



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

**EXMO. SR. MINISTRO TEORI ZAVASCKI DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

HABEAS CORPUS Nº126.292/SP.

“Quando, um dia, o guarda me disse que eu estava lá há cinco meses, acreditei, mas não compreendi. Para mim, era sempre o mesmo dia, que se desenrolava na minha cela, e era sempre a mesma tarefa, que eu perseguia sem cessar. Nesse dia, depois de o guarda ter saído, olhei-me na minha bacia de ferro. Pareceu-me que a minha imagem ficava séria, mesmo quando tentava sorrir para ela. Agitei-me diante de mim. Sorri, e ela conservou o mesmo ar severo e triste. O dia acabava e era a hora de que não quero falar, a hora sem nome, em que os ruídos da noite subiam de todos os andares da prisão, num cortejo de silêncio. Aproximei-me da janela e, à última luz, contemplei uma vez mais a minha imagem. Continuava séria, e que há de espantoso nisso, se nesse instante eu também estava sério. Mas ao mesmo tempo, e pela primeira vez nos últimos meses, ouvi distintamente o som da minha voz. Reconheci-a como a que ressoava há longos dias aos meus ouvidos, e compreendi que, durante este tempo, falara sozinho. Lembrei-me, então do que dizia a enfermeira no enterro de mamãe. Não, não havia saída, e ninguém pode imaginar o que são as noites nas prisões” (ALBERT CAMUS. O Estrangeiro, Rio de Janeiro: Record, 1995, p. 84).

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP, fundado em 29 de novembro de 1874 e declarado de utilidade pública pelo Decreto Federal nº 62.480, de 28 de março de 1968, Decreto Estadual nº 49.222, de 18 de janeiro de 1968 e Decreto Municipal nº 7.362, de 26 de janeiro de 1968, associação civil de fins não econômicos, sediado à Rua Líbero Badaró, nº 377, 26º andar, Centro, CEP 01009-906, na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, devidamente inscrito no CNPJ/MF sob o n. 43.198.555/0001-00, neste ato representado por seu Presidente **JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO** (cfr. Documentos anexados em petição anterior de pedido de ingresso como *amicus curiae* que

**IASP**

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

aguarda o deferimento em sede de habeas corpus, como se deu no famoso caso Ellwanger (STF, HC 82.424-2-RS), vem, nos autos do Habeas Corpus nº126.292/SP, no qual se discute a *possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória após o julgamento em segundo grau de jurisdição*, na qualidade de ***amicus curiae***, com fundamento no disposto nos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal, opor os presentes **embargos de declaração** em face do v. acórdão, com base no parecer anexo da lavra do Eminentíssimo Jurista e Professor RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA, ILUSTRE PROFESSOR TITULAR DE DIREITO PENAL E VICE-DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (Anexo 1), fazendo-o pelos motivos aduzidos abaixo.

“Os embargos de declaração não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-lo o órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal”

(Ministro MARCO AURÉLIO, STF, AI 163.047-5/PR)

1. DA TEMPESTIVIDADE.

O v. acórdão, contra o qual se opõem os presentes Embargos de Declaração, foi publicado no D.J.E. no último dia 17.5.16, terça-feira, começando a correr o prazo no primeiro dia útil subsequente (CPP art. 798), é dizer, o dia 18.5.16, quarta-feira. Evidenciado o termo inicial, tem-se claro que o prazo de dois dias para oposição destes embargos declaratórios se encerra no dia 19.5.16, quinta-feira, do que se verifica sua inequívoca tempestividade.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

2. DO CABIMENTO DOS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - DA OMISSÃO DO V. ACÓRDÃO ORA EMBARGADO COM RELAÇÃO AO ART. 283 DO CPP.

Ab initio, embora, ordinariamente, não possa o *amicus curiae* recorrer, o novo Código de Processo Civil excepciona duas hipóteses em que lhe é dado interpor recurso, entre as quais se inserem justamete os embargos de declaração:

“CAPÍTULO V

DO AMICUS CURIAE

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

*§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, **ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.***

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.

§ 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”.

E, com o devido acato, os presentes embargos são opostos pelo fato de o v. acórdão padecer de omissão que

**IASP**

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

merece ser sanada **porque desenvolveu toda a fundamentação numa hermenêutica do art. art. 5.º LVII, da Constituição Federal, olvidado a expressa letra da lei do art. 283 do Código de Processo Penal.**

Com efeito, o v. acórdão se omitiu quanto ao art. 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi alterada pela Lei 12.403 de 2011, justamente para se adequar à jurisprudência desta E. Corte, passando a prever expressamente que a prisão de uma pessoa só pode ocorrer, salvo nos casos de flagrante ou de preventiva, ***após o trânsito em julgado do processo, verbis:***

*Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*

Essa omissão precisa e merece ser sanada por meio do julgamento dos presentes embargos de declaração.

Feitas essas considerações iniciais, passemos ao mérito dos presentes embargos declaratórios.

3. DO OBJETO DA DEMANDA: BREVE RELATO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de paciente condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo, com **direito de recorrer em liberdade.**

**IASP**

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

O paciente havia apelado dessa condenação, mas cuja sentença foi integralmente mantida pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, que determinou a imediata expedição de mandado de prisão contra o paciente.

Contra essa ordem, houve a impetração de habeas corpus no e. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, cuja liminar foi indeferida por seu Presidente, Ministro FRANCISCO FALCÃO.

Nesse quadro, impetrou-se novo *habeas corpus* junto a esse e. Supremo Tribunal Federal, com fundamento, além dos dispositivos constitucionais e legais asseguradores da presunção de inocência (CF, art. 5.º LVII, e CPP art. 283), em pacífica jurisprudência da Corte, consolidada ao longo de mais de uma década, no sentido justamente da impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, à exceção apenas de prisões de natureza extrema, cautelares e preventivas, *v.g.*

Inicialmente, a liminar foi concedida por esse e. Ministro-Relator. Contudo, quando do julgamento do mérito, surpreendentemente, essa e. Corte entendeu por bem modificar sua até então pacífica jurisprudência para admitir a possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória após o julgamento em segundo grau de jurisdição, em desrespeito aos artigos 5.º, LVII, da CF, e 283 do CPP, como adiante se passará a demonstrar, em acórdão, ora embargado, assim ementado:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado”.

Eis a breve síntese dos fatos.

4. DA IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

Para além das questões individuais do caso concreto, a **questão objetiva** que se põe na lide é o alcance que deve dar ao princípio da presunção de inocência tal como insculpido na nossa Constituição Federal art. 5.º, LVII, o que levou, inclusive, forte na então jurisprudência garantista desta E. Corte, à alteração do art. 283 do CPP.

Nesse contexto, tem-se, às claras, a opção do constituinte de 1988 pela não culpabilidade até o trânsito em julgado:

Constituição Federal

Art. 5, LVII: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.*

A redação do texto normativo é absolutamente clara no sentido de impedir execução provisória da pena **antes** do trânsito em julgado, isto porque, o conceito jurídico de "*trânsito em julgado*" não admite outra interpretação senão



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

de que não "*não caibam mais recursos*", suspensivos ou não, é dizer, basta que recurso ainda haja para impedir a execução provisória da pena. Gostemos ou não, essa foi a opção política de nosso Constituinte, razão pela qual, com inteiro acerto, sustenta o Parecerista, o Eminentíssimo Jurista e Professor RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA, que tal alteração somente se poderia dar através de "*alteração constitucional, e não simples leitura jurisprudencial*", *verbis*:

*“A distinção da órbita brasileira, portanto, dá-se em função da construção constitucional brasileira, e, para alterá-la, e possibilitar uma situação paralela à vista em outros países, **seria necessário, também, uma alteração constitucional, e não simples leitura jurisprudencial.**”* (destacamos).

A esse respeito, importante lembrar a doutrina de FRIEDRICH MÜLLER que, há muito, consignava a impossibilidade de qualquer interpretação que produza norma (resultado da interpretação) **contrária** ao texto literal interpretado (programa normativo), *verbis*:

*“O texto constitucional, ou seja, **o teor literal da CF** demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. **Decisões que passam claramente por cima do teor literal da CF não são admissíveis**”* (destacamos).¹

¹ FRIEDRICH MÜLLER. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 64.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

Assim, o *programa da norma* (Normprogramm), é dizer, seu teor literal, é o **limite à interpretação jurídica legítima**.

Note-se que nem mesmo por *mutação constitucional* tal alteração poderia ter ocorrido, haja vista que a mutação constitucional encontra limites nas cláusulas pétreas e nos direitos fundamentais,² como é especificamente o caso da presunção de inocência.

E é indubitável a natureza de *direito fundamental* do princípio da presunção de inocência, como mui bem destacado pelo e. Parecerista, Professor RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA:

“O princípio da presunção de inocência é uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito. Atualmente, no Brasil, mostra-se insculpido na Constituição Cidadã, de 1988, no rol de direitos e garantias individuais, em seu art. 5, LVII [...] Sob esse aspecto, a presunção de inocência não somente se mostra como um direito subjetivo público, mas, também, um primado normativo e, dessa forma, parece aprioristicamente incabível sua restrição por modificação de entendimento jurisprudencial [...] Assim, a garantia da presunção de não-culpabilidade, ou de inocência, na verdade é garantia maior, verdadeiramente, da dignidade da pessoa humana. Em sentido contrário, o não respeito à presunção de inocência, ataca, mortalmente, tal dignidade” (destacamos).

² THIAGO RODOVALHO. *Ação declaratória de constitucionalidade, mutação constitucional e modulação dos efeitos*, in Clèmerson Merlin Clève. (Org.). *Doutrinas Essenciais - Direito Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. X, t.II, p. 1014.

**IASP**

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

Trata-se, portanto, de opção política do nosso constituinte, como garantia maior da dignidade da pessoa humana, insculpida em seu art. 5.^o, a encerrar, portanto, um direito fundamental e matéria de cláusula pétrea.

Logo, à exceção apenas de prisões de natureza extrema, cautelares e preventivas, *v.g.*, em que se façam presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*,³ não se admite a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

Sendo que a premissa adotada no voto condutor do v. acórdão ora embargado, *maxima venia concessa*, qual seja, da *efetividade das decisões condenatórias*, não pode dar guarida a uma *ruptura* com a garantista e sedimentada jurisprudência dessa E. Corte, em flagrante violação ao *literal texto constitucional*.

Não se pode permitir que, em razão de altos índices de criminalidade ou em virtude da ineficiência estatal na prestação jurisdicional em tempo hábil, sejam tolhidos direitos e garantias fundamentais do cidadão, como se ele fosse o culpado dessa ineficiência. Não podemos transferir tal responsabilidade do Estado para o cidadão. Não se pode atribuir ao acusado o problema da morosidade da Justiça e, por isso, tolher-lhe o direito fundamental à presunção de inocência garantido pelo art. 5.^o, LVII, da CF.

³ O *periculum libertatis* “consiste no processo de afeição pelo magistrado da necessidade de adoção antecipada da medida restritiva da liberdade, emprestando, assim, às prisões cautelares, sua verdadeira finalidade. A expressão deve ser compreendida, portanto, segundo a ótica do perigo que a liberdade do acusado trará para o processo, mas nunca como meio de antecipação do provimento final” (Leonardo Costa BANDEIRA. *Do Direito Constitucional de Recorrer em Liberdade*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 44 e 55).



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

Assim, “*se o Estado chamou a si o monopólio da prestação jurisdicional, deve assumir os ônus decorrentes dessa situação e não repassar aos jurisdicionados os efeitos originados de sua ineficiência e incompetência*”.⁴

Nesse sentido, também o entendimento do e. Parecerista, Professor RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA:

“O sentimento de impunidade pode, de fato gracejar na sociedade hodierna. As inúmeras denúncias de casos de corrupção, por exemplo, causam turbação na sociedade de modo bastante raro. Entretanto, a busca por uma efetividade não pode, jamais, sustentar uma agressão aos primados mais caros conquistados pela Constituição de 1988” (destacamos).

Demais disso, com a negação do direito fundamental à presunção de inocência, salvo em situações “especiais”, faria com que retrocedêssemos a um período de *insegurança jurídica* e *injustiça social*, em que uns tem mais dignidade que outros, como destaca o e. Parecerista:

“Além disso, ao mencionar, o voto condutor do HC nº 126.292/SP, que o sentido atribuível aos recursos especial e extraordinário são de natureza devolutiva, não se está a afastar a possibilidade de constatação de que, em determinados casos se verifique, também, um efeito suspensivo, e, com isso, voltar-se-ia à insegurança jurídica onde uns tem

⁴ Leonardo Costa BANDEIRA. *Do Direito Constitucional de Recorrer em Liberdade*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 46. V., também, THIAGO RODOVALHO. *Do Direito Constitucional à Ampla e Efetiva Defesa na Assistência Judiciária Gratuita na Esfera Criminal*, *in* Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil), vol. 4, 2008, pp. 1/22.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

mais bem preservada a presunção de inocência do que outros” (destacamos).

Por fim, mas não menos importante, as **estatísticas** de provimento recursal, debatidas no julgamento desse caso concreto, **militam em favor da presunção de inocência**.

Esse ponto foi destacado pelo voto divergente do e. Ministro CELSO DE MELLO, a partir justamente de um anterior voto do Ministro-Relator, Ministro TEORI ZAVASCKI, *verbis*:

“Impende registrar, Senhor Presidente, que Vossa Excelência, no julgamento da ADPF 144/DF, de que fui Relator, bem destacou a importância de aguardar-se o trânsito em julgado da condenação criminal, demonstrando, à luz de dados estatísticos, uma realidade que torna necessário respeitar-se a presunção de inocência. Disse Vossa Excelência, então:

“(…) trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período”


IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal tem repellido, por incompatíveis com esse direito fundamental, restrições de ordem jurídica somente justificáveis em face da irrecorribilidade de decisões judiciais. Isso significa, portanto, que inquéritos policiais em andamento, processos penais ainda em curso ou, até mesmo, condenações criminais sujeitas a recursos (inclusive aos recursos excepcionais interpostos para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal) não podem ser considerados, enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório, como fatores de descaracterização desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República. Essencial proteger a integridade desse direito fundamental (o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial)” (destacamos).

As estatísticas ganham ainda maior relevo, quiçá contornos dramáticos, quando se analisa, por exemplo, a situação do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, no qual, segundo estudo estatístico, realizado pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA com apoio do IASP - INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO), a "sorte" na distribuição do apelo, conforme esta ou aquela Câmara Criminal, definirá *ipso facto* a sorte do acusado, se condenado ou absolvido (Anexo 2):

“Acusado precisa de sorte para reverter condenação no TJ-SP, indica estudo

Reynaldo Turollo Jr.

De São Paulo

26/10/2015 02h00

Para aumentar suas chances de reverter uma condenação de primeira instância apelando ao Tribunal de Justiça de São Paulo, uma pessoa

**IASP**

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

acusada de cometer um crime precisa, além de uma boa defesa, de um bocado de sorte.

Um estudo inédito, realizado pela Associação Brasileira de Jurimetria com apoio do Iasp (Instituto dos Advogados de São Paulo), revela que as chances de um recurso ser aceito pelo Judiciário paulista aumentam consideravelmente de acordo com a câmara criminal e com os desembargadores que vão julgá-lo.

A taxa de rejeição de recursos no Tribunal de Justiça de São Paulo varia de 16% (na 12ª Câmara Criminal) a 81% (na 4ª Câmara Criminal, a mais "dura" de todas).

Câmaras criminais são órgãos colegiados, formados por desembargadores, que julgam as apelações dos condenados em primeira instância.

Os processos são distribuídos entre as câmaras de forma eletrônica e aleatória, de modo que elas julgam percentualmente um volume muito semelhante de processos de furto, de roubo ou de homicídio, por exemplo.

Assim, segundo o estudo, se as leis são as mesmas e os processos têm naturezas parecidas, em tese, as taxas de recursos negados não deveriam ser tão discrepantes de uma câmara para outra.

O Tribunal de Justiça afirma que as divergências entre desembargadores são naturais e que discrepâncias entre as câmaras estão ligadas aos fatos.

Já a pesquisa classifica o resultado encontrado como "preocupante", por levar a uma "percepção de grande insegurança jurídica".

"Como o tribunal permite que os desembargadores se agrupem nas câmaras de acordo com sua afinidade ideológica, os membros de cada câmara tendem a pensar mais ou menos do mesmo jeito", diz o advogado Marcelo Nunes, que assina a pesquisa com Julio Trecenti.

**IASP**

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

"Você tem um extremo do tribunal com câmaras mais liberais, outro extremo mais conservador e, no meio, uma massa de intermediárias. Isso gera uma polarização de tal forma que, na hora do sorteio do seu recurso, dependendo da câmara, isso vai afetar sua sorte de maneira dramática."

SEGURANÇA JURÍDICA

O estudo analisou 57.625 acórdãos (decisões colegiadas) das 16 câmaras criminais do Estado e de quatro câmaras criminais extraordinárias – o total de acórdãos de 2014.

"Do ponto de vista da concepção da Justiça, e até como desdobramento do princípio da legalidade, você tem que esperar uma mesma solução para casos iguais", diz o presidente do Iasp, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro.

"A segurança jurídica é o grande ponto. [Espera-se] Que o peso da norma seja igual para todas as pessoas. Então, quando a gente vê um estudo como esse, vê uma desorientação [da Justiça]."

Segundo Ribeiro, o objetivo do estudo não é criticar o modelo existente, mas fornecer subsídios para debatê-lo.

Uma proposta, de acordo com Nunes, seria "embaralhar" os desembargadores. Mas tal medida, pondera ele, poderia tornar o trabalho das câmaras menos eficiente, pois aumentaria a discordância entre seus membros.

"Outra possibilidade é aproveitar que o tribunal é polarizado e, se o governo e a população quiserem ser mais duros com certos tipos de crime, pensar numa especialização das câmaras mais duras para [julgar] esses crimes", sugere o pesquisador.

O estudo conclui também que a taxa média de negação de recursos é de cerca de 50%, e que crimes considerados mais graves têm taxas maiores de recursos negados. Em casos de homicídio

**IASP**

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

qualificado, por exemplo, 67% são negados. Já furto, 46%.

FATOS DETERMINAM RESULTADO

O presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, diz que os magistrados têm autonomia para julgar e que a discrepância entre as câmaras, indicada no estudo, depende apenas de fatores ligados aos fatos e à aplicação da lei.

Para Franco, que coordena todas as câmaras criminais do tribunal, os resultados do estudo não apontam para a necessidade de providências.

"O juiz tem plena autonomia e independência para examinar os processos que julga e não há qualquer controle sobre sua tendência de julgar. Julga com a lei, os fatos e sua consciência", afirmou sobre a pesquisa, em entrevista por e-mail.

"É evidente, porém, que a leitura dos fatos e sua conformidade com a lei também depende da formação do profissional, seja ele juiz [de carreira], promotor ou advogado."

De acordo com o desembargador, não há como tabelar as soluções dadas nos processos, porque cada caso tem suas particularidades. Também não há como avaliar a variação percentual de recursos negados como positiva ou negativa, afirmou.

"A discrepância acerca do entendimento de determinado tema é absolutamente natural e é da essência do ser humano e do profissional."

Questionado sobre a existência de uma concentração de magistrados com perfil mais duro em certas câmaras criminais, Franco disse que a designação depende de vaga.

"O magistrado assume a cadeira na câmara quando de sua promoção ou de sua remoção. Isso quer dizer que não há direcionamento prévio. Mas é evidente que em determinadas câmaras há juízes



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

mais severos e em outras menos severos na qualificação dos fatos e aplicação da lei, o que é natural", afirmou".⁵

Os dados estatísticos reforçam, *do ponto de vista pragmático*, a **necessidade** de respeito ao primado da presunção de inocência, lembrando que o *"homem privado da liberdade jaz em estado pior do que a morte, porque sente em si todo o amargor da opressão e, ao mesmo tempo, toda a impotência do morto a evitá-la. A condição desse indivíduo reclama, por isso, a mais viva solicitude e a mais valente defesa social. Nenhum cidadão honesto pode ser indiferente à sua sorte, como não pode ser indiferente à sua própria segurança. Na faculdade de prender , ou não prender o cidadão, parece*

⁵ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698478-estudo-indica-que-camara-do-tribunal-de-justica-paulista-mais-nega-recurso.shtml>. O estudo a que a reportagem se refere é o seguinte: Marcelo G. NUNES e Julio A. Z. TRECENTI. *Reformas de decisão nas câmaras de direito criminal em São Paulo*, de 23 de julho de 2015, resumo (abstract): "Esta pesquisa analisa 157.379 acórdãos das câmaras de direito criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferidas entre 01 de janeiro e 31 de dezembro de 2014. O objetivo foi calcular as taxas de reforma de decisão de acordo com a origem do recurso, tipo de crime, câmara julgadora e relatoria, com a finalidade de fornecer indícios quantitativos capazes de contribuir para o debate sobre o momento apropriado para o início de cumprimento de pena por condenados. A ideia é que só seria factível antecipar o início do cumprimento caso as taxas de improvimento fossem suficientemente elevadas. Os resultados apresentam três conclusões preliminares. Primeiro, existem evidências de que as taxas de improvimento oscilam em torno de 50%, o que estaria de acordo com o modelo de seleção de Priest e Klein, apesar de suas premissas (relacionadas à possibilidade de acordo e, portanto, de um viés de seleção) não serem aplicáveis aos processos criminais. Segundo, um resultado intuitivo, os crimes mais graves apresentam taxas de improvimento maiores, tanto que o crime com maior taxa é o de homicídio qualificado (66,9%) e o de menor são os crimes de trânsito (36,4%). Terceiro, existe uma enorme variabilidade as taxas de improvimento em relação às câmaras julgadoras, discrepância esta que não pode ser explicada pela distribuição de tipos de crime julgados por cada câmara. Esse último resultado pode indicar a existência de insegurança jurídica em matéria criminal".



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

estar o ponto central, onde praticamente se vão encontrar todos os raios da tirania, ou da liberdade”.⁶

Daí o inteiro acerto com que o e. Parecerista, Professor RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA, conclui seu estudo sobre a matéria:

*“Entretanto, aqui, unicamente se coloca foco na lógica da construção defendida. O problema, em suma, é normativo. **Dentro do espectro normativo brasileiro não existe a possibilidade de retorno a um entendimento já superado em relação aos efeitos unicamente devolutivos dos recursos especial e extraordinário. E, isso porque, dentro de um sistema racional, enquanto recurso houver não pode se considerar efetuado um trânsito em julgado. Nesse aspecto, sim, existe uma agressão frontal à presunção de inocência qual colocada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Para uma alteração dessa sorte de entendimento, somente seria apta uma mutação constitucional. Nunca uma leitura in malam partem. E, diz-se in malam partem, porque quem verdadeiramente é aqui agredido é a sociedade como um todo, ou, mais evidentemente, os direitos e garantias individuais.***

A alteração do rumo jurisprudencial, como aparentemente verificado na decisão do HC nº 126.292/SP, junto ao Pretório Excelso, mostra-se, portanto, como um retrocesso na leitura dos direitos e garantias individuais; uma errática interpretação do próprio Texto Constitucional; um verdadeiro perigo à máxima da presunção da inocência; e a

⁶ RUI BARBOSA. *in* *Escritos e discursos seletos*, volume único, Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997, p. 497.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

consagração de uma inegável insegurança jurídica em casos vindouros, principalmente em função da possível variação de entendimento em relação à prisão, ou não, necessária para os recursos especial e extraordinário. Nesse sentido, imperioso é o repensar de tal linha jurisprudencial.” (destacamos).

Por fim, e à guisa de conclusão, lembramos a sempre atual advertência de RUI BARBOSA: *“O que hoje semeais, colheis amanhã. Semeais opressão, sereis oprimidos. Semeais o engano, sereis espoliados. Posso perdoar, e tenho perdoado aos homens, que me perseguem. Mas, nunca perdorei as opiniões perseguidoras. Porque os homens passam, e as opiniões duram, os homens perecem, e as opiniões germinam. Onipotentes na política de um dia, os perseguidores se submergem na do outro. Mas as doutrinas perseguidoras sobrevivem à política que as gerou, para perseguir amanhã nas mãos da política hoje perseguida”.*⁷

4. PEDIDO

Ex positis, o INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP aguardando sua admissão como *amicus curiae* requerida em petição anterior, pede o acolhimento dos presentes embargos de declaração, para o fim de sanar a omissão acima apontada, com excepcional efeito infringente que transcende o caso concreto diante da afetação do julgamento do feito ao Plenário deste E. Supremo Tribunal Federal, PARA PREVALECER, **até ulterior alteração legislativa**, a redação do art. 283 do Código de Processo Penal de que: *“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente,*

⁷ RUI BARBOSA. *in* *Obras Completas de Rui Barbosa*, vol. 25, t. 4, 1898, p. 265.

**IASP**

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)."

De São Paulo para Brasília, 19 de maio de 2016.

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP
OAB/SP 131.193