.

A culpabilidade não apenas cuida de saber se o processado é culpado ou não (sentido mais amplo que culpabilidade como elemento do crime), mas também qual o limite da pena a ser imposta. Ela, portanto, é elemento presente na sentença condenatória como *“qualidade do fato punível, isto é, reprovação do autor pela realização do tipo de injusto”* e também como *“quantidade de reprovação, isto é, como medida da pena criminal, apenas determinável no processo intelectual trifásico de aplicação da pena, com base nas circunstâncias judiciais, nas circunstâncias legais e nas causas especiais de aumento ou de redução de pena”*<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal, Parte Geral, v. 1, 21ª edição, 2015, p. 437. O mesmo autor destaca também que: *“Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, que precisa ser liminarmente esclarecido. Em primeiro lugar, a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade – como elemento da determinação ou medição da pena. **Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade**, aliada, é claro, a outros fatores, como importância do bem jurídico, fins preventivos*



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, a sentença condenatória que reconhece, inicialmente, a existência de um crime e identifica seu autor, em seguida também determina qual a punição devida, qualitativa e quantitativamente, para caso concreto. O magistrado, portanto, decide o tipo de pena (multa, prisão simples, detenção, reclusão etc), dosa a quantidade temporal dessa punição e ainda estabelece a forma como será cumprida (regime fechado, semiaberto, aberto, prestação de serviço à comunidade, pena pecuniária etc).

Contudo, esse segundo aspecto da condenação, que se refere à dosimetria da pena, foi ignorado na decisão do STF no HC nº 126.292, tal como pode-se extrair do voto do Ministro Teori Zavascki, Relator do HC nº 126.292:

“É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado (...). Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória”.

O mesmo raciocínio foi seguido pelo Ministro Roberto Barroso, conforme do seguinte trecho de seu voto: “No momento em que se dá a condenação do réu

---

etc. E, finalmente, em terceiro lugar, ou seja, como identificador e delimitador da responsabilidade individual e subjetiva”.



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

*em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas”.*

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux também afirmou que: “O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores”.

Vê-se, dessa forma, que a culpabilidade como limite da pena foi ignorada, para apenas considerá-la no seu aspecto de elemento do crime.

Em outro trecho, o Ministro Relator do HC nº 126.292 conclui que: “os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teria, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado”.

A afirmação de que os Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão da culpa é apenas parcialmente verdadeira. Pois, o debate da culpa no seu aspecto de limitador da punição faz parte da rotina destes Tribunais, especialmente no STJ, guardião da lei federal e que regulamenta o processo de dosimetria da pena. E que se verifica pelos números aqui apresentados é que a discussão da culpa nos Tribunais Superiores tem, em grande parte dos processos, modificado a situação do sentenciado, com efeitos diretos sobre sua liberdade.





**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

A lei federal se assemelha a um manual de instruções de como o magistrado deve proceder para quantificar e qualificar a pena a ser aplicada ao condenado. Então, por se tratar de matéria regulada por lei federal, a dosimetria da pena é questão de direito e que pode e deve ser conhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como ensina Fredie Didier Jr. E Leonardo Carneiro da Cunha, “*o STJ desempenha função primordial de interpretar e preservar a legislação federal infraconstitucional, além de ter o papel de uniformizar a jurisprudência nacional quanto àquela mesma legislação, em decisões paradigmáticas*”<sup>15</sup>.

O STJ é, portanto, o guardião da lei federal. Por isso mesmo é competente para corrigir ilegalidades presentes no processo de aplicação da pena pelas instâncias inferiores. Essa Corte especial não é apenas competente, como realiza este mister, em sede de recurso especial, de forma rotineira<sup>16</sup>.

Desta feita, embora o STJ não possa conhecer dos recursos especiais que cuidam de matéria de fato e, por isso, não discute a culpa no seu aspecto de elemento do crime, por ser o guardião da lei federal, tem a missão constitucional de preservar a idoneidade do processo de aplicação da pena.

---

<sup>15</sup> Fredie Didier Jr. E Leonardo Carneiro da Cunha, Curso de Direito Processual Civil, 11ª ed., v. 3, p. 326.

<sup>16</sup> Ainda Fre Fredie Didier Jr. E Leonardo Carneiro da Cunha, Curso de Direito Processual Civil, 11ª ed., v. 3, p. 325: “*O Superior Tribunal de Justiça mantém a função de interpretar a legislação infraconstitucional, corrigindo ilegalidades cometidas no julgamento de causas, em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça*”.



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Portanto, suas decisões geram efeitos substanciais e diretos na liberdade de pessoas já sentenciadas.

Assim sendo, uma modulação possível da decisão deste Eg. STF dada nos autos do HC nº 126.292 é permitir a execução provisória da pena a partir do julgamento do recurso especial ou agravo em recurso especial.

Tal modulação proposta, e presente num dos pedidos subsidiários do autor da ADC nº 43, não apenas deve se dar em razão da interpretação das normas constitucionais de competência do STJ, mas também por força do elevado índice de provimento de recursos especial e agravos em recursos especiais com efeitos diretos na liberdade dos condenados.

Assim sendo, a conclusão do Ministro Roberto Barroso, no julgamento do HC nº 126.292, de que *“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, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas”*, está ancorada em premissas equivocadas, já que desconsideram os números do STJ.

A alta taxa de provimento dos recursos especiais e agravos em recursos especiais alerta para uma preocupação apontada pelo Ministro Marco Aurélio:



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

---

“O que se deve definir é se podemos agasalhar, no campo penal – em jogo a liberdade de ir e vir –, as duas espécies de execução: a execução definitiva e a provisória. O que prevalece – e ninguém tem dúvida quanto a isso – no campo patrimonial? Se o recurso possui o tríplice efeito – o primeiro de obstaculizar a coisa julgada, o segundo, o devolutivo e o terceiro, o suspensivo –, não cabe qualquer tipo de execução. Se o recurso possui apenas os dois primeiros efeitos, é possível, com as cautelas próprias, a execução dita provisória e portanto precária. Mas, os atos de constrição esbarram na garantia do juízo ou na caução a ser prestada pelo exequente sequioso de acionar o título judicial.

**Isso ocorre porque é possível o retorno ao *statu quo ante*, retornar-se ao estado anterior. Indago: presente a liberdade de ir e vir, perdida a liberdade de ir e vir, vindo o título condenatório a ser alterado mediante recurso, há como se devolver ao condenado a liberdade perdida? Não. Ter-se-á, a meu ver, campo para acionar-se garantia constitucional a revelar caber indenização no caso de prisão à margem da ordem jurídica”.**

Frente a tais dados, bem como diante do já reconhecido, pelo STF, estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário na ADPF n° 347, haverá uma multiplicação de ações indenizatórias contra o Estado pelo aprisionamento ilegal, conforme autoriza o entendimento desta mesma Corte Suprema, firmado nos autos do RE n° 592.581.

Além do caso da condenada Mariana, acima citado, também ensejaria indenização frente ao Estado, o caso de Marcus Vinicius. Este foi condenado em primeira instância por tráfico privilegiado a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, em regime aberto, e substituída por uma prestação de serviços a comunidade. Ao dar provimento à apelação do Ministério Público, o Tribunal de



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Justiça local aumento a reprimenda para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, fixou o regime fechado e cassou a substituição da pena.

Caso a execução da pena tivesse sido iniciada a partir do acórdão do TJRJ, Marcus já teria cumprido toda a pena devida, já que após 2 (dois) anos, o STJ, em recurso especial (REsp 1.406.062/RJ), restabeleceu a pena original de 1 (um) ano e 8 (oito) meses em regime aberto.

Assim como Mariana e Marcus Vinicius, em inúmeros outros casos, o tempo de pena encarcerado jamais seria devolvido e as consequências deletérias do aprisionamento indevido também nunca seriam apagadas.

### **III. UMA SOLUÇÃO CONCILIATÓRIA. A NECESSIDADE DE REPARAR O DANO PARA RECORRER EM LIBERDADE.**

Como observado acima, há uma especial, mas legítima, preocupação da maioria dos Ministros do STF com a impunidade dos chamados crimes de colarinho branco. Neste sentido, destacou o Ministro Roberto Barroso, no julgamento do HC nº 126.292, que *“a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (e.g., corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (e.g., lavagem evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivos aos piores”*.

Contudo, a realidade é que a clientela habitual do sistema penal responde, em sua maioria, por crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas. Nos



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

processos analisados, o percentual foi de aproximadamente 50%. E para estes casos, as cadeias brasileiras mostram que a impunidade é um mito<sup>17</sup>.

O problema, portanto, é que ao utilizar-se da execução provisória da pena para resolver a questão da impunidade nos crimes de colarinho branco, que representam uma parte muito pequena no universo dos processos criminais, ignora-se a avalanche de injustiças que se produzirá contra os que já sofrem as agruras de um sistema seletivo. A solução proposta pelo STF é uma bomba atômica para matar uma erva daninha.

Neste contexto, a Defensoria Pública propõe uma solução, em caráter subsidiário aos pedidos já feitos pelas requerentes, que, ao ponderar todos os interesses em discussão, apresenta-se como uma via a atender aos legítimos interesses da sociedade de ver finalmente punidos aqueles que se locupletam do dinheiro público sem causar, por outro lado, ainda mais danos à clientela habitual do sistema penal.

Trata-se de **impor a reparação do dano, nos crimes contra a Administração Pública, como condição para o réu que deseje recorrer, em liberdade, às instâncias superiores.** Como já destacado pelo E. Ministro Roberto

---

<sup>17</sup> Segundo dados nacionais do DEPEN, 65% dos casos de encarceramento referem-se aos crimes de tráfico e crimes patrimoniais. Além disso, o Brasil ocupa a 4ª posição no ranking de maior população carcerária do mundo e de 1990 a 2014 o crescimento foi de 575% (<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>).



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Barroso, a parte verdadeiramente severa nestes tipos de crime é a de natureza pecuniária:

“Todavia, em matéria de crimes contra a Administração Pública – como também nos crimes de colarinho branco em geral –, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, há de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, tem o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvam apropriação de recursos públicos. A decisão que se tomar aqui solucionará não apenas o caso presente, mas servirá de sinalização para todo o país acerca da severidade com que devem ser tratados os crimes contra o erário”<sup>18</sup>.

O mesmo Ministro lembrou que a reparação do dano é prevista na legislação penal como importante medida de política criminal e serve como condição para vários benefícios antes e durante o processo e ainda na execução penal, conforme se verifica do trecho de voto a seguir transcrito:

“Observo que o § 4º do art. 33 não é o único dispositivo previsto na legislação penal que tem na reparação do dano uma importante medida de política criminal. Ao contrário, basta uma rápida leitura dos principais diplomas penais brasileiros para constatar que a falta de reparação do dano: i) pode ser causa de revogação obrigatória do sursis; ii) impede a extinção da punibilidade ou mesmo a redução da pena, em determinadas hipóteses; iii) pode acarretar o indeferimento do livramento condicional e do indulto; iv) afasta a atenuante genérica do art. 65, III, “b”, do Código Penal, entre outros vários exemplos”<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Voto do Ministro Roberto Barroso no Ag. Reg. na Progressão de Regime na Execução Penal nº 22/DF.

<sup>19</sup> Voto do Ministro Roberto Barroso no Ag. Reg. na Progressão de Regime na Execução Penal nº 22/DF. No mesmo sentido: “Se é certo que o ressarcimento do dano constitui um dos efeitos naturais da condenação transitada em julgado (art. 91, I, do CP), não é menos certo que a composição dos prejuízos causados pelo delito,



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tal condição serve, inclusive, como destacado pela Ministra Cármen Lúcia, como uma forma de prevenção destes tipos de crime, que tanto inquietam a opinião pública:

“Em apoio a tudo o que o Ministro Barroso afirma, eu lembraria que o Direito Penal caminha hoje para a prevenção cada vez maior. E é uma forma de, se não se prevenir, especificamente, o sistema apresentar pelo menos uma sugestão de que o crime não compensa. Nós já tivemos casos no Brasil, conhecidos, de pessoas - e reitero, não é este caso - que gastaram, tomaram uma enormidade - peculato - da Administração e, na sequência, não se conseguia obter esse recurso de volta. Quer dizer, a sociedade brasileira via isso, e exatamente com esse tipo de norma que se tentou, em que a política criminal é do legislador”<sup>20</sup>.

Em outra oportunidade, o E. Ministro Roberto Barroso destacou:

“Como tenho sustentado em diversas manifestações, o sistema punitivo no Brasil encontra-se desarrumado. E cabe ao Supremo Tribunal Federal, nos limites de sua competência, contribuir para sua reorganização. Nas circunstâncias brasileiras, o direito penal deve ser moderado, mas sério. Moderado significa evitar a expansão desmedida do seu alcance, seja pelo excesso de tipificações, seja pela exacerbação desproporcional de penas. Sério significa que sua aplicação deve ser efetiva, de modo a desempenhar o papel dissuasório da criminalidade, que é da sua essência.

Em matéria de criminalidade econômica, a pena de multa há de desempenhar papel proeminente. Mais até do que a pena de prisão – que, nas condições atuais, é relativamente breve e não é capaz de

---

*mesmo antes do seu julgamento definitivo, é estimulada em nosso sistema penal” (RHC nº 71.400/RJ, Rel. Ilmar Galvão, DJ 07.06.1994).*

<sup>20</sup> Voto da Ministra Cármen Lúcia no Ag. Reg. na Progressão de Regime na Execução Penal nº 22/DF.



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

promover a ressocialização –, cabe à multa o papel retributivo e preventivo geral da pena, desestimulando, no próprio infrator ou em infratores potenciais, a conduta estigmatizada pela legislação penal”<sup>21</sup>.

Vê-se que esta solução é menos danosa à imposição da prisão antes do trânsito em julgado, uma vez que, caso seja revertida a condenação, é possível reverter a quantia desembolsada para a reparação do dano, mas **a liberdade jamais será devolvida.**

Além disso, a reparação do dano é considerada pelo Código Penal como causa de diminuição de pena (artigo 16, 65, III, b e 312, §3º, parte final) ou até mesmo como causa de extinção da punibilidade se feita antes da sentença penal irrecorrível. Em alguns crimes tributários, a punibilidade também é extinta quando houver pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais (artigo 9º, Lei 10.684/2003).

Pela jurisprudência, a reparação do dano também extingue a punibilidade nos moldes dos crimes tributários quando se trata de furto de energia<sup>22</sup>. E nos crimes de menor potencial ofensivo, a reparação do dano é condição para a suspensão condicional do processo (artigo 89, §1º, I, da Lei nº 9.099/90).

Assim, se a extinção da punibilidade é possível pela reparação do dano, ainda que em hipóteses mais restritas, é razoável que se admita que ela

<sup>21</sup> Voto do Ministro Roberto Barroso no Ag. Reg. na Progressão de Regime na Execução Penal nº 12/DF

<sup>22</sup> STJ - HC: 252802 SE 2012/0182157-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 03/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/10/2013.





**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

também possa permitir que o réu responda em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal.

Vale destacar que o réu não está obrigado a reparar o dano antes do trânsito em julgado, mas se quiser permanecer em liberdade até o final do processo deverá fazê-lo. **Trata-se de uma escolha, que, por óbvio, não se aplica àqueles que comprovadamente não possuem meios de efetuar a reparação, assim como ocorre na imposição de fiança quando se trata de prisão preventiva.**

## 7. CONCLUSÃO

Assim sendo, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo requerem sejam as ações diretas de constitucionalidade nº 43 e 44 julgadas procedentes para declarar constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal e que impõe a execução da pena somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por eventualidade, requer-se seja acolhida a proposição de permitir a execução provisória da pena, após o acórdão em segunda instância, apenas nos crimes contra a Administração Pública e quando não houver reparação do dano ao Erário, salvo quando comprovadamente o acusado não tiver meios de fazê-lo.



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

---

Também por eventualidade, e nessa ordem, requer-se seja deferido o pedido subsidiário apresentado pelo autor da ADC nº 43 no sentido de permitir a execução da pena somente após a decisão do STJ em sede de recurso especial.

Brasília, 30 de agosto de 2016

**THAÍS DOS SANTOS LIMA**  
DEFENSORA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**RAFAEL RAMIA MUNERATTI**  
DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO