



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 1053/2018 – LJ/PGR  
Sistema Único n.º 197399/2018

**AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 54 - ELETRÔNICO**  
**RELATOR:** Ministro Marco Aurélio

Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio,

**CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE VINCULANTE DO STF. ARE 964246. PERDA DE OBJETO DA ADC. *OVERRULING*. NÃO CABIMENTO. ART. 283 DO CPP NA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 12.403, DE 2011. LIMITES AO ESPAÇO DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR NA INTEGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DISTINÇÃO ENTRE A GARANTIA PROCESSUAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A GARANTIA DA LIBERDADE CONTRA A PRISÃO ARBITRÁRIA. PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO CONFIRMADA POR INSTÂNCIA REVISIONAL COMO GARANTIA DE DIREITOS DAS VÍTIMAS, CONTRA PROTEÇÃO INSUFICIENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS E SOCIAIS. INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AO DEVER ESTATAL DE TUTELA. DEFINIÇÃO DA CULPA PENAL PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE EXCESSO ESTATAL NA PRISÃO QUANDO PENDENTES RECURSOS EXTREMOS.**

1. A pretensão, veiculada na ADC, de que o STF, em decisão objetiva dotada de caráter vinculante geral, se pronuncie acerca da (in) compatibilidade do art. 283 do CPP (na redação conferida pela Lei 12.403/2011) com a execução provisória da pena de prisão acabou sendo satisfeita supervenientemente, quando do julgamento do REA n. 964.246/SP, donde decorre já não mais subsistir interesse/utilidade no julgamento do mérito da ADC.

2. 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 retrocesso múltiplo: 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 estabili-

dade e teria sua seriedade posta em xeque; 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; para a proteção às vítimas.

3. O princípio constitucional da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, LVII, CF, é garantia processual que dura enquanto tramitar a lide, impondo, particularmente a quem acusa e a quem sentencia, o dever de fundamentar a acusação e a decisão. Não pode, a pretexto de proteger em grau máximo direitos individuais do réu, proteger em grau mínimo ou insuficiente os direitos fundamentais dos cidadãos contra agressões de terceiros, mediante a imposição de restrições ao *jus puniendi* que levem à inoperância da tutela penal.

4. A garantia constitucional da liberdade e da proibição da prisão arbitrária, contida no inciso LXI do art. 5º (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”) é desrespeitada pelo art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei 12.403, de 2001, pela introdução de elemento estranho ao dispositivo constitucional, nomeadamente o que exige que a prisão decorra *de sentença condenatória transitada em julgado*. Considerando que, no Brasil, o trânsito em julgado da condenação, na prática, somente ocorrerá quando a defesa se conformar e deixar de recorrer, exigir-se que o início do cumprimento da pena de prisão dependa do trânsito em julgado, tal qual faz o art. 283 do CPP, conduz, inevitavelmente, a um sistema penal que ou pune tardiamente (anos após a prática do ilícito) ou simplesmente não pune (pela ocorrência da prescrição), o que gera a sua disfuncionalidade sob duas óticas: primeiro, ele deixa de dar resposta adequada e suficiente aos conflitos penais que lhe são submetidos, deixando de tutelar, assim, bens jurídicos relevantes à sociedade (função retributiva do Direito Penal); e segundo, ele deixa de produzir efeito intimidatório intenso e sério o bastante a inibir a prática de novos crimes (função preventiva do Direito Penal). Diante disso, o art. 283 do CPP é parcialmente inconstitucional, por promover uma proteção insuficiente a direitos fundamentais individuais e sociais, como a vida, a integridade física e a segurança.

5. A Constituição não assegura um direito a não ser preso. A Constituição assegura um direito a não ser arbitrariamente preso. E prisão após condenação – especialmente quando confirmada por instância revisional – não se confunde nem se equipara a prisão arbitrária. A execução provisória da pena imposta por acórdão condenatório não representa excesso do Estado em face do réu: ela não deflui de um exame estatal precipitado ou arbitrário acerca da responsabilidade do réu, mas sim de um juízo exaustivo e definitivo, feito pelas únicas instâncias judiciais que, no sistema processual brasileiro, possuem atribuição para decidir sobre fatos e provas. Corroboram essa afirmação estudos empíricos que demons-

tram que são ínfimas as chances da defesa de reverter condenações em sede de recursos extremos.

6. A vedação à execução provisória da pena produz como efeito colateral o agravamento da já existente seletividade do sistema penal brasileiro. Neste, alguns poucos, por terem condições financeiras de apresentar recursos sucessivos contra 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 aos seus conflitos.

7. Parecer pelo não conhecimento da ADC n. 54. No mérito, pela improcedência da ADC n. 54, com o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do art. 283 do CPP, especificamente no ponto em que veda a execução provisória da pena.

## I – Relatório

O Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizou a **Ação Declaratória de Constitucionalidade** (ADC) n. 54, visando, em linhas gerais, à declaração de constitucionalidade do **art. 283 do Código de Processo Penal (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”*.

Os requerentes sustentam, nos termos do art. 14 da Lei n. 9.868/99, a existência de *“controvérsia judicial relevante”* em torno do referido dispositivo legal, motivada pelo julgamento, em 17 de fevereiro de 2016, do *Habeas Corpus* n. 126.292, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a compatibilidade com a Constituição Federal do início do cumprimento da pena de prisão já após a condenação criminal em segunda instância<sup>1</sup>, fazendo-o, contudo, sem afastar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, em violação à cláusula de reserva de plenário inscrita no art. 97 da CF<sup>2</sup>. Este expressamente exclui a possibilidade de se executar penas de prisão antes do trânsito em julgado da respectiva condenação.

<sup>1</sup> A chamada “execução provisória da pena”.

<sup>2</sup> E, ainda, em violação à Súmula Vinculante n. 10, do STF.

Segundo se extrai da **ADC n. 54**, ajuizada pelo PCdoB: **(i)** o art. 283 do CPP traduz interpretação possível e razoável do princípio constitucional da presunção de inocência previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF/88<sup>3</sup>, 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; assim, ainda que se entenda que a escolha do legislador, plasmada no art. 283 do CPP, não foi a melhor, ou que não se revela como necessária diante do que prevê o texto constitucional, não cabe ao Judiciário, por tais motivos, afastar a aplicação desse dispositivo legal; **(ii)** além de revelar interpretação possível e razoável do princípio constitucional da presunção de inocência, o art. 283 do CPP também veicula o entendimento que mais se compatibiliza com o princípio do *in dubio pro reo* – outra dimensão da presunção de inocência, devendo, pois, ser privilegiado pelo STF; **(iii)** caso a Suprema Corte permita o início do cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado, isso equivalerá a criar, no Direito brasileiro, nova modalidade de prisão, o que, à luz dos incisos XXXIX, XL e XLVI do artigo 5º da CF, somente pode ser feito por lei; **(iv)** não é coerente com a decisão proferida pelo STF no acórdão da 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) uma eventual alteração jurisprudencial pela Suprema Corte que, ao autorizar a execução provisória da pena de prisão, agrave ainda mais a superlotação dos estabelecimentos prisionais; **(v)** a decisão proferida pelo STF no julgamento do HC n. 126.292 (que legitimou a execução provisória da pena) baseou-se em premissa equivocada, qual seja, a de que, assim como ocorre com os recursos extraordinários, o julgamento de recursos especiais pelo STJ não enseja revisão quanto à responsabilidade criminal do condenado fixada pelas instâncias ordinárias; tal premissa é falsa, já que, sendo a definição da culpabilidade decorrente não apenas de um juízo fático (este sim restrito às instâncias judiciais ordinárias), mas também de um juízo normativo, pode o STJ, ao julgar recursos especiais, exercê-lo na condição de intérprete da legislação federal, com possível impacto na estipulação da culpa, na definição da pena e, conseqüentemente, na liberdade do condenado por decisão de 2ª instância; justamente por isso, estudos estatísticos demonstram ser significativamente alta a taxa de sucesso de recursos especiais ajuizados pela defesa, com conseqüente absolvição do réu ou alteração da pena a ele aplicada; daí que se permitir a prisão quando ainda pendente de julgamento recurso espe-

---

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

cial interposto contra acórdão proferido em 2ª instância produzirá injustiças, levando ao cárcere pessoas que não deveriam estar lá.

Com base nesses fundamentos, o PCdoB deduz os seguintes pedidos na ADC n. 54:

“1. seja recebida e conhecida a presente ação e concedida medida cautelar, nos termos do art. 21, da Lei nº 9.868, de 1999, a fim de:

1.1) impedir e tornar sem efeito qualquer decisão que importe em execução provisória de pena privativa de liberdade sem a existência de decisão condenatória transitada em julgado;

1.2) subsidiariamente, impedir e tornar sem efeito qualquer decisão que importe em execução provisória de pena privativa de liberdade antes da existência de decisão condenatória transitada em julgado de forma automática, sem fundamentação a indicar a presença dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP;

1.3) Em suma, lato sensu, tornar sem efeito (bloquear, ex nunc e ex tunc) qualquer decisão de prisão após condenação em segunda instância decretada sob o fundamento de que é obrigatória a execução antecipada da pena – suspendendo-se, igualmente, a súmula 122 do TRF4, por afronta à decisão do STF no HC 126.292 e nas liminares das ADC 43 e 44, uma vez que somente dois votos apontaram para a automaticidade da prisão;

2) *Após regular processamento, seja confirmada a liminar acima requerida e ainda, no mérito, seja declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição;*

3) Subsidiariamente, em caso de eventual pronunciamento de inconstitucionalidade do art. 283, ou de sua interpretação conforme, que seja declarada a necessidade de atendimento e fundamentação da execução provisória da pena à luz dos fundamentos e pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, e, ainda, que eventual decisão somente produza efeitos ex nunc, abrangendo apenas as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento da presente ação;

4) Ainda subsidiariamente, seja declarada a interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do CPP, explicitando-se que somente é constitucional a interpretação da norma processual em questão caso se entenda que o teto recursal é o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, conforme os votos dos ministros Gilmar Mendes (HC 152.752/PR) e Dias Toffoli (MCs nas ADCs 43 e 44 e HC 152.752/PR), agregando-se a necessidade de fundamentação caso a caso da prisão (conforme determina o artigo 93, X, da CF), vedando-se qualquer prisão automática decorrente de condenação em segundo grau.”

No curso da presente Ação, 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), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos (IDDD) e o Instituto de Garantias Penais (IGP).

Vieram os autos eletrônicos da ADC n. 54 ao MPF, para parecer.

É o que se passa a fazer a seguir.

## II – Preliminares

### II.a Inexistência de interesse/utilidade da ADC

#### II.a.1. Evolução da jurisprudência do STF sobre a execução provisória da pena

Inicialmente, registre-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema que constitui o pano de fundo da ADC n. 54 e deste parecer, a saber, a **(in)constitucionalidade do início do cumprimento de pena de prisão quando ainda não transitada em julgado a respectiva condenação criminal**, tem apresentado variações desde a promulgação da Constituição de 1988.

Nessa linha, de 1988 até 2009, o Supremo Tribunal Federal tinha jurisprudência pacífica que autorizava o início de cumprimento da pena quando ainda pendentes de julgamento recursos especial ou extraordinário<sup>4</sup> no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal, por entender que, nisso, não havia ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, inscrito no art. 5º, inc. LVII<sup>5</sup>.

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 passou a entender ser 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 autorizou a execução de pena privativa de liberdade ainda que pendentes de julgamento recursos extremos pelos Tribunais Superiores – **decisão que**

---

4 Como se sabe, no Direito Brasileiro tais recursos ordinariamente carecem de efeito suspensivo.

5 São exemplos disso os seguintes precedentes: 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.

**representou, a um só tempo, uma verdadeira virada jurisprudencial e uma mudança de paradigma para a persecução penal no país.**

Esse novo precedente é apontado pela presente Ação Direta de Constitucionalidade como tendo originado, sobre o tema, a chamada “controvérsia judicial relevante” de que trata o art. 14, inc. I da Lei n. 9868/99<sup>6</sup>. É que, segundo o requerente, no julgamento do HC n. 126.292 o STF autorizou o início do cumprimento da pena de prisão já após a condenação criminal em segunda instância, fazendo-o, contudo, sem afastar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que expressamente exclui a possibilidade de se executar penas de prisão antes do trânsito em julgado da respectiva condenação. **Assim, precisamente a fim de que o STF se manifeste acerca da constitucionalidade, ou não, do mencionado dispositivo legal, foi ajuizada a presente ADC.**

Em **dezembro de 2016**, 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.

Ao julgarem o Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, os Ministros dessa Suprema Corte que formaram a maioria vencedora expressamente se manifestaram sobre a compatibilidade, ou não, do art. 283 do CPP, com a execução provisória da pena de prisão. Em seus votos, restou albergada a posição, em parte acolhida pelo STF meses antes,

---

<sup>6</sup>Art. 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.

quando do julgamento da medida cautelar deduzida nestes autos, 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 materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional; afinal, interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário”*.

A respeito do art. 283 do CPP, confira-se trechos das razões de decidir do voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP:

“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 à 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 extraíndo 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”.

Também restou claro, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, que, para o STF, a vedação da execução provisória da pena acaba deixando desprotegidos bens jurídicos cuja tutela foi constitucionalmente conferida ao Estado, como a



vida e a segurança, o que não pode ser admitido. Nesse sentido, confira-se trecho do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

“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, percebe-se que **o objeto da ADC n. 54** (a saber, a análise em torno da (in)constitucionalidade do art. 283 do CPP, bem como da sua compatibilidade com o mais novo entendimento jurisprudencial do STF no sentido de ser constitucional da execução provisória da pena) **já foi analisado e decidido, pelo Pleno do STF**, quando do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP.

Diante disso, exsurge a pergunta: permanece o interesse/utilidade em se efetuar o controle concentrado de constitucionalidade por meio de ADC, voltado a ver reconhecida a constitucionalidade de dispositivo legal, quando tal exame foi realizado pelo STF, em sede de controle difuso, em julgamento de recursos extraordinário em que reconhecida repercussão geral?

Para que melhor se responda a essa pergunta, vale tecer algumas breves considerações teóricas acerca da feição atualmente assumida, no sistema jurídica pátrio, pelos precedentes judiciais formados em sede de controle de constitucionalidade das leis, quer na modalidade concentrada, quer na difusa. É o que será feito a seguir.

## **II.b Um breve parênteses teórico: a força dos precedentes formados em sede controle de constitucionalidade (concentrado e difuso) no Brasil**

Inicia-se salientando-se que, tradicionalmente, eram apontadas duas diferenças mais essenciais a apartar as decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle concentrado daquelas proferidas em controle difuso de constitucionalidade, no julgamento de recursos extraordinários: **1ª - a própria natureza das decisões** - enquanto as proferidas em controle concentrado resolveriam questões jurídicas em tese e *a priori*, de forma objetiva e geral, como o pedido principal de uma ação originária (*principaliter tantum*), as proferidas

em controle difuso via julgamento de recursos extraordinários, diversamente, enfrentariam questões jurídicas *a posteriori*, à luz das peculiaridades do específico caso concreto submetido a julgamento e em atenção aos interesses subjetivos das partes, sempre de forma incidental (*incidenter tantum*); **2ª - a extensão dos efeitos vinculantes** - enquanto as proferidas em controle concentrado possuiriam eficácia vinculante *erga omnes*<sup>7</sup>, as proferidas em controle difuso possuiriam, opostamente, eficácia vinculante *inter partes*<sup>8</sup>, que somente passaria a se estender a terceiros caso a lei reconhecida como inconstitucional tivesse a sua eficácia suspensa por Resolução editada pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inc. X da CF/88.

Acontece que essa perspectiva tradicional tem sido progressivamente relativizada por uma nítida tendência, verificável há algum tempo no Brasil, **de aproximar a natureza e a extensão da eficácia vinculante das decisões proferidas pelo STF nas duas modalidades de controle de constitucionalidade das leis**, naquilo que, na feliz expressão do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, revela-se como uma tendência de "*dessubjetivação das formas pro-*

---

<sup>7</sup>No ensinamento doutrinário do Ministro Gilmar Ferreira Mendes o efeito vinculante é aquele: "que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*)"(MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas).

<sup>8</sup>Há inúmeras classificações a respeito da qualidade da eficácia dos precedentes judiciais no Brasil, sendo que, em boa parte delas, faz-se referência, pelo menos, aos dois tipos de eficácia citados neste memorial (embora não raro sob outra nomenclatura) – eficácia vinculante geral ou *erga omnes* e eficácia meramente persuasiva. A esse respeito, vale citar classificação forjada por **Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso** :

“Diante das considerações acima, pode-se afirmar que os precedentes judiciais, no direito brasileiro, produzem três espécies de eficácia<sup>2</sup>. Há, primeiramente, os *precedentes com eficácia meramente persuasiva*. Esta é a eficácia que tradicionalmente se atribuía às decisões judiciais em nosso ordenamento, em razão de sua própria raiz romano-germânica. Os julgados com esta eficácia produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais. São, contudo, fonte mediata ou secundária do direito. Há, no outro polo, os *precedentes normativos* em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação. Nos países do *common law*, um instrumento como a reclamação é prescindível para que a eficácia normativa se torne efetiva. O respeito aos *binding precedents* é pressuposto e tradição do sistema. A experiência mostrou, contudo, que não é isso o que ocorre no Brasil. O cabimento de reclamação é essencial, em nosso sistema, para a efetividade do respeito ao precedente. Não há, aqui, tradição neste sentido. Ao contrário, há mesmo alguma resistência em aceitar a ampliação dos precedentes vinculantes, por se considerar que estes interferem indevidamente na independência e no livre convencimento dos juízes. E a correção das decisões que violam os precedentes judiciais pelo sistema recursal tradicional pode levar muitos anos. Consequentemente, só é possível falar em eficácia normativa forte, por ora, para aqueles casos em que é cabível a reclamação. Há, ainda, em nosso sistema, um conjunto de julgados que produzem uma *eficácia intermediária*”. (Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Encontrado em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>).

*cessuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia inter partes".*

Ou seja: as decisões proferidas pelo STF no julgamento de recursos extraordinários, em sede de controle difuso de constitucionalidade, sempre que oriundas do seu órgão Plenário, têm assumido um caráter objetivo, já que desprendido do caso concreto e de suas vicissitudes. O controle difuso de constitucionalidade, nesse passo, quando exercido pelo Pleno da Suprema Corte, abandona a marca que tradicionalmente o vinculava ao chamado "controle concreto" (pois feito à luz das peculiaridades do caso concreto), passando a ligar-se, tanto quanto o exercido na modalidade concentrada, ao "controle abstrato", em que a questão jurídica levada à apreciação é analisada em tese, ainda que de forma incidental<sup>9</sup>.

Esse caráter objetivo dos acórdãos proferidos, pelo Plenário do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade talvez tenha atingido o seu ponto máximo com a criação do instituto da **repercussão geral** e a sua previsão como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários (*ex vi* do art. 102, §3º da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004). É que, em razão disso, apenas aqueles recursos que tratem de questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, vão à apreciação da Suprema Corte, dando origem a precedentes que resolvem questões jurídicas em tese.

Assim, não há dúvidas, portanto, que, diante da realidade jurídica atualmente existente no país, aquela primeira diferença tradicionalmente apontada como apta a diferenciar as decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade das proferidas em sede de controle difuso, qual seja, a natureza - objetiva ou subjetiva - de cada uma delas, já não existe mais. Resta saber, todavia, se a segunda diferença apontada como existente entre essas duas decisões, qual seja, a extensão – *erga omnes* ou *in-*

---

<sup>9</sup>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.

*ter partes* - da eficácia vinculante delas emanada, ainda persiste, ou não, atualmente. **Adianta-se que a resposta é negativa, e por mais de um motivo.**

**Primeiramente**, é certo que a feição objetiva e definitiva assumida pelas decisões proferidas pelo Pleno STF no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral, que em nada difere daquela que marca as decisões proferidas em controle concentrado, já é suficiente para que se confira à sua eficácia o caráter 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”*<sup>10</sup>.

**Além disso**, são praticamente idênticos os procedimentos que antecedem as decisões proferidas pelo Pleno do STF, nos modelos concentrado e difuso, não havendo qualquer razão substancial para diferenciar os efeitos das decisões tomadas em cada um deles. Nesse sentido, ensina, mais uma vez, o Ministro **Gilmar Ferreira Mendes** 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”*<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios.

<sup>11</sup> Voto proferido pelo Ministro no julgamento da Reclamação n. 4.335-5/AC.

**Finalmente**, atento à mencionada tendência de progressiva valorização da autoridade dos precedentes no Brasil e de aproximação da ordem jurídica pátria (de tradição romano germânica, ligada à *civil law*) à *common law*, **o legislador ordinário**, ao editar a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), **recentemente positivou o caráter vinculante erga omnes dos precedentes proferidos pelo Pleno do STF em sede de recursos extraordinários com repercussão geral**<sup>12</sup>. É o que se extrai da leitura conjugada dos artigos 489, inc. VI<sup>13</sup>, 927, inc. III<sup>14</sup> e 988, §5º, inc. II<sup>15</sup> do Novo Código de Processo Civil (CPC). Assim, atualmente, a *ratio decidendi* desses precedentes deve ser obrigatoriamente observada por todas as instâncias jurisdicionais do país, e o seu desrespeito por qualquer delas enseja o cabimento de Reclamação Constitucional<sup>16</sup>.

---

12 Esse novo sistema de precedentes resulta de progressiva tendência de aproximar a ordem jurídica pátria, de tradição romano germânica, à *common law*. Conforme ensina **Haroldo Lourenço**, “no Brasil sempre se afirmou que a lei é fonte primária do direito, com fundamento do positivismo jurídico<sup>1</sup>. A partir de tais influências construiu-se um sistema todo escrito, conhecido como civil law, como o dos países herdeiros da família romano-germânica (basicamente todo o continente europeu). Adota-se a civil law, ainda, na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, assim como em toda América Latina colonizada por portugueses e espanhóis. A influência de tais doutrinas é facilmente perceptível no Brasil, onde há muita influência, por exemplo, da doutrina italiana de Liebman, Chiovenda e Carnelutti, principalmente em nossa teoria geral do processo. Há, contudo, nos países de origem anglo-saxônica uma visão muito bem desenvolvida dos precedentes judiciais, o denominado sistema do *common law*, informado pela teoria do *stare decisis*, termo de origem latina (*stare decisis et non quieta movere*) que significa mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido. Tal teoria também é denominada de *doctrine of binding precedent*, que teve início na Inglaterra, nas primeiras décadas do século XIX, tendo sido devidamente reconhecida em 1898, no caso London Tramways Company v. London Country Council, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-vinculante do precedente, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior, denominada de eficácia vertical do precedente”. ([https://www.researchgate.net/publication/267708506\\_PRECEDENTE\\_JUDICIAL\\_COMO\\_FONTE\\_DO\\_DIR\\_EITO\\_ALGUMAS\\_CONSIDERACOES\\_SOB\\_A\\_OTICA\\_DO\\_NOVO\\_CPC](https://www.researchgate.net/publication/267708506_PRECEDENTE_JUDICIAL_COMO_FONTE_DO_DIR_EITO_ALGUMAS_CONSIDERACOES_SOB_A_OTICA_DO_NOVO_CPC))

13 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.

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

(...).

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

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

(...).

§ 5º É inadmissível a reclamação:

(...).

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.

16 “Cabimento. Cabe reclamação sempre que se vislumbrar a usurpação de competência de tribunal, a violação de autoridade de decisão, a ofensa à autoridade de precedentes das Cortes Supremas (desde que esgotadas as instâncias ordinárias, art. 988, § 5.º, II, CPC/2015) e de jurisprudência vinculante. A opção legislativa a respeito do seu cabimento tem uma clara vinculação, portanto, não só com a prestação da tutela dos direitos em sua dimensão particular, isto é, para busca de uma decisão de mérito justa e efetiva para o litígio (arts. 6.º e 988, I e

## **II.a.2 Conclusão: a existência de decisão proferida em sede de recurso extraordinário com repercussão geral acarreta a inexistência de interesse processual de eventuais ADINs ou ADCs ajuizadas sobre o mesmo tema**

Feitas essas considerações de índole mais teórica, já é possível, respondendo à questão que inaugurou esse tópico, concluir que a eventual superveniência do julgamento de um tema pelo STF em sede de recurso extraordinário com repercussão geral **esvazia** a utilidade de eventual ação direta de constitucionalidade deduzida acerca do mesmo tema, **tornando-a inadmissível**.

E isso precisamente por que aquilo que se pretende alcançar ao se manejar as ações próprias ao controle concentrado de constitucionalidade - a saber, obter-se uma decisão objetiva e portadora de eficácia vinculante geral acerca da constitucionalidade das leis - mostra-se igualmente alcançável, como visto mais acima, ao se recorrer à via do controle difuso, mediante o julgamento recurso extraordinário com repercussão geral. Dessa forma, **no específico caso dos autos**, a pretensão, veiculada na ADC, de que o STF, em decisão objetiva dotada de caráter vinculante geral, se pronuncie acerca da compatibilidade, ou não, do art. 283 do CPP com a execução provisória da pena de prisão, já foi satisfeita quando do 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, repita-se, o STF, em decisão com eficácia vinculante *erga omnes* acerca do mesmo tema objeto das ADC, entendeu que o art. 283 do CPP não possui o condão de impedir a execução provisória da pena.

### **Diante disso, não há interesse/utilidade no julgamento do mérito desta ADC.**

Eventual interesse/utilidade remanesce apenas em relação à análise, a ser feita por essa Corte, quanto aos efeitos, *ex nunc* ou *ex tunc*, da sua decisão acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena. Observe-se que o entendimento ora defendido - o de que a existên-

---

II, CPC/2015), mas também com a promoção da unidade do direito, isto é, com a tutela dos direitos em sua dimensão geral (arts. 926 e 988, III e IV, CPC/2015).

Nada obstante, até que as Cortes Supremas, as Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau assimilem uma efetiva cultura do precedente judicial, é imprescindível que se admita a reclamação com função de outorga de eficácia de precedente. E foi com esse objetivo deliberado que o novo Código ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação. Essa finalidade fica muito clara não só com a leitura dos incs. III e IV do caput do art. 988 do CPC/2015, mas também com a dos seus §§ 4.º e 5.º, inc. II, que expressamente destinam a reclamação ao controle da aplicação indevida de precedentes e da ausência de sua aplicação, desde que devidamente esgotadas as instâncias ordinárias. A propósito, embora o art. 988, § 5.º, inc. II, CPC/2015, fale em “acórdão” oriundo de julgamento de “recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida” e em “acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivos”, é certo que a reclamação tutela todo e qualquer precedente constitucional e federal, pouco importando a forma repetitiva. A restrição que interessa aí diz respeito à necessidade de esgotamento da instância ordinária para o cabimento da reclamação”.

cia de decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, acarreta a inexistência de interesse processual de eventuais ADINs ou ADCs 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 se debruce de modo sucessivo sobre 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, aliás, foi externada pelo Ministro Edson Fachin ao proferir 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 fim<sup>17</sup>.

Permitir-se o prosseguimento da presente ADC 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 evidencia, afigurar-se-ia, no mínimo, indevido.

Assim, diante da força normativa do precedente formado quando do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, deve ser reconhecida a inexistência de interesse processual da presente ADC, com o seu conseqüente não conhecimento por parte dessa Suprema Corte. Eventual interesse/utilidade remanesce apenas em relação à análise, a ser feita por essa Corte, quanto aos efeitos, *ex nunc* ou *ex tunc*, da sua decisão acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena.

---

17 Informativo STF n. 886.

## **II.b– Não cabimento da revogação do precedente vinculante (*overruling*) formado quando do julgamento do ARE n. 964.246/SP**

### **II.b.1 *Overruling*: pressupostos materiais**

O eventual provimento da presente ADC significaria a superação do entendimento firmado pelo STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP – do qual se originou, como visto, precedente com eficácia vinculante *erga omnes*. Ocorre que a superação desse tipo de precedente somente pode se dar em situações especiais, quando se esteja diante de hipótese em que 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 o oriundo do julgamento do 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”<sup>18</sup>. A aplicação dessa técnica, por sua vez, deve observar pressupostos **materiais** (quanto às hipótese de cabimento – o “quando”) especiais.

Tais pressupostos, embora não estejam positivados em norma expressa, 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 precedentes**, sendo, aliás, justamente esta submissão a critérios diferenciados para revogação que caracteriza a eficácia vinculante geral de que se revestem determinados julgados; do contrário, estar-se-ia diante de precedente comum, com eficácia meramente persuasiva (ou, o que é pior, de sistema de precedentes vinculantes despidido de credibilidade e, assim, efetividade e utilidade).

Nessa linha, é certo que a doutrina apresenta certa divergência a respeito dos **pressupostos materiais** que devem estar presentes para que seja o caso de se proceder ao *overruling*, e a jurisprudência do STF ainda se mostra praticamente silente sobre o assunto dada a escassez de casos de revogação de precedentes em seu histórico.

De todo modo, embora haja uma ampla gama de entendimentos doutrinários sobre o tema, todos eles caminham, ao menos em sua substância, para um mesmo sentido:

18 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.



apontam que, para que seja cabível a sua revogação, o precedente obrigatório deve, nas palavras de Melvin Eisenberg<sup>19</sup>, não mais corresponder aos padrões **(i) de congruência social**<sup>20</sup>, ou seja, revelar-se errado, injusto, obsoleto, agredindo o sentimento de justiça do cidadão comum, e **(ii) de consistência sistêmica**<sup>21</sup>, o que ocorre 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*<sup>22</sup>.

Somando-se a isso, 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 iluminado 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.**

Aqui, pela sua precisão e adequação ao objeto deste memorial, 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

19Eisenberg, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press. 1998, p. 104.

20Um 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).

21De 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).

22 “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>)

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. (...).

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 brasileira<sup>23</sup>”.

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 à sociedade que o contem.

## **II.b.2 Não estão satisfeitos os pressupostos materiais que justificam o *overruling* do precedente vinculante ligado ao 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.

Com efeito, o entendimento 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*”, consolidado em julgamento **ocorrido há pouco mais de 1 ano**, foi o resultado de um longo debate travado no âmbito da Suprema

<sup>23</sup> Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios.

Corte, que, inclusive, pela sua importância, reverberou em toda a sociedade civil à época em que proclamado. E a revogação desse importante precedente cerca de um ano após a sua formação vai de encontro à necessidade de se garantir um sistema jurídico **estável e previsível** - algumas das finalidades subjacentes à ideia de respeito à autoridade de precedentes.

Lembre-se, aqui, que, conforme exposto anteriormente, um sistema sério e maduro de respeito aos seus precedentes vinculantes, comprometido com os valores da estabilidade, coerência e previsibilidade do Direito, não pode permitir eles sejam alterados ou revogados de modo indiscriminado ou precipitado, em função de fatores como a mudança da composição do Tribunal ou a insatisfação de setores parciais da sociedade. Estes nada dizem sobre a justiça ou a adequação do precedente (ou, em outros termos, sobre a sua congruência social e consistência sistêmica).

Ademais, não há como sustentar que, pouco mais de um ano após a formação do precedente do ARE n. 964246/SP, este tenha deixado de ostentar congruência social e consistência sistêmica. Ora, **esses dois conceitos não são alteráveis ao sabor do vento; antes, trata-se de ideias que se constroem ao longo do tempo, sendo este, o tempo, na mesma medida necessário para desconstruí-los.**

A verdade é que o entendimento plasmado nesse recente precedente **era e continua sendo o eco** de um sentimento, compartilhado pela sociedade civil e por atores da esfera jurídica, **de que a exigência** de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (com o julgamento definitivo de eventuais recursos extraordinário e especial) para, só então, autorizar-se o recolhimento à prisão do réu condenado, **é injusta e errada**, basicamente por favorecer a impunidade no país. Sobre esse ponto, vale transcrever trecho do voto apresentado pelo Ministro Luiz Fux<sup>24</sup> quando do julgamento do HC n. 126292/SP:

---

24 Um dos argumentos aviados para questionar, como objeto da ADC n. 30, a constitucionalidade da chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), era, justamente, a sua suposta ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, o que não foi acolhido pelo STF, que declarou a Lei constitucional. Também são do Ministro Luiz Fux as seguintes palavras, proferidas em voto dado no julgamento da ADC n. 30, as quais poderiam facilmente ser aplicadas ao tema objeto da presente ADC:

*“Em outras palavras, ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição. Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões.*

*Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de,*

“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.

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."

Esse sentimento de injustiça, que gerava certa sensação de desconforto social e descrédito na Justiça, foi, quando do julgamento do ARE n. 964.246/SP (e dos processos que o precederam), traduzido e avaliado por esta Suprema Corte à luz da Constituição de 1988, a fim de se perquirir se se tratava de anseio passível de receber a proteção do Direito. Como resultado desta avaliação, o STF decidiu, em julgamento histórico que refletiu os anseios da comunidade social, ser compatível com o princípio da presunção da inocência o início do cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da respectiva condenação.

Os fundamentos do precedente proferido por esta Suprema Corte devem ser mantidos não apenas por que continuam congruentes socialmente e consistentes sistemicamente, mas também por que, **conforme restará demonstrado adiante**, refletem a melhor posição jurídica a respeito do tema. De fato, todos os argumentos que conduziram ao precedente vin-

---

*observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão. Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”, sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 – interpretações essas que ora se adotam”.*

culante formado a partir do julgamento do ARE n. 964.246/SP continuam válidos e presentes nos dias atuais, e lhe conferem as condições necessárias para ser mantido.

Revogá-lo, mesmo diante de todos os argumentos jurídicos e pragmáticos que o sustentam, representaria **retrocesso múltiplo: para o sistema de precedentes** incorporado ao sistema jurídico pátrio, que, ao se ver diante de julgado vinculante revogado menos de um ano após a sua edição, perderia em estabilidade e teria sua seriedade posta em xeque; **para a persecução penal no país**, que voltaria ao cenário do passado e teria sua efetividade ameaçada por processos penais infundáveis, recursos protelatórios e penas massivamente prescritas; **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. 964.246/SP; **para a proteção às vítimas**.

Diante disso, ausente os pressupostos materiais necessários ao *overruling* do precedente obrigatório formado quando do julgamento do ARE n. 964246/SP, este deve ser mantido, com o consequente não conhecimento da presente ADC.

### III – Mérito 1: a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP

#### III.a Definição do objeto da ADC

O exame dos argumentos expostos na ADC n. 54 indica que o seu objeto consiste em precisar se o art. 283<sup>25</sup> 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, ou não, constitucional.

Com efeito, extrai-se do art. 283 do CPP uma vedação à chamada execução provisória da pena privativa de liberdade. E, segundo argumenta o requerente na ADC, tal vedação estaria legitimada pelo princípio da presunção da inocência plasmado no art. 5º, inc. LVII da CF/88.

---

25 Com redação dada pela Lei 12.403, de 2011.

O modo como tal princípio constitucional impacta no exame da constitucionalidade do art. 283 do CPP é narrado da seguinte forma: defende-se que o art. 283 do CPP simplesmente repete o art. 5º, inc. LVII, da CF/88, 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;

Assim, a tese está incorreta, conforme restará demonstrado a seguir.

### **III.b O art. 283 do CPP e o art. 5º, inc. LVII, da CF/88 possuem conteúdos distintos**

A tese, defendida na ADC n. 54, de que não há como reconhecer a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP por que este seria a mera repetição do art. 5º, inc. LVII, da CF/88 não resiste a uma análise singela das redações de ambos.

A ação deliberadamente confunde duas garantias constitucionais distintas.

O princípio constitucional da presunção de inocência, plasmado no art. 5º, LVII, CF, é garantia processual que dura enquanto tramitar a lide, impondo, particularmente a quem acusa e a quem sentencia, o dever de fundamentar a acusação e a decisão. Não pode, a pretexto de proteger em grau máximo direitos individuais do réu, proteger em grau mínimo ou insuficiente os direitos fundamentais dos cidadãos contra agressões de terceiros, mediante a imposição de restrições ao jus puniendi que levem à inoperância da tutela penal.

A garantia constitucional da liberdade e da proibição da prisão arbitrária, contida no inciso LXI do art. 5º (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”) é desrespeitada pelo art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei 12.403, de 2001, pela introdução de elemento estranho ao dispositivo constitucional, nomeadamente o que exige que a prisão decorra de sentença condenatória transitada em julgado.

A Constituição não assegura um direito a não ser preso. A Constituição assegura um direito a não ser arbitrariamente preso. E prisão após condenação – especialmente quando confirmada por instância revisional – não se confunde nem se equipara a prisão arbitrária.

Ora, enquanto o dispositivo do 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 dispositivo constitucional, por seu turno, preconiza que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Percebe-se, sem muito esforço, que o legislador constitucional ateve-se a estabelecer uma proibição genérica, ao preconizar que *“ninguém será tratado como culpado”* antes do trânsito em julgado da respectiva condenação; já o legislador ordinário foi além e, numa redação mais específica e densificada, confundindo dois institutos jurídicos distintos, vedou a execução provisória da pena. Não se está diante, portanto, de dispositivo legal que simplesmente espelha a Constituição, donde decorre que a constitucionalidade do art. 283 do CPP não exsurge como mera decorrência direta e quase automática do art. 5º, inc. LVII, da CF/88.

Em verdade, para que se defina se tal dispositivo legal é ou não constitucional, há que se analisar não se ele representa interpretação razoável e legítima do princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF/88 – pois disto não trata -, mas se se mostra compatível com a Constituição, na vedação de proibição de prisão arbitrária.

### **III.c O art. 283 do CPP cuida de interpretação razoável e legítima do princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF/88? Ou acrescenta indevido elemento ao princípio da proibição de prisão arbitrária?**

#### **III.c.1 Conteúdo essencial do princípio: o que ele quer dizer?**

Inicia-se o exame da questão objeto deste tópico buscando-se compreender o **conteúdo essencial** do princípio da presunção de inocência no Brasil. Entretanto, diante da ambiguidade da redação do 5º, inc. LVII, da CF/88<sup>26</sup>, a definição desse conteúdo essencial, longe de ser tarefa de simples implemento, tem suscitado intensos debates doutrinários e ju-

---

<sup>26</sup>Acerca da redação conferida pelo legislador constituinte ao art. 5º, inc. LVII, confira-se o que diz o ex Ministro Cesar Peluso: “Vamos agora tentar fazer uma síntese dos desdobramentos do alcance do princípio, sobretudo perante a nossa Constituição de 1988, que o adotou de modo expresso no art. 5º, LVII. Nenhuma Constituição anterior o consagrou literalmente. E é muito interessante rever a história da redação desse inciso, porque o art. 43, § 1º, do Anteprojeto dizia o seguinte: “Presume-se inocente todo acusado, até que haja declaração judicial de culpa”. O deputado constituinte, que depois foi governador do estado do Espírito Santo, José Inácio Ferreira, apresentou emenda que resultou na redação atual do inc. LVII, onde se estatui, com outras palavras, que ninguém - *ninguém* - será considerado culpado, até que lhe sobrevenha sentença condenatória definitiva.(Aula magna do Min. Antonio Cezar Peluso, ministrada no VI encontro AASP. Revista Brasileira da Advocacia | vol. 1/2016 | p. 231 – 245).

risprudenciais desde a inserção do princípio no texto constitucional de 1988<sup>27</sup>. Talvez por isso, logo passou a ser consenso entre estudiosos no tema a importância de se conhecer a **arqueologia** do princípio da presunção de inocência, ou seja, a reconstituição histórica da sua evolução, para que verdadeiramente se compreenda o preceito inscrito no art. 5º, inc. LVII da CF/88<sup>28</sup>.

Nessa linha, e para evitar incursões desnecessariamente longas nesse histórico, serão destacados, aqui, apenas os momentos que serviram como marco na construção paulatina do princípio, e que, por certo, influenciaram o legislador constituinte brasileiro. São eles:

(i) a edição da 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”*<sup>29</sup>. A ideia subjacente a esse dispositivo, considerado a primeira posituação do princípio da história<sup>30</sup>, tornou-se, dali por diante, um postulado universal, influenciando boa parte dos diplomas constitucionais que vieram a ser editados ao redor do globo.

---

27Embora as demais constituições republicanas brasileiras trouxessem capítulos próprios relativo a “direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a adotar, expressamente, o princípio da presunção de inocência. Para conferir um histórico do referido princípio na realidade constitucional brasileira, confira-se a obra de Antonio Magalhães Gomes Filho, “Presunção de Inocência e Prisão Cautelar, ed. Saraiva, 1991, p. 9-30.

28Nessa linha, segundo ensina Weber Martins Batista: *“(…) o ilustre jurista português afirmou que um preceito jurídico - e, de forma muito especial, um preceito constitucional - é, naturalmente o seu texto, mas é também, e sobretudo, a sua história (op. cit.). Ora, da norma constitucional que trata da presunção de inocência talvez se possa dizer que ela não é nada o seu texto, só a sua história. Ou seja, que vale tão-somente como uma idéia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já tivesse sido condenado, que sofra restrições de direitos não imprescindíveis à apuração dos fatos, que seja tratado como mero objeto de investigação e não como sujeito de direitos. Em suma, para impedir que lhe sejam negadas as garantias inerentes ao devido processo legal.”* Encontrado em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/5863e/58681/58a8a?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>

29Presunção 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>.

30BATISTI, Leonir. Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.



(ii) a aprovação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU), que, despida de caráter mandatório, 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"*. Aqui, fixa-se um 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 promulgação da Constituição italiana de 1947, que, em seu art. 27, prevê que *"o acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva"*. Trata-se de redação que 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"*<sup>31</sup>. É evidente a semelhança entre o art. 27 da Constituição italiana com a redação do 5º, inc. LVII da CF/88; em razão disso, há autores que consideram que o texto italiano serviu de inspiração para o brasileiro<sup>32</sup>, embora não haja registro expresso nesse sentido nos trabalhos da Assembleia Constituinte.

Os três marcos que se inserem no desenvolvimento histórico do princípio da presunção de inocência revelam o seu conteúdo essencial; este, por sua vez, serve de parâmetro interpretativo do preceito inscrito no art. 5º, inc. LVII da CF/88.

Assim, valendo-se desse parâmetro, pode-se dizer que, no Brasil, o princípio da presunção de inocência possui, basicamente, duas **dimensões**. A **primeira** delas, claramente 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

31Barbagalo, 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>.

32Nesse 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.).

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 penal<sup>33</sup>.”

A **segunda** delas, por sua vez influenciada pelo teor da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, é de servir como **regra de tratamento**<sup>34</sup> do réu no curso do processo penal, vetando-se qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações, práticas, palavras e gestos<sup>35</sup>. Mais uma 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.”

**Voltando-se o foco, aqui, apenas para a dimensão do princípio da presunção da inocência associada à função de regra de tratamento**, percebe-se desde logo que ela se encontra claramente evidenciada na primeira parte do art. 5º, inc. LVII da CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A *contrario sensu*, tem-se que serão consentâneas com o princípio da presunção de inocência (ao menos sob a dimensão aqui analisada) quaisquer medidas adotadas pelo Estado no exercício do seu *jus puniendi*, em face do réu ainda não definitivamente condenado, que não equivalham a tratá-lo como culpado.

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

34 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>

35 “O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, 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).

Remanesce, entretanto, a dúvida: **o que seria tratar alguém como culpado?** Que tipo de tratamento dispensado ao réu pelo Estado seria afrontoso ao conteúdo essencial do 5º, inc. LVII da CF/88, em sua dimensão de servir como regra de tratamento, por equipará-lo ao penalmente culpado?

Diante do silêncio do legislador constitucional sobre o que significa “*tratar alguém como culpado*”, caberá ao legislador ordinário a tarefa de definir quais condutas preenchem tal perfil e que, por isso, são vedadas posto que afrontosas ao art. 5º, inc. LVII da CF/88. Refletindo exatamente acerca dessa questão, o ministro Gilmar Mendes, em passagem de notável precisão e clareza, ensina 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 evolui*<sup>36</sup>”.

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 interpretação possível do art. 5º, inc. LVII da CF/88, seria constitucional. Não é, todavia, o que ocorre.

---

36 Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC n. 126292/SP.

### III.c.2 Os limites ao espaço de conformação do legislador na densificação do princípio da presunção de inocência. A vedação à proteção insuficiente de direitos individuais e sociais.

Com efeito, ao integrar o conteúdo do princípio da presunção da inocência previsto no art. 5º, inc. LVII da CF/88 mediante a definição das atividades do Estado que implicam em tratamento, como culpado, do réu ainda não definitivamente condenado, o legislador ordinário deverá se equilibrar entre **dois vetores axiológicos** de igual relevância ao sistema processual penal brasileiro: de um lado, o dever estatal de assegurar ao acusado a aplicação dos seus direitos constitucionais fundamentais e, de outro, o dever estatal de conferir efetividade à tutela penal<sup>37</sup>. Trata-se de vetores que refletem a dupla função do processo penal: servir de garantia de defesa individual e de instrumento de persecução penal estatal.

Assim, **o espaço de conformação do legislador ordinário** em sua tarefa de precisar quais posturas estatais são vedadas por implicarem em tratamento do réu como culpado **situa-se**, justamente, entre esses dois vetores axiológicos, **sendo-lhe defeso transitar para além de quaisquer um desses dois extremos**.

Caso isso aconteça, a atividade legislativa será inconstitucional **ou** por violação ao **dever estatal de garantir o respeito aos direitos fundamentais** do réu, **ou** por violação 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 último dever se encontra plasmado nos artigos 5º, *caput*, 6º, *caput* e 144 da Constituição Federal, entre outros.

No que tange ao dever estatal de proteção e segurança, é certo que, *“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”*<sup>38</sup>. Assim, o *“dever de garantir a segurança está, além*

37Segundo Scarance Fernandes, a harmonização entre a presunção de inocência e 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).

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

*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 inquestionável a existência do direito da sociedade coletividade ao acesso à efetiva justiça penal (eficiente investigação administrativa e persecução judicial dos delitos perpetrados no seio social)”. (LIMA, 2015, p. 318)<sup>39</sup>.*

Traz-se à tona, aqui, a ideia de inconstitucionalidade em face da **proteção insuficiente**<sup>40</sup> de direitos fundamentais sociais, que, ao lado da inconstitucionalidade em face do excesso do Estado, consiste em uma das faces do princípio da proporcionalidade<sup>41</sup>. Em ensinamento clássico sobre o tema, Lênio Streck assevera 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 materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador*<sup>42</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio, tenha-se em mente que, se o legislador ordinário, agindo despido de parcimônia na escolha dessas posturas estatais, passar a considerar que

---

39 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

40 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).

41 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).

42 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.

quase tudo equivale a conferir tratamento como culpado ao réu processado sem condenação definitiva, conseqüentemente inúmeras medidas essenciais à efetividade do processo penal seriam vedadas pois contrárias ao princípio da presunção de inocência.

Com efeito, no limite, caso se dê amplitude demasiadamente alargada ao que seja “*tratar alguém como culpado*”, toda e qualquer medida adotada pelo Estado persecutor durante a fase investigatória ou instrutória contra o investigado ou réu seriam inconstitucionais, já que quaisquer delas, de certo modo, colocam no mínimo sob suspeita a noção de que o indivíduo ainda não condenado definitivamente é inocente. **Canotilho e Moreira** compartilham da mesma 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*”<sup>43</sup>.

Assim, considerando ser inexorável ao processo penal ser integrado por medidas estatais restritivas da esfera de direitos do réu, justificadas com base no pressuposto, implícito ou explícito, de que sob o réu pairam suspeitas que colocam em xeque seu *status* de inocência, entende-se, aqui, que a vedação, pelo legislador, a qualquer dessas medidas restritivas, sob o argumento de que elas afrontariam o princípio da presunção de inocência, não pode comprometer a efetividade da tutela penal a ponto de levar à “*total inoperância do sistema, notadamente o criminal-constitucional*”<sup>44</sup>.

**Ou seja: o legislador ordinário, ao desempenhar a tarefa de definir o que vem a ser tratar alguém como culpado para fins de incidência do princípio da presunção de**

43 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>.

44 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.

**inocência, não pode, a pretexto de proteger em grau máximo direitos individuais do réu, proteger em grau mínimo ou insuficiente os direitos fundamentais dos cidadãos contra agressões de terceiros, 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**

À luz dessa conclusão é que a escolha plasmada no art. 283 do CPP - de vedar a execução provisória da pena - não passa no teste de constitucionalidade: é que ela extrapola os limites possíveis do que seja tratar alguém como culpado para fins de incidência do art. 5º, inc. LVII da CF/88, na medida em que, ao fazê-lo, compromete em grau inaceitável a eficácia da tutela penal, deixando desprotegidos bens jurídicos a que o Estado incumbe proteger.

O art. 283 do CPP, na redação conferida pela Lei 12.403 de 2011 não pretendeu tratar do princípio da presunção de inocência. Cuidou de alterar os termos constitucionais, que expressam a proibição de prisão arbitrária. O art. 283 do CPP reproduz, de modo distorcido, o inciso LXI do art. 5º da Constituição.

Explica-se. Sabe-se que o complexo sistema recursal brasileiro, da forma como foi desenhado, permite que, na prática, o réu condenado apenas deixe de apresentar recursos quando se “conformar” com a condenação – o que, a toda evidencia, pode jamais acontecer. E isso por que há sempre a possibilidade de se manejar novos recursos contra as sucessivas decisões prolatadas no curso do processo penal. Veja-se um breve resumo disso<sup>45</sup>:

**(i)** todos os acórdãos condenatórios proferidos pelos Tribunais brasileiros podem ser objeto de recursos extremos ao STJ e ao STF.

**(ii)** Caso os recursos extremos sejam inadmitidos, é cabível interposição de agravo nos próprios autos (art. 1.042, CPC), sendo que o presidente do Tribunal *a quo* não pode obstar o processamento deste agravo (art. 1.042, § 2º, CPC). Portanto, o agravo (nos próprios autos) subirá, para que a decisão sobre o não recebimento dos recursos especial ou extraordinários seja revista pelo Tribunal *ad quem* (STJ ou STF).

---

45Barbagalo, 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>.

**(iii)** Quando a parte entender que a decisão desafia ambos os recursos (especial e extraordinário), ela deverá apresentá-los conjuntamente, sendo que, se ambos forem rejeitados, deverá, igualmente, insurgindo-se, apresentar dois recursos de agravos (art. 28, Lei n. 8.038/90 e art. 1042, §6º, CPC). Entretanto, os autos inicialmente serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça (art. 27, § 3º, 8.038/90 e art. 1031, *caput*, 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 (art. 27, § 4º, Lei n. 8.038/90 e art. 1031, § 1º, CPC) para verificar a prejudicialidade e se a vislumbrar, analisar o caso, 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 seus consectários é que os autos seguirão finalmente ao Supremo.

**(v)** rejeitado o agravo contra a decisão que inadmitiu os recursos extremos, caberá agravo regimental para a turma (art. 28, § 5º, Lei n. 8.030/90 e art. 1.021, CPC);

**(vi)** resolvida a questão pela turma, poderão ser apresentados embargos de divergência (art. 29, Lei n. 8.038/90 e art. 1.043, CPC) e sempre poderá ser apresentado um embargo de declaração quando se entender que a decisão não é suficientemente clara, apresenta ambiguidade ou contradição (art. 263, RISTJ).

**(vii)** 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.

**(viii)** 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.

**(ix)** 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 (art. 317, RISTF), os embargos de divergência (art. 330, RISTF) e sempre (decisões colegiadas ou monocráticas) os embargos de declaração (art. 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<sup>46</sup>”, 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 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”<sup>47</sup>.

O perfil do sistema recursal no processo penal brasileiro, assim, ao permitir a interposição sucessiva de uma infinidade de recursos e outros mecanismos de impugnação da condenação, **acaba possibilitando que o momento do trânsito em julgado<sup>48</sup> da decisão condenatória se protraia no tempo de modo quase que infinito – a depender da disposição da defesa de recorrer.**

Essa constatação, combinada com a exigência - conseqüência 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 **conseqüências alternativas: ou** a prisão do réu condenado, por ter que aguardar o trânsito em julgado, ocorre apenas muitos anos, em geral décadas, após a prática do fato criminoso; **ou** a pena de prisão nem chega a ser executada face à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

No que tange à **conseqüência** de fazer com que a eventual prisão do réu condenado ocorra apenas muitos anos após a prática do fato criminoso, é certo que ela acarreta inúmeros efeitos danosos à jurisdição em geral. Uma pena aplicada tanto tempo depois da prática da conduta criminosa que lhe deu causa perde muito de sua legitimidade e justificativa, já que “quando se julga além de um prazo razoável se está julgando um homem com-

46 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>

47 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>

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

*pletamente distinto daquele que praticou o delito*<sup>49</sup>”. Aqui, mostra-se bastante atual a lição que, ainda no século XVIII, Beccaria forneceu a respeito do tema:

*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 efeito*<sup>50</sup>.

Além disso, um intervalo excessivo entre o fato e a imposição da pena equivale a dar uma resposta penal a um conflito que certamente já não mais existe, e que, muitas vezes, sequer é lembrado pelos envolvidos. Neste caso, a extemporaneidade da resposta retira-lhe a razão de ser.

Por fim, permitir-se que transcorram anos entre o ilícito penal e a prisão de réu já condenado por Tribunal gera, por certo, uma sensação na sociedade de que a lei penal não é aplicada, de que as decisões judiciais não são cumpridas – de que a Justiça não funciona, para ser mais simples. Por oportunas, vale transcrever as palavras de 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, levaremos 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 descrer na justiça e enfraquecer o fator de intimidação que a pena deve ter. Se tivéssemos um Judiciário de resposta rápida, em que a pessoa ficasse cinco anos solta, mas apenas seis meses, e depois fosse julgada e presa, assim, teríamos um forte fator de dissuasão da criminalidade*<sup>51</sup>”.

Mas ainda pode ser pior: a exigência de se aguardar o trânsito em julgado da condenação para, só então, levar à prisão o réu condenado não raras vezes produz como **consequência** não a aplicação de uma pena já carente de legitimidade e justificativa (por estar

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

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

51 Atas 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](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp)>, acesso em 8 de outubro de 2012 (destacamos).

sendo aplicada muitos anos após o crime), mas, sim, a própria inaplicação de qualquer pena, tendo em conta a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Ora, como a interposição de recursos extremos pela defesa não interrompe a fluência do prazo prescricional, a necessidade de se aguardar o seu julgamento para que, só então, possa se iniciar o cumprimento da pena imposta pelo Tribunal tem conduzido à **ocorrência massiva da prescrição da pretensão punitiva (em geral na modalidade intercorrente) ou executória.**

No que tange à prescrição da pretensão executória, sabe-se que ela começa a correr com o trânsito em julgado da condenação para a acusação (art. 112, I do CP), e tem como o seu primeiro marco interruptivo o início do cumprimento da pena (art. 117, IV, do CP). Dessa forma, como, na prática, a defesa poderá manejar incontáveis recursos contra a condenação e protrair ao máximo no tempo o trânsito em julgado, não é difícil perceber que a prescrição da pretensão executória inevitavelmente ocorrerá 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 seu fluxo iniciado com o trânsito em julgado da condenação para a acusação, e tem como o seu marco final o trânsito em julgado para ambas as partes. Como, na prática, a defesa poderá manejar incontáveis recursos contra a condenação e protrair o máximo no tempo o trânsito em julgado, e como a defesa tem o incentivo de assim fazê-lo por saber que o réu não será preso enquanto o trânsito em julgado não ocorrer, não é difícil perceber que a prescrição da pretensão punitiva na modalidade intercorrente inevitavelmente ocorrerá se o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes for vedado.

**Conforme restará exemplificado em momento posterior nesta peça,** antes de o STF mudar seu entendimento e, em 2016, passar a permitir a execução provisória da pena, ano a ano eram centenas de ações penais em que o Estado, apesar de reconhecer ter ocorrido a prática do delito (em geral mediante duas decisões condenatórias, uma de 1º grau e a outra de 2º grau), simplesmente deixava de lhes dar qualquer resposta penal justamente face à ocorrência da prescrição da pretensão executória ou punitiva na modalidade intercorrente. A sensação de impunidade e a descrença na Justiça em razão dessa constrangedora realidade eram patentes.

Ambas as consequências advindas da vedação da execução provisória da pena – ou seja, ou a oferta de uma resposta penal extemporânea (dada muitos anos após a prática do crime) ou a completa ausência de resposta penal (face à prescrição) - atingem o Direito Penal precisamente naquilo que lhe singulariza, ou seja, na sua condição de ser o ramo do Direito que fornece o respaldo teórico e instrumental para o exercício do dever estatal de punir terceiros por agressões a bens jurídicos a que o Estado, por força constitucional, incumbe proteger.

Repita-se: considerando que, no Brasil, o trânsito em julgado da condenação, na prática, somente ocorrerá quando a defesa assim permitir, exigir-se 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**.

E um sistema penal com esse perfil é **disfuncional** em um grau inaceitável, e sob duas óticas: **primeiro**, ele deixa de dar resposta adequada e suficiente aos conflitos penais que lhe são submetidos, deixando de tutelar, assim, bens jurídicos relevantes à sociedade (função retributiva do Direito Penal); e **segundo**, ele deixa de produzir ameaça ou efeito intimidatório intenso e sério o bastante a inibir a prática de novos crimes (função preventiva do Direito Penal).

Quanto ao último ponto acima mencionado, é quase intuitivo que um Estado que não oferece respostas suficientes e adequadas aos conflitos penais que lhe incumbe solucionar perde a sua credibilidade enquanto guardião de direitos fundamentais e sociais, transmitindo a indesejada mensagem da impunidade. A sensação de impunidade, por seu turno, é um conhecido combustível que move a engrenagem social em direção à nova prática de crimes.

E a razão disso é muito simples. Sem adentrar demasiadamente em considerações teóricas – que refogem ao escopo deste parecer-, sabe-se que o **processo decisório** do sujeito que se depara com a possibilidade de praticar crimes baseia-se, em geral e idealmente, em considerações de custo/benefício: simplificadamente, diz-se que se ele antevê que o **proveito** possivelmente decorrente do crime (montante da vantagem econômica, por exemplo) supera os seus **custos** (calculados em função da pena prevista em lei para o delito e **probabilidade de o sujeito ser por ele perseguido e punido**), então a tendência é que esse sujeito opte por delinquir.

Essa é a ideia subjacente ao conceito de efeito “*deterrence*” (ou dissuasório) formulado por Gary Becker em sua Teoria da Escolha Racional<sup>52</sup> – e que, aliás, tem iluminado o desenho de sistemas de persecução penal ao redor do mundo -, segundo o qual, quando se deparam como a possibilidade de cometer crimes, sujeitos racionais<sup>53</sup> serão dissuadidos e deixarão de delinquir apenas se o custo de punição esperado (“*expected punishment cost*”) superar os ganhos esperados (“*expected gain*”)<sup>54</sup> advindos do ato ilegal.

Ocorre que a **probabilidade de o criminoso ser punido** pelo seu crime é uma das variáveis da equação acima mencionada. Quanto maior essa probabilidade for, maior será a capacidade que um dado sistema penal terá de produzir um efeito intimidatório forte o suficiente a evitar a prática de novos crimes<sup>55</sup>. E a produção desse efeito intimidatório – direta-

---

52“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<sup>1</sup> 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 juseconômica 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](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/28_2.pdf)

53Como 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.

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

55“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 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).

mente vinculada à capacidade estatal de punir – é simplesmente essencial para que um dado sistema penal funcione<sup>56</sup>.

A disfuncionalidade do sistema penal brasileiro já foi, inclusive, reconhecida em âmbito internacional; nesse sentido, confira-se as considerações por parte da Comissão responsável por acompanhar a implementação, pelo Brasil, do Convenção Interamericana contra a corrupção:

[224] Cumpre salientar que, com exceção do representante da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),<sup>197</sup> todos os participantes da sociedade civil, inclusive os acadêmicos,<sup>198</sup> 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 freqüência 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 relatório<sup>57</sup>)

Diante disso, a escolha plasmada no art. 283 do CPP – especificamente no ponto em que veda a execução provisória da pena – mostra-se incompatível com a Constituição, mais precisamente com o seus artigos 5º, *caput*, 6º, *caput* e 144, uma vez que ela, a pretexto de proteger em grau máximo direitos individuais do **réu**, compromete em grau inaceitável a

56 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](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/28_2.pdf))

57 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](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf)

funcionalidade do sistema penal no país, deixando desprotegidos bens jurídicos a que o Estado incumbe proteger. Ela deve, portanto, ser rechaçada por essa Suprema Corte.

#### **IV - Mérito 2 - o outro lado da moeda: a execução provisória não ofende a proporcionalidade em sua faceta de proteger o réu em face do excesso estatal**

##### **IV.a A prisão após decisão condenatória de 2ª instância resulta de um juízo exaustivo e definitivo acerca da culpa do réu.**

Como visto anteriormente, o art. 283 do CPP, no ponto em que veda a execução provisória da pena, ultrapassou os limites possíveis de conformação do que seja tratar alguém como culpado para fins de incidência do art. 5º, inc. LVII da CF/88, na medida em que, ao fazê-lo, comprometeu em grau inaceitável a eficácia da tutela penal, deixando desprotegidos bens jurídicos a que o Estado incumbe proteger. Por tal motivo, trata-se de preceito legal parcialmente inconstitucional, precisamente por promover uma proteção insuficiente de direitos fundamentais individuais e sociais, como a vida, a integridade física e a segurança. Há, nesse mesmo diapasão, ofensa ao princípio da proporcionalidade em sua vertente positiva (da qual derivam deveres de proteção).

Mas, além disso, é preciso destacar que a execução provisória da pena privativa de liberdade não representa, por outro lado, qualquer excesso por parte do Estado. Noutras palavras: a prisão do réu condenado pelas instâncias ordinárias, restando pendentes de julgamento apenas recursos extremos, não representa medida desproporcional e excessiva, hipótese em que ela poderia ser considerada inconstitucional por ofensa ao proporcionalidade em vertente negativa (da qual resultam deveres de abstenção).

Com efeito, o cumprimento da pena de prisão imposta por decisão colegiada, após longo processo penal em que garantidos todos os direitos inerentes ao devido processo legal (inclusive as regras de prova e de tratamento decorrentes da presunção de inocência) e examinados profundamente os fatos da causa, não pode ser considerado uma medida fruto de um juízo precitado acerca da responsabilidade do réu. Muito pelo contrário: trata-se de medida (a prisão) resultante de um juízo acerca da culpa verdadeiramente vertical e exaustivo, feito pelas únicas instâncias judiciais que, no sistema processual brasileiro, possuem atribuição para fazê-lo.

É de conhecimento notório e foi exaustivamente abordado por essa Suprema quando do julgamento do HC n. 126.292/SP e do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP – razão pela qual este MPF não se alongará sobre o tema nesta oportunidade – que, no Brasil, são as instâncias ordinárias (1º e 2º graus de jurisdição) que se debruçam sobre os fatos da causa penal, discutindo todos os aspectos da materialidade e autoria delitivas e, ao final, definindo a responsabilidade penal do réu.

Assim, o réu condenado à pena de prisão pelas instâncias ordinárias o foi precisamente por que as autoridades judiciais com atribuição exclusiva para tanto entenderam estar comprovada a culpabilidade, o que engloba a comprovação do fato típico e do vínculo que liga esse fato ao acusado. Uma vez definida a culpabilidade, ela não poderá mais ser rediscutida pelo STJ ou STF em sede de recursos extremos, já que, diante da feição do sistema constitucional recursal brasileiro, a cognição, nestes recursos, é limitada à matéria de direito.

Daí que o réu que, condenado à pena de prisão pelas instâncias ordinárias, for preso mesmo que pendentes recursos extremos interpostos contra a condenação, é alguém cuja culpa já foi definida, e o foi em caráter definitivo. As chances, em favor da defesa, de alteração do decreto condenatório (redução de pena) ou mesmo de absolvição do réu podem até existir, mas elas em geral não se devem a questões relacionadas à culpa, mas, sim, ao reconhecimento da prescrição, causas de diminuição de pena ou erros em dosimetria da pena; **além disso, trata-se de chances de reversão ínfimas, conforme comprovam diversos estudos empíricos.**

De fato, pesquisas estatísticas realizadas para medir o índice de sucesso de recursos extremos interpostos pela defesa em matéria criminal indicam que esse índice beira à insignificância.

No que tange ao universo dos **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 deles 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*”. E, aprofundado na análise desses números, restou identificado 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 dosimetria<sup>58</sup>”.*

Diversamente do que sustentam os requerentes e os amigos da corte destas ações, o cenário não é muito diferente quando se volta a atenção ao universo de **recursos especiais** em matéria criminal interpostos pela defesa: a sua taxa de sucesso também é ínfima.

Nessa linha, recente pesquisa<sup>59</sup> feita pela Coordenadoria de Gestão da Informação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), amplamente 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, os ministros que compõem as duas turmas de direito criminal do STJ decidiram pela substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos; e em 0,76% foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva. Para realizar tal pesquisa, foram examinadas decisões proferidas, entre 1/09/2015 a 31/08/2017, pelos 10 Ministros que compõem as 5 e 6 turmas do STJ, no julgamento de Recursos Especiais e de Agravos em Recursos Especiais.

Esses números demonstram que, ao se possibilitar a prisão do réu condenado nas instâncias ordinárias, mesmo que pendente recursos extraordinário e/ou especial, dificilmente se estará levando à prisão alguém que será absolvido depois, quando do julgamento de tais recursos pelo STF e/ou STJ.

O máximo que poderá acontecer, e ainda assim muito raramente (o que se deduz do exame dos dados acima referidos), é que a prisão atinja alguém que, posteriormente, tenha sua pena reduzida no julgamento dos recursos extraordinário ou especial, alterando-se, assim, o regime de cumprimento de pena, ou possibilitando-se, assim, a imposição de pena restritiva de direitos, a provocar a revogação da custódia provisória. Essa remota possibilidade, todavia, não deve levar ao retorno à realidade existente antes do julgamento ARE n. 964.246/SP : uma realidade marcada por um sistema penal que, por punir tardiamente ou simplesmente

<sup>58</sup> Dados extraído do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso quando do julgamento, pelo STF, do HC n. 126.292/SP.

<sup>59</sup> Pesquisa em anexo.

não punir, mostrava-se constrangedoramente disfuncional, em patente violação aos deveres de proteção estatal plasmados na Constituição.

Ora, situações remotas como as acima narradas podem ser enfrentadas na alargada via do *habeas corpus*, a ser impetrado contra a decisão que autorizar a execução provisória da pena, 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) no julgamento do recurso especial por ele interposto; o mesmo poderá ser feito em sede de medida cautelar no recurso especial.

Além disso, possibilidades remotas e extraordinárias como as acima narradas – sempre analisáveis via *habeas corpus* ou cautelares, repita-se - não justificam que, sob o pretexto de evitá-las, enfraqueça-se todo o sistema de persecução penal no país, com inúmeros prejuízos à efetividade da Justiça, e, inclusive à confiança que a população nela deposita. Vale dizer: **o remédio, na tentativa de curar o paciente, não pode ser forte a ponte de matá-lo.**

Aqui, é oportuno transcrever as lúcidas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, externadas em voto ofertado quando do julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44:

“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 recalcitrantes 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.”

Todos esses argumentos demonstram que, ao contrário do que afirmam os requerentes, a execução provisória da pena de prisão não é desproporcional e, muito menos, levará injustamente a prisão réus cuja culpa ainda não esteja satisfatoriamente demonstrada, muito pelo contrário. Por outro lado, trata-se de medida essencial a corrigir a grave disfunção que historicamente acomete o sistema penal do país.

#### **IV.b Efeitos colaterais decorrentes da vedação da execução provisória da pena – recursos protelatórios, morosidade e seletividade**

Há que se salientar, ainda, que a vedação à execução provisória da pena, a par de comprometer a funcionalidade do sistema penal brasileiro por fazê-lo incapaz de punir adequada e suficientemente – o que, por si só, impõe que ela seja rechaçada face à sua inconstitucionalidade -, produz ainda consequências colaterais que reforçam essa disfuncionalidade. Elencam-se, aqui, de modo exemplificativo e sem maiores aprofundamentos, três dessas consequências: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, a morosidade da Justiça e a seletividade do sistema penal.

Já se discorreu anteriormente sobre o complexo sistema recursal penal brasileiro, o qual, na prática, permite que uma dada condenação penal seja atacada por diversos, sucessivos e ilimitados recursos. Um manejo estratégico, pela defesa, desse manancial de recursos permitirá que o momento do trânsito em julgado se protraia no tempo. Isso, associado à vedação à execução provisória da pena, tem como resultado a extinção do poder de punir estatal pela prescrição.

Ora, diante disso, o incentivo a recorrer contra a condenação penal existe em grau máximo no Brasil, independentemente das chances de êxito recursal. Tendo ou não razão, a defesa poderá, sempre, evitar o trânsito em julgado e, assim, o cumprimento da pena, alcançando-se quase sempre a prescrição. Não é difícil compreender, assim, por que o Poder Judiciário brasileiro tem sido historicamente vítima de uma imensidão de recursos protelatórios. O caráter protelatório dos recursos em matéria penal se comprova pelo seu baixíssimo percentual de êxito, conforme demonstram os estudos acima referidos.

Ocorre que, sendo escassos os recursos materiais e humanos à disposição do Poder Judiciário, o fato de este ser assoberbado por impugnações meramente protelatórias – avidadas apenas para retardar o trânsito em julgado da condenação - atinge em cheio sua eficiência judicial, ou seja, a sua capacidade de dar respostas adequadas aos conflitos da vida que lhe são apresentados – essa, aliás, a sua vocação primeira. Por resposta adequada entende-se, aqui, aquela que, a um só tempo, é correta tecnicamente e é proferida em tempo.

Como consequência, ao centrar seus recursos humanos e materiais para apreciar e julgar impugnações despidas de qualquer chance de sucesso, o Poder Judiciário estará deixando de aplicar esses mesmos ativos para a resolução de conflitos que, verdadeiramente, ainda pendem de solução. Estes ficarão no aguardo de uma resposta, e a criticada morosidade do Poder Judiciário se acentuará.

Entretanto, o cenário acima pincelado conta com uma variável ainda não mencionada aqui, mas que, certamente, o influencia sobremaneira: é que, embora seja certo que o incentivo a se recorrer mediante a interposição de recursos extremos protelatórios seja bastante alto (já que o benefício daí decorrente é máximo), é igualmente certo, por outro lado, que, no Brasil, nem todos possuem condições financeiras de arcar com os custos advindos da interposição *ad eternum* de recursos. A lógica sugere que apenas os réus mais abastados possuem tamanha disponibilidade de recursos.

Tal circunstância, aliás, foi notada por Fernando Brandini Barbagalo: *“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, resalte-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”.* E continua Fernando Brandini Barbagalo: *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?*

Faz-se coro, aqui, à observação feita pelo Ministro Luis Roberto Barroso quando do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, segundo o qual *“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”***.

Assim, a vedação à execução provisória da pena produz como efeito colateral indesejado uma situação que acentua a já existente seletividade do sistema penal brasileiro. Neste, alguns poucos, por terem condições financeiras de apresentar recursos sucessivos contra 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 aos seus conflitos.

Os históricos precedentes formados quando dos julgamentos dos Habeas Corpus n. 126.292 e ARE n. 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.

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<sup>60</sup>.

Outro argumento utilizado pelos requerentes desta ADC é o de que a execução provisória da pena contribui para a conhecida situação superlotação carcerária existente no país (situação que, por violar massivamente direitos fundamentais dos detentos, foi reconhecida como inconstitucional pelo STF no julgamento da ADPF n. 347).

Ocorre que não há dados que suportem o receio expressado pelos requerentes. Muito pelo contrário: estudo empírico recentemente realizado demonstra 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<sup>61</sup>”*.

Sobre o tema, a Subprocuradora-Geral da República Luíza Cristina Fonseca Frischeisen produziu a Nota Técnica n. 1/2017<sup>62</sup>, pedindo-se vênias para se transcrever, aqui, seus principais trechos:

(...) 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 delitos 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 delito de tráfico de drogas.

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

61 HARTMANN, Ivan A.; KELLER, Clara Iglesias; VASCONCELOS, Guilherme; NUNES, José Luiz; CARNEIRO, Letícia; 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.

62 Doc. em anexo

14. Como cediço, o tráfico é o delito 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 delito, 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 delitos, 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 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 delitos 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

Por todas as razões antes expostas, requer o Vice-Procurador-Geral da República o seguinte:

(i) em sede 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 desta ADC n. 54, com o seu conseqüente não conhecimento;

(i.b) o não conhecimento desta ADC por ausência dos pressupostos materiais ao overruling do precedente vinculante formado no julgamento do ARE n. 964246/SP;

(ii) no mérito, a improcedência de todos os pedidos feitos nesta ADC n. 54, em razão da inconstitucionalidade parcial do art. 283 do CPP, especificadamente no ponto em que veda a execução provisória da pena.

Brasília, 16 de julho de 2018.

**Luciano Mariz Maia**  
Vice-Procurador-Geral da República,  
no exercício do cargo de Procurador-Geral da República