



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

ADC N. 43, 44 e 54

MEMORIAL

Pela Procuradoria-Geral da República.

I - A mudança de rumos representada pelas decisões proferidas em 2016 sobre o tema “execução provisória da pena”

Até bem pouco tempo, o Brasil era conhecido, inclusive em âmbito internacional, por possuir um sistema penal **disfuncional**, em que autores de crimes ou eram punidos de modo tardio (anos após a prática do delito), ou simplesmente não eram punidos (pela ocorrência da prescrição).

A fórmula que levava a essa disfunção era simples, e, resumidamente, resultava da combinação de dois fatores: **primeiro**, da então vigente exigência de se aguardar o trânsito em julgado da condenação para, só então, executar-se o acórdão que determinava a prisão do réu; **segundo**, do perfil do sistema recursal brasileiro, que permite que o momento do trânsito em julgado da decisão condenatória protraia-se no tempo de modo quase que infinito – a depender da disposição da defesa de recorrer. **A sensação de impunidade e a descrença na Justiça em razão de tal constrangedora realidade eram patentes.**

Em 2016, graças ao Supremo Tribunal Federal, esse cenário finalmente iniciou uma relevante mudança: em dezembro de 2016, o seu Plenário, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, em que reconhecida repercussão geral do tema, consolidando entendimento que já havia adotado naquele mesmo ano, sedimentou 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*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Federal”.

A sucessão de decisões tomadas durante o ano de 2016, que culminou com a edição do **precedente** plasmado no julgamento do REA n. 964.246/SP, compôs uma virada jurisprudencial histórica, resultante de um amplo, vertical e democrático debate ocorrido não apenas entre os Ministros que compunham a Corte à época, mas, também, entre setores da sociedade civil, que massivamente participaram dos julgamentos como *amici curiae*.

Trata-se precedente que, por ser oriundo do Pleno do STF e formado sob o rito da repercussão geral, possui eficácia vinculante *erga omnes*, de modo que deve ser obrigatoriamente observado por todas as instâncias jurisdicionais do país. É o que se extrai da leitura conjugada dos artigos 489, inc. VI, 927, inc. III e 988, §5º, inc. II do Novo Código de Processo Civil (CPC), os quais, vale dizer, nada mais fizeram do que positivar o movimento, há tempos notado no Direito Brasileiro, de progressiva valorização da autoridade dos precedentes da Suprema Corte e de equiparar, em determinadas situações, a qualidade e extensão dos efeitos produzidos em sede de controle de constitucionalidade difuso e concentrado. Nesse sentido, ensina, mais uma vez, o Ministro **Gilmar Ferreira Mendes** que “*a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental*” (Voto proferido pelo Ministro no julgamento da Reclamação n. 4.335-5/AC).

O novo precedente do STF sobre o tema colocou o Brasil **ao lado** das principais e mais maduras democracias do mundo ocidental, como a dos Estados Unidos, da Alemanha, da Itália e da França - países de evidente tradição ligada ao reconhecimento aos direitos fundamentais dos cidadãos e que, apesar de acolherem o princípio da presunção de inocência, admitem a execução provisória da pena de prisão. Além disso, muito em virtude desse novo precedente, desde 2016 a população brasileira passou a assistir criminosos de “colarinho branco” serem presos após afirmada em juízo sua culpa, - algo que antes não acontecia basicamente em razão da capacidade financeira desses réus mais afortunados de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

arcar com a interposição sucessiva de recursos contra as respectivas condenações, protraindo ao máximo no tempo o trânsito em julgado, até o atingimento da prescrição.

Na sessão do próximo dia 17 de outubro de 2019, o Pleno do STF voltará a discutir o tema, desta vez por ocasião do julgamento do mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54.

O exame dos argumentos expostos nas ADCs n. 43 e 44 indica que o seu objeto consiste em precisar se o art. 283 do CPP, segundo o qual *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*, é, ou não, constitucional. Segundo argumentam os requerentes, a vedação à chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, prevista no art. 283 do CPP, estaria legitimada pelo princípio da presunção da inocência plasmado no art. 5º, inc. LVII da CF/88.

Diante desse iminente julgamento, o Ministério Público Federal vem apresentar algumas considerações a respeito desse relevante tema.

II - PRELIMINAR: Não se está diante de hipótese em que cabível o sobrepasso (*overruling*) do precedente plasmado no julgamento do REA n. 964.246/SP

II.1 – Pressupostos indispensáveis à aplicação do instituto

Como é notório, um dos resultados possíveis do julgamento das ADCs em comento consiste na superação do precedente vinculante decorrente do julgamento do ARE n. 964246.

Ocorre que a revogação de precedentes vinculantes somente pode se dar legitimamente por meio do “sobrepasso” (*overruling*), técnica *“através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente”*¹ (DIDIER

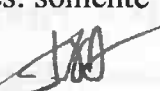
¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 8. ed. rev., ampla e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, v.2, p.456.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 8. ed. rev., ampla e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, v.2, p.456.). A aplicação dessa técnica, por sua vez, deve observar requisitos **formais** (quanto ao modo de realização - o “como”) e pressupostos **materiais** (quanto às hipótese de cabimento – o “quando”) especiais.

Tais requisitos e pressupostos, embora não estejam positivados em norma expressa, derivam da própria lógica do **sistema de precedentes vinculantes** recentemente adotado no Brasil, voltado a conferir **estabilidade, unidade e previsibilidade** ao sistema jurídico pátrio. De fato, **não haverá sistema estável, coeso e previsível se as Cortes Superiores não se submeterem a critérios especiais para revogar os seus precedentes vinculantes**, sendo, aliás, justamente esta submissão a critérios diferenciados para revogação que caracteriza a eficácia vinculante geral de que se revestem determinados julgados; do contrário, estar-se-ia diante de precedente comum, com eficácia meramente persuasiva (ou, o que é pior, de sistema de precedentes vinculantes despidido de credibilidade e, assim, efetividade e utilidade).

Nessa linha, no que tange ao **requisito formal** necessário à revogação de precedente vinculante, registre-se que ele é quase intuitivo e prescinde de maiores explicações: somente o órgão jurisdicional que produziu o precedente possui atribuição para revogá-lo. 

Já no que tange aos **pressupostos materiais** que devem estar presentes para que seja o caso de se proceder ao sobrepasso (*overruling*), sabe-se que a doutrina apresenta certa divergência a respeito ao tema, e a jurisprudência do STF ainda se mostra silente sobre o assunto dada a inexistência de casos de revogação de precedentes vinculantes em seu histórico. Daí que o julgamento a ser realizado no próximo dia 17 de outubro de 2019 será, ao que parece, o primeiro em que realizado o eventual sobrepasso (*overruling*) de um precedente dessa natureza – o que sugere a necessidade de definição, na oportunidade, dos requisitos necessário à aplicação de tal técnica.

De todo modo, embora haja uma ampla gama de entendimentos doutrinários sobre o



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

tema, todos eles caminham, ao menos em sua substância, para um mesmo sentido: apontam que, para que seja cabível a sua revogação, o precedente obrigatório deve, nas palavras de Melvin Eisenberg, não mais corresponder aos padrões (i) de **congruência social**, ou seja, revelar-se errado, injusto, obsoleto, agredindo o sentimento de justiça do cidadão comum, e (ii) de **consistência sistêmica**, o que ocorre quando os seus fundamentos se mostrarem incompatíveis com os fundamentos afirmados reiteradamente em outros precedentes do mesmo tribunal ou das instâncias inferiores. Estes são os pressupostos materiais básicos para o sobrepasso (*overruling*). (The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press. 1998, p. 104).

Somando-se a isso, a incongruência e inconsistência devem ser robustas o suficiente a ponto de justificar o sacrifício dos valores que a preservação de precedentes vinculantes visa a proteger, ou seja, a **estabilidade, unidade e previsibilidade** do sistema jurídico correspondente. Trata-se, aqui, de ponderar se os benefícios possivelmente decorrentes da eventual revogação do precedente obrigatório superam os custos que isso causará à estabilidade, unidade e previsibilidade do sistema, **em um processo de ponderação que deve ser iluminado por cautela e parcimônia, já que o uso indiscriminado ou precipitado do poder de revogar pode gerar dúvida sobre a real força vinculante dos precedentes, e, assim, provocar o descrédito do sistema jurídico.**

Aqui, pela sua precisão e adequação ao objeto deste memorial, vale mencionar os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni a respeito do atentado à estabilidade da ordem jurídica causado pela alteração indiscriminada de precedentes obrigatórios:

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário”.

E continua Marinoni, agora a respeito dos valores - previsibilidade e unidade – que um sistema que respeita a autoridade de seus precedentes almeja proteger:

“A previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. Interessante notar, ainda, que a previsibilidade é relacionada aos atos do Judiciário, isto é, às decisões, mas garante a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos. Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania. (...).

O sistema jurídico brasileiro, em tal dimensão, afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não tem sido capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Não obstante as normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal – respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de “afirmar” o sentido das normas constitucionais –, torna-se estarrecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira”. (E-book, Precedentes Obrigatórios).

Caem como uma luva, aqui, as lúcidas palavras da **Ministra Rosa Weber**, colhidas de seu voto proferido nos autos HC n. 126.292/SP, cujo julgamento, em fevereiro de 2016, deu início à virada jurisprudencial sedimentada no precedente ligado ao ARE n. 964246. Naquela ocasião, a Ministra, instada a se afastar da jurisprudência até então dominante no STF, expressou seu critério de julgamento em situações desse jaez. Confira-se:

“Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a **manutenção da jurisprudência da Casa**. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. Tenho procurado seguir nessa linha.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem.

Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal”.

Em suma: se, por um lado, um sistema de precedentes vinculantes engessado e imutável estaria fadado à falência por rapidamente se tornar obsoleto, um sistema que permitisse a revisão açodada e acelerada de seus precedente, por outro lado, estaria fadado ao mesmo destino por, também rapidamente, revelar-se despido de credibilidade e utilidade. O (difícil) equilíbrio entre a necessidade de se atualizar (diante de novos sentimentos sociais) e a capacidade de se manter (mesmo diante das oscilações de humor e opinião que marcam a realidade de qualquer corpo social, dinâmico por natureza) é o que parece fazer de um sistema de precedentes vinculantes um elemento realmente benéfico à sociedade que o contem.

II.2- Não cabimento de *overruling* no caso concreto

Partindo-se dessas lições, e como questão preliminar ao próprio julgamento do mérito das ADCs em comento, cabe a pergunta: os **pressupostos formais e materiais** para o sobrepasso (*overruling*) do precedente vinculante ligado ao ARE n. 964246 se encontram presentes no caso concreto?

Quanto ao **pressuposto formal**, a resposta é positiva. É que tal precedente vinculante resultou de julgamento realizado pelo Pleno do STF, sendo que a sua revogação, se ocorrer, resultará de julgamento realizado pelo mesmo órgão colegiado.

Por outro lado, não estão presentes os **pressupostos materiais** para que o precedente vinculante ligado ao ARE n. 964246 seja revogado.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Com efeito, a análise quanto à presença ou não dos pressupostos materiais para a revogação do mencionado precedente passa pelos seguintes questionamentos: o entendimento de que a execução provisória da pena é constitucional, plasmado em dezembro de 2016, perdeu sua “congruência social”? Passou a ser injusto? Deixou de corresponder ao sentimento de justiça do cidadão comum? Se sim, o que se alterou de dezembro de 2016 para os dias atuais, - além da composição da Corte e os índices de impunidade no país, que se reduziram?

Ora, não há como sustentar que, pouco mais de 2 anos após a formação do precedente do ARE n. 964246/SP, este tenha deixado de ostentar sua congruência social – conceito esse, por óbvio, que não é alterável ao sabor do vento; antes, trata-se de ideia que se constrói longo do tempo, sendo também este, o tempo, na mesma medida necessário para desconstruí-lo.

O entendimento plasmado nesse recente precedente **era e continua sendo o eco** de um sentimento, compartilhado pela sociedade civil e por atores da esfera jurídica, **de que a exigência** de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (com o julgamento definitivo de eventuais recursos extraordinário e especial) para, só então, autorizar-se o recolhimento à prisão do réu condenado, **é injusta e errada**, basicamente por favorecer a impunidade no país.

Sobre esse ponto, vale transcrever trecho do voto apresentado pelo Ministro Luiz Fux quando do julgamento do HC n. 126292/SP:

“É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena.

E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da "Ficha Limpa", quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral. Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela:

"[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos."

Por outro lado, Konrad Hesse, na sua obra sobre "A Força Normativa da Constituição", com tradução esmerada do eminente Ministro Gilmar Mendes, na obra da Fabris Editor, afirmou:

"[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa."

Esse sentimento de injustiça, que gerava certa sensação de desconforto social e descrédito na Justiça, foi, quando do julgamento do ARE n. 964246/SP (e dos processos que o precederam), traduzido e avaliado por esta Suprema Corte à luz da Constituição de 1988, a fim de se perquirir se se tratava de anseio passível de receber a proteção do Direito. Como resultado desta avaliação, o STF decidiu, em julgamento histórico que refletiu os anseios da comunidade social, ser compatível com o princípio da presunção da inocência o início do cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da respectiva condenação.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Como se sabe, a constitucionalidade da execução provisória da pena possui, a seu favor, inúmeros argumentos de ordem teórica e prática – os quais, já sendo de conhecimento de todos, não serão detalhados aqui. Todos esses argumentos foram considerados e acolhidos pelo Plenário do STF há pouco mais de 2 anos. Eles continuam válidos e presentes nos dias atuais, na medida em que a respeito eles, desde dezembro de 2016 até os dias atuais, não foi demonstrado qualquer dado **novo**, teórico ou empírico, que os fragilizasse ou mesmo lhes retirasse a congruência.

Revogar tal precedente vinculante, mesmo ausentes os requisitos materiais necessários a tanto, representaria **triplo retrocesso: para o sistema de precedentes** incorporado ao sistema jurídico pátrio, que, ao se ver diante de julgado vinculante revogado 2 anos após a sua edição, perderia em estabilidade e segurança jurídica e teria sua seriedade posta em xeque; **para a persecução penal no país**, que voltaria ao cenário do passado e teria sua efetividade ameaçada por processos penais infundáveis, recursos protelatórios e penas massivamente prescritas; e **para a própria credibilidade da sociedade na Justiça e nessa Suprema Corte**, como resultado da restauração da sensação de impunidade que vigorava em momento anterior ao julgamento do ARE n. 964246/SP.

III – MÉRITO 1

III.a O art. 283 do CPP não traduz interpretação razoável e legítima do princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, inc. LVII, da CF/88

III.a.1 Conteúdo essencial do princípio

No Brasil, o princípio da presunção de inocência possui, basicamente, duas **dimensões**. A **primeira** delas, claramente inspirada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, é a de funcionar como **regra de prova**, de modo que as consequências de eventual incerteza sobre a materialidade e autoria delitivas beneficiam o réu (*in dubio pro reu*), impondo uma carga material da prova às partes acusadoras.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

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

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

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

Diante do silêncio do legislador constitucional sobre o que significa *“tratar alguém como culpado”*, caberá ao legislador ordinário a tarefa de definir quais condutas preenchem tal perfil e que, por isso, são vedadas posto que afrontosas ao art. 5º, inc. LVII da CF/88. Refletindo exatamente acerca dessa questão, o ministro Gilmar Mendes, em passagem de notável precisão e clareza, ensina que *“o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas esta longe de precisar o que vem a ser considerar alguém*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

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” (Trecho do voto proferido pelo ministro no julgamento do HC n. 126292/SP.)

Se é assim, ou seja, se, diante do silêncio do legislador constitucional, caberá à lei definir o que vem a ser tratar alguém como culpado para fins de incidência do princípio presunção de inocência, então poderia parecer, à primeira vista, que a previsão constante do art. 283 do Código de Processo Penal, que veda a execução provisória da pena de prisão, não passa de uma opção legítima do legislador ordinário de incluir no conceito de “tratar como culpado” a chamada “execução provisória da pena”. Sob essa ótica, a vedação de se executar provisoriamente a pena, na condição de uma interpretação possível do art. 5º, inc. LVII da CF/88, seria constitucional. **Não é, todavia, o que ocorre.**

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

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Caso isso aconteça, a atividade legislativa será inconstitucional ou por violação ao dever estatal de garantir o respeito aos direitos fundamentais do réu, ou por violação ao dever estatal de dar segurança e proteger, mediante a tutela penal, bens jurídicos essenciais, como a vida, a dignidade da pessoa humana, a integridade física, entre outros, contra a ação de terceiros; este último dever se encontra plasmado nos artigos 5º, *caput*, 6º, *caput* e 144 da Constituição Federal, entre outros.

No que tange ao dever estatal de proteção e segurança, é certo que, *“considerada a infração penal como violação de um bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não somente lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta também a harmonia e a estabilidade indispensáveis à vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública”*.(TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 163).

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 indubitosa a existência do direito da sociedade coletividade ao acesso à efetiva justiça penal (eficientes investigação administrativa e persecução judicial dos delitos perpetrados no seio social)”*. (LIMA, 2015, p. 318). (Kurkowski, Rafael Schvez 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).

Traz-se à tona, aqui, a ideia de inconstitucionalidade em face da **proteção insuficiente de direitos fundamentais sociais**, que, ao lado da inconstitucionalidade em face do excesso do Estado, consiste em uma das faces do princípio da proporcionalidade.

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

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

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

Canotilho e Moreira compartilham da mesma preocupação ao afirmarem que “*não é fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência do argüido. Considerado em todo o seu rigor verbal, o princípio poderia levar à própria proibição de antecipação de medidas de investigação e cautelares (inconstitucionalizando a instrução criminal em si mesma) e à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade (o que equivaleria à impossibilidade de valorização das provas e aplicação e interpretação das normas criminais pelo juiz).*”

Em sentido semelhante, **René Ariel Dotti** defende que “*não é possível adotar uma interpretação literal desse direito-garantia, porque ela conduziria ao paradoxo frente às medidas cautelares de restrição de liberdades e direitos (busca e apreensão, interceptação de comunicações e dados etc.) e até mesmo diante das formas de prisão provisória adotadas pela generalidade dos sistemas processuais*”². (Encontrado em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rene-ariel-dotti/o-processo-penal-constitucional---alguns-aspectos-de-relevo-dp37vc8cc3yr3v4vgz1oxdkgv>.)

Assim, considerando ser inexorável ao processo penal ser integrado por medidas estatais restritivas da esfera de direitos do réu, justificadas com base no pressuposto, implícito ou explícito, de que sob o réu pairam suspeitas que colocam em xeque seu *status* de inocência, entende-se, aqui, que a vedação, pelo legislador, a qualquer dessas medidas

2 Encontrado em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rene-ariel-dotti/o-processo-penal-constitucional---alguns-aspectos-de-relevo-dp37vc8cc3yr3v4vgz1oxdkgv>.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

restritivas, sob o argumento de que elas afrontariam o princípio da presunção de inocência, não pode comprometer a efetividade da tutela penal a ponto de levar à total inoperância do sistema, notadamente o criminal-constitucional.

Ou seja: o legislador ordinário, ao desempenhar a tarefa de definir o que vem a ser tratar alguém como culpado para fins de incidência do princípio da presunção de inocência, não pode, a pretexto de proteger em grau máximo direitos individuais do réu, proteger em grau mínimo ou insuficiente os direitos fundamentais dos cidadãos contra agressões de terceiros, mediante a imposição de restrições ao *jus puniendi* que levem à ineficácia da tutela penal.

II.a3 A vedação à execução provisória da pena contribui para a disfuncionalidade do sistema penal brasileiro

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

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

Assim, como ensina Fernando Brandini Barbagalo na obra Presunção de Inocência e recursos criminais excepcionais, p. 102., “constata-se que o sistema recursal brasileiro só encontra limite na capacidade (ou imaginação) do defensor do recorrente”, e, ante às características do processo penal no país, não parece equivocado afirmar que as decisões



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

condenatórias proferidas em seu curso são sempre passíveis de alguma forma de reexame. E prossegue: “*Por isso, Pimenta Bueno referido por Marques acerta ao dizer que a decisão condenatória penal nunca fará coisa soberanamente julgada, dito de forma mais simples, decisão (sentença ou acórdão) que condene alguém criminalmente, não faz coisa julgada material, pois nunca se tornará imutável, dado os diversos mecanismos de direito material (indulto, anistia, abolitio criminis) e processual (revisão criminal e habeas corpus) criados para alterar essa espécie de decisão*”.

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

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

No que tange à **consequência** de fazer com que a eventual prisão do réu condenado ocorra apenas muitos anos após a prática do fato criminoso, é certo que ela acarreta inúmeros efeitos danosos à jurisdição em geral. Uma pena aplicada tanto tempo depois da prática da conduta criminosa que lhe deu causa perde muito de sua legitimidade e justificativa, já que “*quando se julga além de um prazo razoável se está julgando um homem completamente distinto daquele que praticou o delito*”(LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 14.). Aqui, mostra-se bastante atual a lição que, ainda no século XVIII, Beccaria forneceu a respeito do tema:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

A presteza da pena é mais útil porque quanto mais curto o tempo que decorre entre o delito e a pena, tanto mais estreita e durável no espírito humano é a associação dessas duas ideias, delito e pena; de tal modo que imperceptivelmente se consideram uma como causa e a outra como efeito necessário e indefectível. Está demonstrado que a união das ideias é o cimento que forma o intelecto humano, sem o qual o prazer e a dor seriam sentimentos isolados e sem nenhum efeito. (Dos delitos e das penas. Tradução: José Roberto Malta, São Paulo: WVC Editora, 2002, p.57).

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

Por fim, permitir-se que transcorram anos entre o ilícito penal e a prisão de réu já condenado por Tribunal gera, por certo, uma sensação na sociedade de que a lei penal não é aplicada, de que as decisões judiciais não são cumpridas – de que a Justiça não funciona, para ser mais simples. Por oportunas, vale transcrever as palavras de Marcio Thomaz Bastos:

“Não podemos ter uma resposta lenta ao ponto de, se os tribunais do júri de São Paulo trabalhassem todos os dias, fazendo um julgamento, levarmos dezenove anos para pôr a pauta em dia. E todos nós sabemos que hoje, em São Paulo, quando alguém comete um crime de homicídio, só vai ser julgado, provavelmente, se tudo correr normalmente, depois de cinco anos do seu cometimento. Isto, sim, é um estímulo à impunidade. Cria-se aquela sensação de anomia, de impunidade que, acredito, seja um fator de criminalidade. Se tivermos uma resposta firme do Poder Judiciário, criminal, acredito que haverá uma diminuição da criminalidade. O fato de a pessoa ficar solta durante muitos anos, depois de ter cometido um homicídio, leva a população a descrer na justiça e enfraquecer o fator de intimidação que a pena deve ter. Se tivéssemos um Judiciário de resposta rápida, em que a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

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". (Atas da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, p. 49 e 81, disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anaais/asp/CT_Abertura.asp>, acesso em 8 de outubro de 2012 (destacamos)).

Mas ainda pode ser pior: a exigência de se aguardar o trânsito em julgado da condenação para, só então, levar à prisão o réu condenado não raras vezes produz como **consequência** não a aplicação de uma pena já carente de legitimidade e justificativa (por estar sendo aplicada muitos anos após o crime), mas, sim, a própria inaplicação de qualquer pena, tendo em conta a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

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

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

Repita-se: considerando que, no Brasil, o trânsito em julgado da condenação, na prática, somente ocorrerá quando a defesa assim permitir, exigir-se que o início do cumprimento da pena de prisão dependa do trânsito em julgado conduz, inevitavelmente, a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

um sistema penal que **ou pune tardiamente ou simplesmente não pune**.

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

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

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

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

Ocorre que a **probabilidade de o criminoso ser punido** pelo seu crime é uma das variáveis da equação acima mencionada. Quanto maior essa probabilidade for, maior será a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

capacidade que um dado sistema penal terá de produzir um efeito intimidatório forte o suficiente a evitar a prática de novos crimes. E a produção desse efeito intimidatório – diretamente vinculada à capacidade estatal de punir – é simplesmente essencial para que um dado sistema penal funcione.

Diante disso, a escolha plasmada no art. 283 do CPP – especificamente no ponto em que veda a execução provisória da pena – mostra-se incompatível com a Constituição, mais precisamente com o seus artigos 5º, *caput*, 6º, *caput* e 144, uma vez que ela, a pretexto de proteger em grau máximo direitos individuais do réu, compromete em grau inaceitável a funcionalidade do sistema penal no país, deixando desprotegidos bens jurídicos a que o Estado incumbe proteger. Ela deve, portanto, ser rechaçada por essa Suprema Corte.

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

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

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

Mas, além disso, é preciso destacar que a execução provisória da pena privativa de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

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

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

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

pena; além disso, trata-se de chances de reversão ínfimas, conforme comprovam diversos estudos empíricos.

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

No que tange ao universo dos **recursos extraordinários**, dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, revelam que o percentual de recursos extraordinários deles providos em favor do réu “é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões”. E, aprofundado na análise desses números, restou identificado que “o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria”. (Dados extraído do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso quando do julgamento, pelo STF, do HC n. 126.292/SP).

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

Nessa linha, recente pesquisa feita pela Coordenadoria de Gestão da Informação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), amplamente divulgada pelos meios de comunicação,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

indica que: em apenas 0,62% dos recursos especiais interpostos pela defesa houve reforma da decisão de segunda instância para absolver o réu; em 1,02% dos casos, os ministros que compõem as duas turmas de direito criminal do STJ decidiram pela substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos; e em 0,76% foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva. Para realizar tal pesquisa, foram examinadas decisões proferidas, entre 1/09/2015 a 31/08/2017, pelos 10 ministros que compõem as 5 e 6 turmas do STJ, no julgamento de Recursos Especiais e de Agravos em Recursos Especiais.

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

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

Ora, situações remotas como as acima narradas podem ser enfrentadas na alargada via do *habeas corpus*, a ser impetrado contra a decisão que autorizar a execução provisória da pena, ocasião em que ao impetrante caberá demonstrar a plausibilidade de que sua pena seja reduzida (a ponto de alterar o regime de cumprimento da sua pena) no julgamento do recurso especial por ele interposto; o mesmo poderá ser feito em sede de medida cautelar no recurso especial.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

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

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

“Não se ignora que em relação a algumas unidades da federação verificam-se taxas mais elevadas de sucesso nesses recursos, especialmente os interpostos perante o STJ. Também não se ignora que, como o sistema prisional é integrado majoritariamente pela parcela mais vulnerável da população, que estes acabem sendo de alguma forma atingidos. Porém, entendo que o problema decorre especialmente do fato de que Tribunais em algumas unidades da federação se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (algumas vezes, até mesmo súmulas vinculantes). A situação é especialmente dramática em ilícitos relacionados às drogas, já que são responsáveis por 28% da população prisional.

Nesse cenário, penso que, em princípio, a questão não deve se resolver com prejuízo à funcionalidade do sistema penal (excluindo-se a possibilidade de prisão após a condenação em segundo grau), mas com ajustes pontuais que atinjam a própria causa do problema e que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores. É possível, por exemplo, pensar em medidas que favoreçam o cumprimento das decisões do STJ e do STF, como a edição de súmulas vinculantes em matéria penal nos casos em que se verificar maior índice de descumprimento de precedentes dos tribunais. Outra opção seria determinar ao CNJ a realização de mutirões carcerários com maior frequência nessas unidades federativas. Assim é possível até mesmo restabelecer-se o prestígio e a autoridade das



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

instâncias ordinárias, algo que se perdeu no Brasil a partir do momento em que o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, aguardando-se que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Ainda assim, para evitar prejuízos aos réus, especialmente aqueles hipossuficientes, recomenda-se, nos casos em que se verificar tal índice de provimento desproporcional, a adoção, nos tribunais superiores, de jurisprudência mais permissiva quanto ao cabimento de habeas corpus que permita a célere correção de eventual abuso ou erro das decisões de segundo grau.”

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

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

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

Já se discorreu anteriormente sobre o complexo sistema recursal penal brasileiro, o qual, na prática, permite que uma dada condenação penal seja atacada por diversos, sucessivos e ilimitados recursos. Um manejo estratégico, pela defesa, desse manancial de recursos permitirá que o momento do trânsito em julgado se protraia no tempo. Isso,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

associado à vedação à execução provisória da pena, tem como resultado o melhor dos bens: a extinção do poder de punir estatal pela prescrição.

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

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

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Tal circunstância, aliás, foi notada por Fernando Brandini Barbagalo, em obra já citada nesta peça: *“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”. E continua Fernando Brandini Barbagalo: Suponhamos que um estudo nesse sentido demonstre que apenas os componentes de uma classe mais abastada da sociedade façam uso frequente desses mecanismos recursais excepcionais. Não haveria nesse aspecto uma violação do princípio da igualdade visto que, sabidamente, as Defensorias Públicas possuem uma estrutura material e humana limitada?*

Faz-se coro, aqui, à observação feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso quando do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, segundo o qual *“a ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade **aproveita sobretudo aos réus abastados**, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária”*.

Assim, a vedação à execução provisória da pena produz como efeito colateral indesejado uma situação que acentua a já existente **seletividade** do sistema penal brasileiro. Neste, alguns poucos, por terem condições financeiras de apresentar recursos sucessivos contra condenação, logram livrar-se da sanção penal; ao assim fazê-lo, todavia, estes poucos abarrotam o Poder Judiciário de recursos protelatórios, em detrimento dos vários outros jurisdicionados que aguardam uma resposta judicial aos seus conflitos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

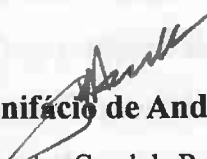
Os históricos precedentes formados quando dos julgamentos dos Habeas Corpus n. 126.292 e ARE n. 964.246/SP – que passaram a permitir a execução provisória da pena – vieram para, a um só tempo, corrigir a constrangedora e inconstitucional disfunção do sistema penal brasileiro, e torná-lo menos suscetível aos graves efeitos colaterais acima narrados.

V – Conclusão

Por essas razões, o MPF requer que essa Colenda Suprema Corte:

- (i) preliminarmente ao julgamento do mérito das ADCs n. 43, 44 e 54, analise se estão presentes os pressupostos materiais necessários a se proceder ao sobrepasso (*overruling*) do precedente vinculante oriundo do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP e, como resultado dessa análise, reconheça a inexistência desses requisitos;
- (ii) no mérito, julgue pela improcedência de todos os pedidos formulados nas ADCs n. 43, 44 e 54, reconhecendo a inconstitucionalidade parcial do art. 283 do CPP, especificamente no ponto em que veda a execução provisória da pena;
- (iii) subsidiariamente, julgue pela procedência parcial das ADCs n. 43, 44 e 54, reconhecendo ser constitucional a execução provisória da pena após o julgamento, pelo STJ, de RESP ou de Agravo em RESP.

Brasília, 15 de outubro de 2019.


José Bonifácio de Andrada
Vice-Procurador-Geral da República