



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 176/LJ/2018-REFD  
Sistema Único nº 22240/2018

HC nº 152752/PR

Relator: **Ministro Edson Fachin**  
Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outros  
Paciente: **LUIS INÁCIO LULA DA SILVA**

Excelentíssimo Senhor Ministro Edson Fachin,

*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NÃO CABIMENTO DE HC CONTRA LIMINAR (ENUNCIADO 691 DA SÚMULA DO STF). NO MÉRITO: PRECEDENTE VINCULANTE DO STF (ARE 964246). PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PRESERVADA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBSERVADO. CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. *DISTINGUISHING* OU *OVERRULING INEXISTENTES*. ARTIGO 283 DO CPP.

1. É incabível *habeas corpus* contra decisão liminar do STJ, conforme enunciado 691 da Súmula, sobretudo porque a decisão impetrada fundamenta-se em precedente vinculante do STF.
2. A pretensão preventiva de impedir a execução provisória da pena de prisão determinada em acórdão condenatório do TRF da 4ª Região, após esgotado o duplo grau de jurisdição esbarra no precedente vinculante do Plenário do STF, no ARE 964246. O STF decidiu que não fere a presunção de inocência o início do cumprimento de pena quando esgotado o duplo grau de jurisdição e ainda pendente de julgamento recursos aos Tribunais superiores.
3. As decisões do Plenário do STF em recursos extraordinário com repercussão geral, como no ARE 964246, tem eficácia vinculante geral.
4. Há identidade entre os fatos relevantes examinados neste *Habeas Corpus* e os do precedente vinculante (ARE n. 964.246/SP). Não é caso de *distinguishing*.

5. Não é caso de *overruling* do precedente vinculante (ARE 964.246), porque não houve mudança da Constituição, nem dos fundamentos de fato e de direito que o amparam. Sua revogação representaria triplo retrocesso: para o sistema de precedentes, que perderia estabilidade e credibilidade com reforma de decisão aprovada há pouco mais de um ano; para a persecução penal, que perderá eficácia inibitória e repressiva, ensejando prescrição e prevalência de recursos protelatórios; e para a confiança no sistema de justiça, com restauração da percepção de impunidade vigente antes do precedente vinculante (ARE 964246).

6. O princípio da presunção de inocência (artigo 5º-LVII Constituição) é compatível com o do duplo grau de jurisdição. Os direitos individuais do réu são assegurados pela revisão da condenação pelo tribunal.

7. O trânsito em julgado da condenação não condiciona a presunção de inocência. O artigo 283 do CPP deve compatibilizar-se com a Constituição, ao invés de condicionar sua interpretação.

8. A execução provisória da pena determinada pelo acórdão condenatório não causa constrangimento ilegal ao paciente: a decisão está fundamentada, não é precipitada e resulta de juízo exaustivo e definitivo sobre fatos e provas.

9. Parecer pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, no mérito, pela sua denegação.

A PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA, no uso de suas atribuições constitucionais, vem expor e requerer o que se segue.

## I. DOS FATOS

1. Cristiano Zanin Martins e outros impetraram *habeas corpus* preventivo, com pedido de liminar, perante o Supremo Tribunal Federal em favor de LUIS INÁCIO LULA DA SILVA. Alegam que seria iminente o constrangimento ilegal sobre a liberdade do paciente em

decorrência de decisão monocrática do Ministro Humberto Martins, Vice-Presidente<sup>1</sup> do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu pedido de liminar no *Habeas Corpus* nº 434.766 - PR (2018/0018756-1).

2. Afirmam que no dia 24 de janeiro de 2018, o paciente foi condenado pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região à pena de 12 (doze) anos e 1 (um) mês de reclusão, pela prática dos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, no julgamento da apelação criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000-PR.

3. O acórdão condenatório confirmou a sentença condenatória, elevou a pena e determinou o início de sua execução após o esgotamento do duplo grau de jurisdição.

4. Contra esta decisão do Tribunal intermediário, foi impetrado o *Habeas Corpus* nº 434.766-PR (2018/0018756-1) no Superior Tribunal de Justiça, cujo Vice-Presidente, Ministro Humberto Martins, indeferiu o pedido de liminar em decisão monocrática datada de 30/01/2018, solicitou informações ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região e solicitou a manifestação do Ministério Público Federal.

5. Inconformado com o indeferimento da medida liminar, **LUIS INÁCIO LULA DA SILVA** impetrou este *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal, pretendendo impedir o início da execução da pena aplicada pelo TRF-8ª Região e garantir ao paciente que responda ao processo em liberdade até o trânsito em julgado de eventual decisão penal condenatória.

6. A defesa argumenta, em síntese:

**(i)** a execução da pena antes do trânsito em julgado do acórdão penal condenatório causa constrangimento ilegal ao paciente, porque afronta o princípio constitucional da presunção de inocência;

**(ii)** o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão, por apertada maioria, sem caráter vinculante nos autos do HC 126.292, das ADCs 43 e 44 e do Agravo no Recurso Extraordinário nº 964.246/SP ;

**(iii)** o Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e dos arts. 105 e 147 da Lei de Execução

<sup>1</sup> No exercício da Presidência do STJ.

Penal, que devem ser aplicados pelos Tribunais, com fundamento no princípio da legalidade;

(iv) as decisões do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292, nas cautelares da ADC 43 e 44 e no Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246/SP tornou a execução provisória da pena uma possibilidade, e não uma obrigação, devendo sua aplicação ser avaliada no caso concreto;

(v) os mencionados precedentes não podem ser aplicados a este *habeas corpus*, porque:

(v.1) haveria afronta ao artigo 93-IX da Constituição, porque ao determinar a execução provisória da pena, o acórdão condenatório não teria fundamentação idônea sobre a necessidade de recolhimento do paciente à prisão, fazendo mera citação da súmula 122 do TRF4;

(v.2) os elementos concretos da causa evidenciarão a desnecessidade do cumprimento antecipado da pena;

(v.3) as teses de direito que serão invocadas pelo paciente, no recurso extraordinário que será interposto perante o STF, são dotadas de plausibilidade jurídica.

7. É o relatório.

## II. O PEDIDO DE *HABEAS CORPUS*

8. Os impetrantes pedem *habeas corpus* preventivo para impedir ordem judicial de prisão do paciente quando se esgotar a jurisdição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O paciente foi condenado em primeira instância e teve sua condenação confirmada pelo TRF-4ª Região, que elevou sua pena para 12 anos e 1 mês de reclusão. O duplo grau de jurisdição ainda não se esgotou, pois há recursos pendentes de julgamento no âmbito daquela Corte.

9. Os impetrantes receiam que o TRF-4ª Região, em cumprimento ao trecho do acórdão que determinou a execução provisória da pena quando finda a jurisdição do Tribunal, decreta a prisão do paciente, com fundamento nas decisões do Supremo Tribunal

Federal nos julgamentos, ocorridos em 2016, do HC n. 126.292/SP, de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44 e no Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP.

10. É fato notório que o Supremo Tribunal Federal mudou sua jurisprudência a partir de fevereiro de 2016, quando o Plenário decidiu o HC n. 126.292/SP e declarou constitucional a execução da pena após o esgotamento do duplo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento recurso extraordinário ou recurso especial nos dois Tribunais Superiores.

11. Em seguida, em 05.10.16, o Supremo Tribunal Federal reafirmou esta decisão no julgamento de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44.

12. Finalmente, em dezembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, com repercussão geral<sup>2</sup> e efeito cogente<sup>3</sup>, **consolidou seu novo entendimento** em acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA **PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA** (Constituição, 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.

<sup>2</sup> Extraí-se do andamento processual, no site do STF:

11/11/2016 - Reconhecida a repercussão geral e julgado o mérito com reafirmação de jurisprudência no PV. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber.

<sup>3</sup> Segundo Alexandre de Moraes, embora a decisão que resolve recurso extraordinário com repercussão geral não tenha efeito vinculante (tal como a súmula vinculante), o entendimento da Suprema Corte em julgamento de mérito de repercussão geral deverá ser observado em todas as instâncias judiciais, senão o STF cassará ou reformará, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 542.).

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

(Rel. Min. Teori Zavaski).

13. Os impetrantes pretendem impedir a aplicação deste precedente ao caso concreto e evitar a prisão do paciente, mesmo após esgotado o duplo grau de jurisdição. Sustentam que a decisão cogente do Supremo Tribunal Federal não reflete a melhor posição jurídica sobre o tema e alegam que o caso concreto tem especificidades que justificam esta não aplicação.

14. Após detida análise das alegações feitas neste *habeas corpus*, opino neste parecer que:

(i) o caso concreto não tem peculiaridade que afaste os precedentes do Supremo Tribunal Federal (ARE nº 964.246/SP e HC nº 126.292/SP), de modo que estes podem ser aplicados;

(ii) a execução provisória da pena é constitucional e compatível com a presunção de inocência sempre que a condenação observar o duplo grau de jurisdição, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal; e sua vedação, contida no artigo 283 do Código de Processo Penal, é incompatível com a Constituição.

### III. DO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS: ENUNCIADO Nº 691 DA SÚMULA DO STF

15. Este pedido de *habeas corpus* não pode ser conhecido porque esbarra no enunciado n.º 691 da Súmula do STF,<sup>4</sup> que consolida a jurisprudência dominante na Corte há muitas décadas, desde que foi aprovado pelo Plenário da Corte em 24.09.2003 com o seguinte teor:

<sup>4</sup> O enunciado 691 da Súmula do STF foi aprovado em sessão Plenária. Tem como **referência legislativa** a Constituição Federal de 1988, artigo 102, I, "i". Tem como **precedentes**: [HC 80081](#) (Publicações: DJ de 19/10/2001, RTJ 180/958); [HC 80550](#) (Publicação: DJ de 14/05/200, Republicação: DJ de 18/05/2001), [HC 80631](#) (Publicação: DJ de 06/04/2001); [HC 80316](#) (Publicações: DJ de 24/11/2000, RTJ 176/371); [HC 80287](#) (Publicação: DJ de 06/10/2000); [HC 79748](#) (Publicações: DJ de 23/06/2000, RTJ 174/233); [HC 79350](#) (Publicação: DJ de 24/03/2000); [HC 79238](#) (Publicação: DJ de 06/08/1999); ([HC 76347 QQ](#) (Publicação: DJ de 08/05/1998), [HC 70648](#) (Publicações: DJ de 04/03/1994, RTJ 153/931).

*“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”*

16. Na situação em *exame*, o ato atacado é justamente a decisão que indeferiu o pedido de liminar no âmbito do STJ (HC n.º 434.766-PR). Nesta linha, centenas de precedentes do STF reafirmam a validade do enunciado 691 (HC 144537 AgR/SP, HC 138886 AgR/GO e HC 142997 AgR/PE).

17. O ponto fundamental da preliminar é o respeito ao devido processo legal. O enunciado afirma que o Superior Tribunal de Justiça não exerceu sua jurisdição no Habeas Corpus lá impetrado, apenas examinou o pedido de liminar. Enquanto o STJ não decidir o pedido feito naquele Habeas Corpus, não é possível abrir a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, que consiste em examinar a decisão daquela Corte Superior.

18. Inviável, portanto, superar o obstáculo do enunciado 691 da Súmula do STF.

#### **IV. MÉRITO 1: RESPEITO À DECISÃO VINCULANTE DO STF SOBRE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

##### **IV.A. SOBRE EFEITOS VINCULANTES E A DECISÃO DO STF NO ARE 964.246.**

19. Os impetrantes argumentam que o precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, no ARE 964.246/SP, não se aplica à ação penal em que o paciente **LUIS INÁCIO LULA DA SILVA** foi condenado pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Alegam que o precedente não teria eficácia vinculante *erga omnes*, de modo que sua observância não seria obrigatória. Acrescentam que este precedente sofreu temperamentos em decisões posteriores de alguns Ministros do STF e que a revisão de entendimento seria clara. Cita o HC 136.720/PB, cujo julgamento inconcluso teve início em 08/08/2017 na Segunda Turma, e no qual a maioria negou a execução provisória da pena antes do respectivo trânsito em julgado da decisão<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> O julgamento desse HC, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, foi suspenso em 08.08.2017, em razão do pedido de vista do Ministro Edson Fachin. O Relator, em seu voto, concede a ordem para que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello anteciparam seu voto, acompanhando o Relator.

20. Estas alegações trazem implicações que reclamam o exame da **extensão dos efeitos vinculantes**<sup>6</sup> da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 964.246/SP. É preciso verificar se tem eficácia vinculante *erga omnes*<sup>7</sup> ou *inter partes*<sup>8</sup>.

21. Até recentemente, para responder a esta questão – cujo deslinde atinge todas as demais suscitadas no pedido de *habeas corpus* –, a doutrina costumava apontar duas diferenças entre as decisões da Suprema Corte: no controle concentrado e no controle difuso de constitucionalidade. A primeira diferença provinha da própria natureza das

<sup>6</sup> Inteiramente cabível, aqui, a ressalva feita, em obra doutrinária, pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

“Todas as decisões judiciais produzem efeitos vinculantes. Quando tais efeitos obrigam apenas às partes do caso concreto, afirma-se que os efeitos são vinculantes e *inter partes*; quando a orientação firmada em um julgado tem de ser observada nos demais casos futuros e idênticos, afirma-se que produzem efeitos vinculantes e gerais (*erga omnes*). Entretanto, o jargão jurídico vem utilizando a expressão efeito ou precedente vinculante para referir-se a esta segunda categoria de precedentes, cujos efeitos obrigatórios ultrapassam o caso concreto e equivalem aos efeitos dos *binding precedents do common law*. Trata-se de uso menos técnico, porém consolidado na comunidade jurídica. Por essa razão, a menção a efeitos ou a precedentes vinculantes neste trabalho designará sempre aqueles entendimentos que firmam orientações gerais obrigatórias para o futuro.”

(BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 160-161 e 235-248).

<sup>7</sup> Isto é, se se aplica a todos, com força para vincular todos os órgãos jurisdicionais. Na doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, o efeito vinculante "... 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)." (*in MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas*).

<sup>8</sup> Isto é, se possui força para vincular apenas as partes das demandas nas quais foi proferido, servindo de mero reforço argumentativo e fonte de interpretação do direito para os demais órgãos jurisdicionais.

Há inúmeras classificações sobre tipos de eficácia dos precedentes judiciais no Brasil. Grande parte delas refere-se a pelo menos dois tipos de eficácia citados neste parecer (embora não raro sob outra nomenclatura): a) eficácia vinculante geral ou *erga omnes*; b) eficácia meramente persuasiva. A este respeito, Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso afirmam:

“Diante das considerações acima, pode-se afirmar que os precedentes judiciais, no direito brasileiro, produzem três espécies de eficácia. 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



decisões. Enquanto no controle concentrado o STF resolve questões jurídicas desvinculadas de um caso concreto (*a priori*), de forma objetiva e geral, como o pedido principal de uma ação originária (*principaliter tantum*); no controle difuso, resolve questões suscitadas em recursos extraordinários (*a posteriori*) considerando as peculiaridades do caso concreto, os interesses subjetivos das partes, de forma incidental (*incidenter tantum*). A segunda diferença decorria da extensão dos efeitos vinculantes. Enquanto no controle concentrado a decisão judicial tem eficácia vinculante geral, no controle difuso tem eficácia vinculante *inter partes*. Neste último caso, haveria extensão a terceiros se a lei declarada inconstitucional tivesse sua eficácia suspensa por Resolução do Senado Federal, nos termos do artigo 52-X da Constituição.

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

23. Ou seja, as decisões do STF no julgamento de recursos extraordinários ou no controle difuso de constitucionalidade, sempre que oriundas do Plenário, têm caráter objetivo, desprendido do caso concreto e de suas especificidades. O controle difuso de constitucionalidade, nesse passo, quando feito pelo Pleno da Suprema Corte, perde a marca tradicional do "controle concreto" (à luz das peculiaridades do caso concreto) para assumir a natureza de "controle abstrato", em que a questão jurídica é analisada em tese, ainda que de forma incidental<sup>9</sup>.

---

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>).

<sup>9</sup> Mais uma vez, nas palavras do Ministro **Gilmar Mendes**, citadas por **Freddie 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.*

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

25. Nesta realidade jurídica, vigente desde a EC 45 de 2004, a distinção tradicional entre as decisões da Suprema Corte no controle concentrado e no controle difuso, que se baseava na natureza objetiva ou subjetiva de cada uma delas, deixou de existir.

26. Resta examinar se persiste a segunda diferença que havia entre essas duas decisões, relativa à extensão *erga omnes* ou *inter partes* da eficácia vinculante delas emanada.

27. A resposta é negativa, por mais de um motivo.

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

*“... como a questão constitucional com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume outro status. Não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões*

---

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.)

*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 artigo 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>.*

29. Acentue-se que são praticamente idênticos os requisitos para alçar uma questão ao Pleno do STF nos modelos concentrado e difuso, de modo que não há razão substancial para diferenciar os efeitos das decisões tomadas em cada um deles. A posição da Corte a respeito está claramente afirmada pelo Ministro **Gilmar Ferreira Mendes** quando disse que “*a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental*”<sup>11</sup>.

30. Finalmente, consolidando a autoridade dos precedentes no Brasil – que aproxima a ordem jurídica brasileira (de *civil law*, de tradição romano germânica) à ordem jurídica do *common law* –, a Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) estabeleceu recentemente o caráter vinculante *erga omnes* dos precedentes do Pleno do STF em recursos extraordinários com repercussão geral. É o que consta dos artigos 489-

<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

§1º-VI<sup>12</sup>, 927-I a III<sup>13</sup> e 988-§5º-II<sup>14</sup> do Novo Código de Processo Civil (CPC). Assim, atualmente, a decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral pelo Pleno do STF sobre constitucionalidade de norma tem efeito *erga omnes* e deve ser obrigatoriamente observada por todas as instâncias jurisdicionais do país. O seu desrespeito por qualquer delas enseja o cabimento de reclamação constitucional.

31. Sob estas premissas, a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 964.246/SP, com repercussão geral, tem eficácia vinculante *erga omnes* (geral), ao contrário da pretensão do paciente neste *habeas corpus*.

32. O fato de este precedente ter eficácia vinculante geral gera duas consequências que interessam à solução deste pedido de *habeas corpus*. A primeira é a de que obriga a todos os órgãos jurisdicionais do país, de modo que, segundo se extrai diretamente do artigo 489-§1º-VI do CPC, é nula qualquer decisão que, apreciando questão jurídica idêntica, “*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*”. A segunda, de certo modo contida na primeira, é a de que sua inobservância só é possível quando o caso em julgamento for distinto do precedente obrigatório (um caso de distinção, ou *distinguishing*), ou quando for o caso de revogação do precedente por alteração de condições e requisitos (um caso superação, ou *overruling*).

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

<sup>14</sup> Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

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

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

33. Por lealdade processual, é de se verificar se este *habeas corpus* expõe fatos diferentes dos que conduziram ao paradigma (quando seria caso distinção ou *distinguishing*), ou, se a situação enseja a revogação do precedente (quando seria caso de superação, ou *overruling*).

#### **IV.B. EXAME DE DISTINÇÃO (DISTINGUISHING)<sup>15</sup>**

34. A inobservância do precedente vinculante em razão de distinção (*distinguishing*) ocorre quando fatos relevantes distinguam o caso em análise e o paradigma. Patrícia Perrone Campos Mello esclarece que “*uma nova causa pode apresentar fatos diferentes, mas juridicamente irrelevantes, circunstância em que se afirmará a identidade entre as duas ações e na qual, por consequência, a decisão da nova demanda deverá observar o entendimento proferido no caso anterior. Um novo caso pode, contudo, envolver situação de fato sutilmente diferente, porém a diferença pode ser relevante do ponto de vista jurídico. Há diferença juridicamente relevante quando a nova situação de fato atrair o debate sobre regras ou sobre princípios que não se aplicavam à situação anterior*”<sup>16</sup>.

35. Ocorre que os fatos são idênticos neste *habeas corpus* e no paradigma (ARE n. 964.246/SP). Em ambos questiona-se a possibilidade de executar a pena aplicada em acórdão condenatório proferido por Tribunal, após o regular exercício do duplo grau de jurisdição, com contraditório e ampla defesa assegurados e de acordo com o devido processo legal, determinando-se a prisão do réu, antes do trânsito em julgado para todas as partes.

36. Os impetrantes argumentam que o precedente vinculante não deve ser aplicado ao caso concreto, porque seria distinto em razão das seguintes particularidades:

(i) o acórdão que determina a execução da pena do paciente ofendeu o artigo 93-IX da Constituição, porque não apresentou fundamentação idônea sobre a necessidade desta medida e faz mera citação do enunciado 122 da Súmula do TRF4;

<sup>15</sup> CPC, art. 489-§1º-VI

<sup>16</sup> O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Encontrado em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842>.

(ii) os elementos concretos evidenciam a desnecessidade do cumprimento antecipado da pena;

(iii) as questões de direito que serão invocadas pelo paciente no recurso extraordinário que irá interpor perante o STF terão plausibilidade jurídica, razão pela qual não deve ser executada provisoriamente a pena de prisão já que esta se funda em condenação que certamente será revertida.

37. A primeira alegação (item i, acima) não é causa de *distinguishing*. O argumento é tautológico: sob o pretexto de apresentar particularidade nega a própria essência do acórdão.

38. Antes do precedente vinculante oriundo do ARE n. 964.246/SP, o início da execução da pena aplicada pelo Tribunal dependia do trânsito em julgado da condenação para todas as partes. Fora dessa hipótese, a prisão do réu condenado por Tribunal só era possível por razões cautelares e diante da prova de seus requisitos legais.

39. O citado precedente vinculante veio justamente permitir a prisão do réu condenado por Tribunal antes do trânsito em julgado da condenação para as duas partes e independentemente de razões cautelares. A essência deste precedente é estabelecer que a observância do duplo grau de jurisdição cumpre a exigência constitucional da presunção de inocência: por isso, a condenação do réu por Tribunal autoriza o início da execução da pena, ainda que pendentes de julgamento recursos extraordinários e especial, pois estes não permitem reexame dos fatos. A Constituição não exige terceiro ou quarto grau de jurisdição: exige apenas o duplo grau. Como os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo sobre a decisão condenatória do Tribunal, não impedem a produção dos efeitos dos acórdãos condenatórios por eles impugnados. Por isso, o início da execução da condenação, com a prisão do réu, pode ocorrer logo após o encerramento da jurisdição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com o julgamento dos recursos ali interpostos pelo réu. Após o esgotamento da jurisdição, haverá o início da execução da pena aplicada, como efeito imediato decorrente do acórdão condenatório.

40. Segundo o STF, portanto, o início da execução da pena de prisão após a decisão definitiva do Tribunal pode ocorrer antes do trânsito em julgado da condenação e independe da presença dos requisitos da prisão cautelar. É efeito resultante da condenação do Tribunal, ainda que venha a ser impugnada por recurso (extraordinário ou especial) sem efeito suspensivo.

41. Não é caso, pois de *distinguishing*. A rigor, este mesmo argumento foi examinado pelo Plenário do STF quando julgou o ARE 964.246/SP. Este caso concreto, oriundo do TRF-4ª Região, e o paradigma em nada se diferenciam quanto à possibilidade de execução provisória quando esgotada a jurisdição do Tribunal de apelação, sem demonstrar a necessidade da custódia. O argumento dos impetrantes não nega a essência do precedente, ao contrário. Por isso não se está diante de situação para deixar de aplicá-lo.

42. O segundo argumento dos impetrantes também é improcedente. Alegam que os elementos da causa evidenciariam a desnecessidade do cumprimento antecipado da pena. Como visto acima, o Plenário do STF autorizou o início do cumprimento da pena aplicada pelo Tribunal para garantir a autoridade das decisões judiciais. No ARE n. 964.246/SP, o STF determinou que o réu condenado por Tribunal seja preso independentemente de isso ser, ou não, necessário para proteger no presente algum outro bem jurídico: como a segurança pública, a ordem econômica, ou a instrução processual. Estes são fundamentos para a prisão cautelar do acusado ou do investigado. No citado precedente, o Plenário do STF autorizou o início da execução da pena aplicada na ação penal, em razão da autoridade da decisão condenatória, após cumprido o duplo grau de jurisdição e observados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

43. Daí que a eventual circunstância de “os elementos da causa” evidenciarem – tal qual defendido pelos impetrantes – “a desnecessidade” do início da execução provisória da pena de prisão aplicada réu, ora paciente, é simplesmente irrelevante no presente caso: sendo necessária ou não, a execução provisória da pena determinada pelo acórdão definitivo do TRF-4ª (ou seja, quando houver o esgotamento da jurisdição do Tribunal) é legítima e absolutamente consentânea com a decisão do Plenário do STF no julgamento do ARE n. 964.246/SP.

44. Também não merece ser acolhido o terceiro argumento dos impetrantes, no sentido de que são dotadas de plausibilidade jurídica as questões de direito que serão suscitadas em favor do paciente no recurso extraordinário que será interposto perante o STF e que, por isso, deveria ser impedido o início de execução da pena, à conta de que a condenação será revertida.

45. Esta alegação exige, com a devida *venia*, um gigantesco esforço imaginativo, porque nem o recurso foi interposto, nem o argumento foi deduzido. Como rebatê-lo, se o recurso ainda não existe? De fato, como se sabe, ainda não foi interposto recurso extraordinário contra o acórdão condenatório proferido pela 8ª Turma do TRF-4 no dia 24/01/2018, o qual, aliás, ainda pode ser integrado ou substituído por nova decisão caso contra ele sejam opostos embargos declaratórios pela defesa do paciente ou pelo MPF, e estes sejam providos pelo Tribunal.

46. Ante o fato de que nenhum recurso extraordinário foi interposto contra o acórdão que condenou o paciente, por óbvio não há como antever as razões que nele serão utilizadas e, assim, aferir sua plausibilidade. Talvez por isso alguns dos fundamentos utilizados pelos impetrantes para demonstrar a plausibilidade de um futuro recurso extremo são expostos de modo telegráfico, sem clareza ou profundidade e com várias condicionantes. Não é este o modo como o direito opera nos tribunais. Com a devida *venia*, não faz sentido deixar de aplicar precedente vinculante do Plenário do STF e impedir a execução provisória da pena imputada ao paciente tendo em conta o **possível** acolhimento, pelo STF, de um **possível** recurso interposto contra o acórdão do TRF-4ª Região (o qual, repita-se, não esgotou sua jurisdição, e ainda pode ser modificado em decorrência de eventuais embargos de declaração).

47. Não é, pois, caso de *distinguishing*, pelo que é possível aplicar o precedente do Plenário do STF no ARE 964246/SP ao caso concreto.

48. Tampouco é caso de “superação do precedente” (*overruling*), conforme restará demonstrado adiante.



#### IV.C. EXAME DE OVERRULING

##### IV.C.1. REQUISITOS FORMAIS E PRESSUPOSTOS MATERIAIS DE SUPERAÇÃO (OVERRULING)

49. A revogação de precedentes vinculantes como o oriundo do ARE 964246/SP poderia decorrer de superação (*overruling*, quando “*um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente*”<sup>17</sup>). A superação do precedente, no entanto, deve observar requisitos **formais** (quanto ao modo de realização: o “como”) e pressupostos **materiais específicos** (quanto às hipótese de cabimento – o “quando”).

50. Estes requisitos formais e pressupostos materiais integram o sistema de precedentes vinculantes adotado no Brasil para conferir estabilidade, unidade e previsibilidade ao sistema jurídico. De fato, não há sistema estável, coeso e previsível se as Cortes Superiores não adotam critérios específicos para revogar os seus precedentes. A observância de critérios diferenciados para revogação do precedente vinculante é inerente a sua eficácia vinculante geral. Do contrário, será um precedente comum, com eficácia meramente persuasiva. O sistema de precedentes vinculantes despido de credibilidade e, assim, de efetividade e utilidade é o que despreza estes parâmetros.

51. Nesta linha, no que tange aos **requisitos formais** necessários à revogação de precedente vinculante, registre-se que o primeiro deles prescinde de maiores explicações: somente o órgão jurisdicional que produziu o precedente tem atribuição para revogá-lo. Vale dizer, “*a competência para a superação do precedente judicial é do órgão jurisdicional prolator do precedente judicial*”<sup>18</sup>, o que parece ser essencial para preservar o caráter efetivamente vinculante do precedente e, assim, permitir a consecução das finalidades mencionadas.

52. No que tange aos **requisitos formais**, a revogação de precedente vinculante só pode ser feita pelo órgão jurisdicional que o editou, mediante decisão motivada, de elevado ônus argumentativo, necessário para demonstrar que é caso de *overruling* (demostrando-se a

<sup>17</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Samo; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, v.2, p.456.

<sup>18</sup> Jesus, Priscilla Silva. TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

presença dos pressupostos materiais da revogação, adiante tratados). Ou seja, “*sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente seja expressamente tematizada*<sup>19</sup>”. Para tanto, segundo o artigo 927-§2º do CPC, “*a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese*”.

53. Os **pressupostos materiais** também devem estar presentes para que seja o caso de promover *overruling*. A jurisprudência do STF ainda é silente, pois há escassez de casos de revogação de precedentes em seu histórico.

54. Há vários entendimentos doutrinários sobre os pressupostos materiais do *overruling*. Caminham, em substância, para este sentido: a revogação do precedente vinculante é possível quando não mais corresponder aos padrões, segundo Melvin Eisenberg<sup>20</sup>: **(i)** de **congruência social**<sup>21</sup>, ou seja, revelar-se errado, injusto, obsoleto, agredindo o sentimento de justiça do cidadão comum; e **(ii)** de **consistência sistêmica**<sup>22</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>23</sup>.

<sup>19</sup> Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios.

<sup>20</sup> Eisenberg, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press. 1998, p. 104.

<sup>21</sup> Um 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).

<sup>22</sup> De 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).

<sup>23</sup> “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 conflitam 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 <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842>)

55. A incongruência e inconsistência devem ser robustas o suficiente para justificar o sacrifício dos valores que a preservação de precedentes vinculantes visa a proteger: a **estabilidade, unidade e previsibilidade** do sistema jurídico. 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**.

56. A propósito, Luiz Guilherme Marinoni trata o atentado à estabilidade da ordem jurídica causado pela alteração indiscriminada de precedentes obrigatórios nestes termos:

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

57. 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>24</sup>”.

58. 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.

#### ***IV.C.2. PRESSUPOSTOS MATERIAIS PARA OVERRULING DO PRECEDENTE NO ARE 964.246.***

59. Os pressupostos materiais necessários para superação (*overruling*) do precedente vinculante instituído no ARE n. 964246/SP não estão presentes.

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

61. O Plenário do STF aprovou este precedente vinculante há pouco mais de um ano, após profundo e maduro debate e deliberação. Por sua importância, tem sido acompanhado pela sociedade civil. A revogação deste importante precedente tão pouco tempo após sua instituição não favorece a garantia de um sistema jurídico estável e previsível: que são finalidades jurídicas próprias dos precedentes vinculantes.

<sup>24</sup>(Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios)

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

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

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

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

“E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais àquilo 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."

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

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

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

- para o sistema de precedentes do sistema jurídico brasileiro, que, diante de julgado vinculante revogado menos de um ano após a sua edição, perderia estabilidade e seriedade;

- para a persecução penal no país, que voltaria ao cenário do passado, de baixa efetividade, sempre ameaçada por processos penais infundáveis, recursos protelatórios e penas prescritas; e
- para a confiança e credibilidade na Justiça, porque haveria restauração da sensação de impunidade que vigorava antes do julgamento do ARE n. 964.246/SP.

69. Diante da ausência dos pressupostos materiais para a superação (*overruling*), o precedente vinculante formado no ARE 964246 deve ser mantido e aplicado ao caso concreto, com a consequente denegação deste pedido de *habeas corpus*.

## V. MÉRITO 2 : SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 283 DO CPP

70. Como exposto, o Ministério Público Federal sustenta que a constitucionalidade da execução provisória da pena **não** deve ser deliberada neste *Habeas Corpus*, porque já decidida pelo Plenário do STF em 2016, no julgamento do ARE 964.246.<sup>25</sup>

71. Considerando a eficácia vinculante *erga omnes* deste precedente, somada à ausência de pressupostos materiais para seu *overruling*, ele deve ser aplicado neste caso concreto para manter a execução provisória da pena aplicada pelo TRF4 assim que esgotada sua jurisdição.

72. De todo modo, serão explicitadas a seguir os fundamentos pelos quais o MPF afirma ser constitucional a execução provisória da pena aplicada pelo tribunal, nos termos do precedente vinculante, e inconstitucional sua vedação pela legislação ordinária (artigo 283 do Código de Processo Penal).

### V.A POSIÇÃO DO STF ACERCA DO ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

---

<sup>25</sup> Bem como do HC n. 126.292.

73. Os impetrantes argumentam que a execução provisória da pena aplicada pelo tribunal afronta o princípio constitucional de presunção de inocência e é expressamente vedada pelo artigo 283 do Código de Processo Penal. Por tal razão, segundo os impetrantes, esta norma processual deve ser aplicada ao caso concreto, com a consequente proibição da prisão do paciente.

74. Primeiramente, esclareça-se que, ao julgar o Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deliberou por maioria de votos, e afirmou que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede a execução provisória da pena de prisão após esgotada o duplo grau de jurisdição.

75. Este entendimento majoritário já havia prevalecido, meses antes, no julgamento da Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44<sup>26</sup>, no sentido de que *“não serve o artigo 283 do Código de Processo Penal 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”*.

76. A respeito do artigo 283 do Código de Processo Penal, o voto do Ministro Teori Albino Zavaski, no Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, esclarece a posição da maioria:

“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

<sup>26</sup> Em outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal indeferiu medida cautelar pedida nas ADCs 43 e 44, e deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 283 do Código de Processo Penal, para excluir a possibilidade de que esta norma seja interpretada para obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.



declaratórios, cujo âmbito está delimitado pelo artigo 619 do Código de Processo Penal.

Pode-se, quem sabe, objetar que houve omissão consistente na declaração da inconstitucionalidade do artigo 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 artigo 283 do Código de Processo Penal 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 artigo 283 do Código de Processo Penal teve que conviver com o disposto no seu artigo 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, artigo 995). A solução para permitir a convivência harmônica do artigo 283 do Código de Processo Penal 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”.

77. O Plenário do STF deixou claro, no julgamento do ARE 964.246, que a vedação da execução provisória da pena deixa desprotegidos os bens jurídicos protegidos pelo direito penal, como a vida e a segurança, o que não pode ser admitido. Este trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso esclarece este ponto:

“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.”**

78. Neste precedente vinculante, o Plenário do STF deliberou expressamente sobre a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, decidindo que **não pode obstar a execução provisória da pena após decisão do tribunal, cuja constitucionalidade foi reconhecida pela Suprema Corte.**

**V.B. O ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O ARTIGO 5º-LVII DA CONSTITUIÇÃO TÊM CONTEÚDOS DISTINTOS**

79. O Ministério Público Federal sustenta que o artigo 283 do Código de Processo Penal não pode vedar a execução provisória da pena aplicada pelo tribunal de apelação, sob

pena de inconstitucionalidade, razão pela qual ele não pode obstar a prisão do paciente assim que esgotada a jurisdição do TRF-4ª Região.

80. O artigo 283 do Código de Processo Penal **não** é mera repetição do artigo 5º-LVII da Constituição.

81. As regras são diferentes. A *Constituição estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, enquanto o Código de Processo Penal estabelece que *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante crime 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”*.

82. Percebe-se, sem muito esforço, que a Constituição garante a presunção de inocência ao estabelecer que *“ninguém será tratado como culpado”* antes do trânsito em julgado da respectiva condenação. Já a lei veda o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

83. A lei não regulamenta a norma da Constituição. Por isso, o artigo 283 do Código de Processo Penal não é inteiramente compatível com o artigo 5º-LVII da Constituição.

84. Em verdade, para que se defina se esta lei é ou não constitucional, é preciso verificar se regulamenta de modo razoável e legítimo o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º-LVII da Constituição, ou se o extrapola a ponto de afrontar a Constituição.

## V.C O ARTIGO 283 DO CPP E O ARTIGO 5º-LVII DA CONSTITUIÇÃO

### V.C.1 CONTEÚDO ESSENCIAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

85. É preciso compreender o **conteúdo essencial** do princípio da presunção de inocência no Brasil para resolver o pedido de *habeas corpus*. O artigo 5º-LVII da Constituição<sup>27</sup> o define. Todavia, há intensos debates doutrinários e jurisprudenciais desde

<sup>27</sup> Acerca da redação conferida pelo legislador constituinte ao artigo 5º-LVII, confira-se o que disse o Ministro Cesar Peluso: “Vamos agora tentar fazer uma síntese dos desdobramentos do alcance do princípio,

a inserção do princípio no texto constitucional de 1988<sup>28</sup>. Muitos estudiosos do tema afirmam a importância de se conhecer a **arqueologia** do princípio da presunção de inocência, ou seja, a reconstituição histórica da sua evolução, para que se compreenda o preceito do artigo 5º-LVII da Constituição<sup>29</sup>.

86. Destaca-se aqui apenas os marcos da construção deste princípio constitucional que influenciaram o legislador constituinte de 1988. São eles:

(i) a edição da Declaração do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa de 1789, cujo artigo 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 é o de coibir o rigor desnecessário do poder de punir estatal, em reação a arbitrariedades no uso do processo penal pelo monarca. 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>30</sup>. A ideia subjacente a esse dispositivo, considerado a primeira

---

sobretudo perante a nossa Constituição de 1988, que o adotou de modo expresso no artigo 5.º, LVII. Nenhuma Constituição anterior o consagrou literalmente. E é muito interessante rever a história da redação desse inciso, porque o artigo 43, § 1.º, 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).

<sup>28</sup> Embora 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.

<sup>29</sup> Nessa 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>

positivação do princípio da história<sup>31</sup>, tornou-se, dali por diante, um postulado universal, influenciando boa parte dos diplomas constitucionais que vieram a ser editados ao redor do globo.

(ii) a aprovação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU), que, sem caráter cogente, estabelece a seguinte recomendação: *"Todo homem tem direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade seja provada de acordo com a lei, em julgamento público, com todas as garantias da defesa"*. Fixa 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 provar a responsabilidade penal é do Estado.

(iii) a promulgação da Constituição italiana de 1947, cujo artigo 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>32</sup>. É evidente a semelhança entre o artigo 27 da Constituição italiana com a redação do 5º-LVII da Constituição; em razão disso, há autores que consideram que o texto

<sup>30</sup> 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>.

<sup>31</sup> BATISTI, Leonir. Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

<sup>32</sup> Barbagalo, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais. Encontrado em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>.

italiano serviu de inspiração para o brasileiro<sup>33</sup>, embora não haja registro expresso nesse sentido nos trabalhos da Assembleia Constituinte.

87. Estes três marcos do desenvolvimento histórico do princípio da presunção de inocência revelam o seu conteúdo essencial; que serve de parâmetro interpretativo do artigo 5º-LVII da Constituição.

88. Sob tais parâmetros, o princípio da presunção de inocência tem basicamente duas dimensões. A primeira delas, inspirada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, é a de funcionar como regra de prova, de modo que as consequências de eventual incerteza sobre a materialidade e autoria delitivas beneficiam o réu (*in dubio pro reu*), impondo uma carga material da prova às partes acusadoras. Segundo o Ministro Luis Fux, “o princípio da presunção da inocência, na vertente moderna, tem um significado diverso do mero adágio *in dubio pro reo*. A meu juízo, a melhor formulação é o *standard anglo-saxônico*, no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável, impondo, com acerto, um pesado ônus probatório à acusação. O exame histórico evidencia que o princípio da presunção da inocência está fortemente vinculado à questão probatória no processo penal<sup>34</sup>.”

89. A segunda delas, influenciada pela Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, é de servir como regra de tratamento<sup>35</sup> do réu no processo penal, vetando-se antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, em situações práticas, palavras e

<sup>33</sup> Nesse 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.).

<sup>34</sup> Trecho do voto proferido pelo Ministro no julgamento da ADC n. 30.

<sup>35</sup> 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>

gestos<sup>36</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.”*

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

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

92. No silêncio da Constituição, a lei pode dispor. Refletindo sobre esta questão, o ministro Gilmar Mendes esclarece que *“o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado (...). Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui<sup>37</sup>”*.

---

<sup>36</sup> “O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (HC 95.886, Relator Ministro **Celso de Mello**, Segunda Turma, DJe-228, de 4/12/09).

<sup>37</sup> Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC n. 126292/SP.

93. 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 norma do artigo 283 do Código de Processo Penal é legítima quando inclui 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 artigo 5º-LVII da Constituição, seria constitucional. Não é, todavia, o que ocorre.

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

94. Ao regulamentar o princípio da presunção da inocência previsto no artigo 5º-LVII da Constituição, notadamente quanto às atividades do Estado que impliquem em tratamento do réu como culpado, ainda não definitivamente condenado, a lei deve equilibrar **dois vetores axiológicos** de igual relevância para o processual penal brasileiro: de um lado, o dever estatal de assegurar ao acusado a aplicação dos seus direitos constitucionais fundamentais e, de outro, o dever estatal de conferir efetividade à tutela penal<sup>38</sup>. Estes dois vetores vinculam-se às duas principais finalidades do direito penal: garantir a defesa individual e ser instrumento de persecução penal estatal.

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

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

<sup>38</sup> Segundo Scarance Fernandes, a harmonização da presunção de inocência com a segurança pública é uma das tendências do direito processual penal contemporâneo, que busca o equilíbrio entre assegurar ao acusado a aplicação dos seus direitos fundamentais e dotar os sistemas persecutórios de maior eficiência para fins da segurança social. Nesse ponto, os direitos fundamentais da liberdade e da segurança conferem aos indivíduos o direito a que o Estado atue positivamente para estruturar órgãos e criar procedimentos que, concomitantemente, lhes deem segurança e lhes garantam a liberdade. (FERNANDES, 2008, p. 231-233).



97. Acerca do dever de proteção e segurança, “*considerada a infração penal como violação de um bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não somente lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta também a harmonia e a estabilidade indispensáveis à vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública*”<sup>39</sup>. Assim, o “*dever de garantir a segurança está, além de evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável. (Fischer, 2009, p. 4). Exatamente por isso, “resta invidiosa a existência do direito da sociedade coletividade ao acesso à efetiva justiça penal (eficientes investigação administrativa e persecução judicial dos crimes perpetrados no seio social)*”. (Lima, 2015, p. 318)<sup>40</sup>.

98. Examina-se este dever pela lente da proteção insuficiente<sup>41</sup> de direitos fundamentais sociais. Ao lado da inconstitucionalidade por excesso do Estado, a proteção insuficiente consiste em uma das faces do princípio da proporcionalidade<sup>42</sup>. Lênio Streck esclarece que “*a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de*

<sup>39</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 163.

<sup>40</sup> 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

<sup>41</sup> 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).

<sup>42</sup> 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).

*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 conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador<sup>43</sup>.*

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

100. No limite, caso a lei amplie demasiadamente o que seja “*tratar alguém como culpado*”, toda e qualquer medida adotada em face de alguém durante a investigação ou na ação penal seria inconstitucional, já que em certa medida coloca o indivíduo no mínimo sob suspeita. **Canotilho e Moreira** compartilham esta preocupação ao afirmarem que “*não é fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência do argüido. Considerado em todo o seu rigor verbal, o princípio poderia levar à própria proibição de antecipação de medidas de investigação e cautelares (inconstitucionalizando a instrução criminal em si mesma) e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade (o que equivaleria à impossibilidade de valorização das provas e aplicação e interpretação das normas criminais pelo juiz)*. Em sentido semelhante, **René Ariel Dotti** defende que “*não é possível adotar uma interpretação literal desse direito-garantia, porque ela conduziria ao paradoxo frente às medidas cautelares de restrição de liberdades e direitos (busca e apreensão, interceptação de comunicações e dados etc.) e até mesmo diante das formas de prisão provisória adotadas pela generalidade dos sistemas processuais<sup>44</sup>*”.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Encontrado em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/columnistas/rene-ariel-dotti/o-processo-penal-constitucional---alguns-aspectos-de-relevo-dp37vc8ce3yr3v4vgz1oxdkgy>.

101. É inexorável que o processo penal seja integrado por medidas restritivas de direitos do investigado ou réu, que se justificam quando sobre ele pairam suspeitas que exigem investigação, para proteger direitos de terceiros. Se a lei vedasse a investigação ou a ação penal com base no caráter absoluto da presunção de inocência comprometeria a efetividade da tutela penal a ponto de levar à *“total inoperância do sistema, notadamente o criminal-constitucional”*<sup>45</sup>.

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

***V.C.3. VEDAR A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA CONTRIBUI PARA A DISFUNCIONALIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO***

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

104. O complexo sistema recursal permite que, na prática, o condenado só deixe de apresentar recursos quando se “conformar” com a condenação, o que pode jamais ou tardar muito a acontecer. Por isso, há sempre a possibilidade de novos recursos contra as sucessivas decisões no curso da ação penal, impedindo o trânsito em julgado da decisão condenatória. Veja-se um breve resumo disso<sup>46</sup>:

(i) todos os acórdãos condenatórios dos Tribunais brasileiros podem ser objeto de recursos para o STJ e para o STF.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Barbagalo, Fernando Brandini. Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais. Encontrado em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/e-books/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>.

**(ii)** Caso tais recursos não sejam admitidos no tribunal intermediário, é cabível interpor agravo nos próprios autos (artigo 1.042, CPC), que o presidente do Tribunal intermediário não pode obstar, deve processar (artigo 1.042, § 2º, CPC) e remeter (nos próprios autos) ao STJ ou ao STF, para que a decisão sobre o não recebimento dos recursos especial ou extraordinários seja revista pelo Tribunal *ad quem* (STJ ou STF).

**(iii)** Quando o réu entender que a decisão permite interpor simultaneamente recursos (especial e extraordinário), deverá apresentá-los conjuntamente. Se ambos forem rejeitados, deverá, igualmente, insurgindo-se, apresentar dois recursos de agravos (artigo 28, Lei n. 8.038/90 e artigo 1042, §6º, CPC). Entretanto, os autos inicialmente serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça (artigo 27-§3º da Lei 8.038/90 e artigo 1031, *caput do CPC*), salvo quando a matéria constitucional for prejudicial ao tema tratado no recurso especial, caso em que será encaminhado o agravo (nos próprios autos) ao Supremo Tribunal Federal (artigo 27-§ 4º da Lei nº 8.038/90 e artigo 1031-§ 1º do CPC) para verificar a prejudicialidade e se ocorrer, decidir o recurso, para só então, encaminhar os autos de volta ao STJ.

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

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

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

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

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

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

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

105. Assim, *“constata-se que o sistema recursal brasileiro só encontra limite na capacidade (ou imaginação) do defensor do recorrente<sup>47</sup>”*. Diante de tais características do processo penal, pode-se afirmar que as decisões condenatórias 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*

<sup>47</sup> 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>

*direito material (indulto, anistia, abolitio criminis) e processual (revisão criminal e habeas corpus) criados para alterar essa espécie de decisão”<sup>48</sup>.*

106. O sistema recursal brasileiro, ao permitir a interposição sucessiva de uma infinidade de recursos e outros mecanismos de impugnação da condenação, possibilita que o momento do trânsito em julgado<sup>49</sup> da decisão condenatória se protraia no tempo de modo quase infinito, a depender da disposição da defesa de recorrer.

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

108. No que tange à consequência de retardar a prisão do condenado para momento muito posterior à data do fato criminoso, são inúmeros os efeitos danosos para a jurisdição penal. Uma pena aplicada sem imediatidade, ou seja, muito tempo depois da prática do crime perde seu efeito inibitório, inclusive porque “*quando se julga além de um prazo razoável se está julgando um homem completamente distinto daquele que praticou o crime*<sup>50</sup>”. É atual a lição de Beccaria:

*A presteza da pena é mais útil porque quanto mais curto o tempo que decorre entre o crime e a pena, tanto mais estreita e durável no espírito humano é a associação dessas duas ideias, crime 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*

<sup>48</sup> 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>

<sup>49</sup> No Brasil, o trânsito em julgado” de uma decisão se dá com o esgotamento de todos os recursos possíveis contra ela.

<sup>50</sup> LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 14.

*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>51</sup>.

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

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

*“Não podemos ter uma resposta lenta ao ponto de, se os tribunais do júri de São Paulo trabalhassem todos os dias, fazendo um julgamento, 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 descrever na justiça e enfraquecer o fator de intimidação que a pena deve ter. Se tivéssemos um Judiciário de resposta rápida, em que a pessoa não ficasse cinco anos solta, mas apenas seis meses, e depois fosse julgada e presa, assim, teríamos um forte fator de dissuasão da criminalidade*<sup>52</sup>”.

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

<sup>51</sup> BECCARIA, Cesare. Dos crimes e das penas. Tradução: José Roberto Malta, São Paulo: WVC Editora, 2002, p.57.

<sup>52</sup> 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).

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

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

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

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

116. As principais consequências advindas da vedação da execução provisória da pena após a condenação pelo tribunal são a resposta penal extemporânea (dada muitos anos após a prática do crime) ou a falta de resposta penal (face à prescrição). Ambas impedem o



Direito Penal de cumprir o seu papel de inibir novos crimes e de punir os infratores, de modo que o Estado não cumpre bem seu papel de proteger bens jurídicos por meio do direito penal.

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

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

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

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

121. O efeito “*deterrence*” (ou dissuasório) formulado por Gary Becker em sua Teoria da Escolha Racional<sup>53</sup> – que tem servido para o desenho de sistemas penais –,

<sup>53</sup> “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 cometerá um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo

consiste em que, quando se deparam com a possibilidade de cometer crimes, sujeitos racionais<sup>54</sup> serão dissuadidos e deixarão de delinquir se o custo de punição esperado (“*expected punishment cost*”) superar os ganhos esperados (“*expected gain*”)<sup>55</sup> advindos do crime.

122. A probabilidade de o criminoso ser punido pelo seu crime é um importante fator para o sistema penal. Quanto maior essa probabilidade, maior deverá ser o efeito inibitório do sistema penal, para evitar a prática de novos crimes<sup>56</sup>. A produção deste efeito inibitório – diretamente vinculada à capacidade estatal de punir – é essencial para que o sistema penal funcione bem<sup>57</sup>.

e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional. Nessa linha, algumas pessoas tornam-se criminosas não porque suas motivações básicas diferem das motivações das demais pessoas, mas por seus benefícios e custos diferirem. Essa abordagem faz ressurgir o debate entre os efeitos retributivos e dissuasivos das penalidades e pode ser resumido da seguinte forma:  $E[U] = (1 - P) XU(R) - P X U(R - C)$  [1] Nessa equação, “E[U]” é a utilidade esperada individual decorrente do cometimento do ilícito; “p” é a probabilidade de punição, logo, (1 - p) é a probabilidade esperada de não ser punido. “U” é a função utilidade individual do agente; “R” é o ganho ou renda obtida com a atividade ilícita; e “c” é o custo de ser punido. (...) De acordo com esse modelo, quando a expectativa “E[U]” é positiva, o agente tem incentivos para cometer o ilícito, do contrário, ele não tem incentivos. Aqui a probabilidade e a magnitude da punição são os elementos-chave para a análise 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)

<sup>54</sup> Como se vê, trata-se de ideia que toma como pressuposto teórico o conceito de “homem racional”, o qual, apesar de ser alvo de intensas críticas por parte de estudiosos do campo da psicologia moral e da economia comportamental, certamente ainda merece ser levada em conta ao se analisar o efeito “deterrence” (dissuasório) produzido por sistemas penais. E mais: tal ideia permanece aplicável com uma boa margem de segurança quando se está diante de criminosos de “colarinho branco”. É que estes são mais propensos a agir de modo racional, à luz de avaliações ligadas ao custo benefício da sua conduta, quando se deparam com a oportunidade de auferir vantagens com a prática de crimes econômicos.

<sup>55</sup> Becker, Gary. (1968). “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *The Journal of Political Economy* 76: 169-217

<sup>56</sup> “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).

<sup>57</sup> 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

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

[224] Cumpre salientar que, com exceção do representante da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),<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>58</sup>)

124. Por isso, o artigo 283 do Código de Processo Penal, no ponto em que veda a execução provisória da pena, é incompatível com a Constituição, cujos artigos 5º-*caput*, 6º-*caput* e 144, protegem direitos individuais do réu, mas não comprometem a funcionalidade do sistema penal no país, deixando desprotegidos bens jurídicos que o Estado deve proteger.

---

corrupção, pois o servidor provavelmente sairá impune. Nesse caso, a percepção popular está amparada por evidências empíricas”. (Ribeiro de Alencar, Carlos Higinio. 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))

<sup>58</sup> Mecanismo de Acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a corrupção. Relatório Final aprovado na sessão plenária de 14.09.12. Encontrado em [http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_bra\\_por.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf)

## VI. MÉRITO 3: A EXECUÇÃO PROVISÓRIA NÃO CARACTERIZA EXCESSO ESTATAL

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

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

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

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

128. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE. 964.246, deixou bem claro que o juiz e o tribunal de apelação são as instâncias ordinárias (1º e 2º graus de jurisdição) que examinam os fatos da causa, as provas da materialidade e da autoria do crime e decidem sobre a culpabilidade penal do réu.

129. O segundo grau de jurisdição é a última instância judicial em que as provas e os fatos são examinados. No tribunal de apelação, o réu tem sua última oportunidade de

contestar as provas e os fatos que o ligam ao crime. Para condená-lo, sua culpabilidade deve estar comprovada, o que engloba a comprovação do fato típico e do vínculo que o liga ao fato. Definidos na decisão do tribunal, os fatos e provas não poderão mais ser reexaminados pelo STJ ou pelo STF ao resolver os recursos extremos (chamados na lei de recurso extraordinário e recurso especial), os quais só podem suscitar questões de direito.

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

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

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

133. Verificou-se que *“o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria<sup>59</sup>”*.

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

<sup>59</sup> Dados extraído do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso quando do julgamento, pelo STF, do HC n. 126.292/SP.

135. Recente pesquisa<sup>60</sup> feita pela Coordenadoria de Gestão da Informação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), divulgada pelos meios de comunicação, indica que em apenas 0,62% dos recursos especiais interpostos pela defesa houve reforma da decisão de segunda instância para absolver o réu; em 1,02% dos casos, as duas turmas de direito criminal do STJ substituiu a pena (de prisão para pena restritiva de direitos); e em 0,76% aplicaram prescrição da pretensão punitiva.<sup>61</sup>

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

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

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

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

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

---

<sup>60</sup>Pesquisa em anexo.

<sup>61</sup> Nesta pesquisa, foram examinadas decisões proferidas entre 1/09/2015 a 31/08/2017 pelos 10 Ministros que compõem as 5ª e 6ª turmas do STJ, no julgamento de recursos especiais e de agravos em recursos especiais.

“Não se ignora que em relação a algumas unidades da federação verificam-se taxas mais elevadas de sucesso nesses recursos, especialmente os interpostos perante o STJ. Também não se ignora que, como o sistema prisional é integrado majoritariamente pela parcela mais vulnerável da população, que estes acabem sendo de alguma forma atingidos. Porém, entendo que o problema decorre especialmente do fato de que Tribunais em algumas unidades da federação se mantêm 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.”

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

#### **VI.B. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: RECURSOS PROTETATÓRIOS, MOROSIDADE E SELETIVIDADE**

142. A vedação à execução provisória da pena compromete a funcionalidade do sistema penal brasileiro ao torná-lo incapaz de punir a tempo, adequada e suficientemente o criminoso. Também traz outras consequências indesejadas: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, a morosidade da Justiça e a seletividade do sistema penal.

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

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

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

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

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



148. Fernando Brandini Barbagalo assinala:

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

(...)

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

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

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

150. Vedar a execução provisória da pena traz como efeito colateral indesejado uma situação que acentua a já existente seletividade do sistema penal brasileiro. Alguns poucos, com condições financeiras para pagar os custos de sucessivos recursos contra a condenação, logram livrar-se da sanção penal. Ao assim fazê-lo, todavia, estes poucos

abarrotam o Poder Judiciário de recursos protelatórios, em detrimento dos vários outros jurisdicionados que aguardam uma resposta judicial para seus conflitos.

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

## VII. OUTROS ARGUMENTOS E ALGUNS NÚMEROS

### VII.A. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: IMPACTO NA SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO PAÍS

152. Argumenta-se que a execução provisória da pena elevaria a superlotação carcerária.<sup>62</sup>

153. 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>63</sup>.

154. Sobre o tema, a Subprocuradora-Geral da República Luíza Cristina Fonseca Frischeisen emitiu Nota Técnica n. 1/2017<sup>64</sup>, da qual se extrai:

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

<sup>62</sup> Por violar direitos fundamentais dos detentos, esta superlotação foi declarada inconstitucional pelo STF no julgamento da ADPF n. 347.

<sup>63</sup> 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.

<sup>64</sup> Doc. em anexo

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

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

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

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

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

18. De fato, a prática demonstra que, especialmente nos processos originários de São Paulo, de onde provém a maior parte dos recursos para o STJ, é frequente que os acusados por tráfico respondam ao processo presos, mesmo para pequenas quantidades de entorpecentes apreendidos. Ressaltam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que demonstram a situação narrada: HC 417.520/SP, HC 399.325/SP, 394.754/SP, HC 390.156/SP, HC 388.736/SP.

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

(...).

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

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

155. 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.

### VIII. CONCLUSÃO

156. Ante o exposto, opino:

(i) pelo não conhecimento do pedido com fundamento no enunciado n.º 691 da Súmula do STF;

(ii) no mérito, pela denegação do *habeas corpus*, porque (i) ao caso se aplica o precedente vinculante (não é caso de *distinguishing*) e não se está diante dos pressupostos materiais necessários para superar (*overruling*) o precedente vinculante oriundo do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP; (ii) a execução provisória da pena aplicada por tribunal após esgotado o duplo grau de jurisdição é compatível com a presunção constitucional de inocência.

Brasília, 14 de fevereiro de 2018.

**Raquel Elias Ferreira Dodge**  
Procuradora-Geral da República