



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

Relator das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44

INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIIS – IGP, já qualificado e admitido nos autos na condição de *amicus curiae*, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seus advogados, com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, e no art. 138 do Código de Processo Civil, reiterar a necessidade urgente de acolhimento do pedido deduzido na petição inicial da ADC 43 no sentido de que se dê interpretação conforme a Constituição ao artigo 637 para se determinar seja conferido efeito suspensivo aos recursos especiais criminais, a serem apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, negando-se tal efeito apenas aos recursos extraordinários, a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, pelas razões a seguir expostas.

**I – INTRODUÇÃO NECESSÁRIA: A EXTENSÃO DA DECISÃO PROFERIDA PELO
PLENÁRIO DO STF NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NAS ADC’S 43 E 44**

1. Em sessão realizada no dia 5 de outubro de 2016, o Plenário do STF, em decisão tomada por apertada maioria de 6 votos contra 5, acompanhou o voto divergente proferido pelo Ministro EDSON FACHIN, que declarava, em sede cautelar, “*a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instancias ordinárias, assentando que é coerente com a*



Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”.

2. O voto proferido pelo Ministro ROBERTO BARROSO, além de acompanhar o voto do Ministro EDSON FACHIN – para “*conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei no 12.403/2011, para, em juízo de cognição sumária, se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*” –, indefiniu todos os outros pedidos de medida cautelar formulados nas ADCs 43 e 44, inclusive aquele pedido subsidiário deduzido apenas na ADC 43 no sentido de que o STF afirmasse que o início da execução da pena deva ocorrer após o julgamento recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Os demais Ministros que compuseram a corrente majoritária – TEORI ZAVASCKI, LUIZ FUX e CÁRMEN LÚCIA – apenas acompanharam o voto que inaugurou a divergência, proferido pelo Ministro EDSON FACHIN, que sequer chegou a indeferir o pedido alternativo apresentado na ADC 43 para que a execução da pena somente pudesse ser iniciada após o exame do recurso especial criminal pelo Superior Tribunal de Justiça.

4. Por outro lado, é sabido que pelo menos dois Ministros – o Relator, Ministro MARCO AURÉLIO, e o Ministro DIAS TOFFOLI – não só apreciaram, como defeririam essa específica medida cautelar. O Ministro Relator, MARCO AURÉLIO, deferiu, em caráter subsidiário, a liminar para, “*reconhecendo a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa esteja sendo questionada no Superior Tribunal de Justiça, bem assim a libertação daqueles presos com alicerce em fundamentação diversa*”. Na mesma direção, o Ministro DIAS TOFFOLI votou “*pela concessão, em parte, da medida*



cautelar, para o fim de i) se determinar a suspensão das execuções provisórias de decisões penais ordenadas na pendência de julgamento de recurso especial (REsp) ou de agravo em recurso especial (AREsp) que tenham por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido pelo Plenário do STF no HC no 126.292/SP; e ii) se obstar que, na pendência de julgamento de recursos daquela natureza, sejam deflagradas novas execuções provisórias com base nas mesmas razões”.

5. A tese intermediária sustentada em caráter subsidiário na ADC 43 – requerendo que o STF somente autorizasse a execução provisória da pena após o exame do recurso especial pelo STJ –, embora tenha sido objeto de acolhimento e explícita consideração por parte de dois Ministros do Tribunal, não chegou a ser debatida de forma ampla pelo Plenário. À exceção do Ministro ROBERTO BARROSO, que, explicitamente, indeferiu esse pedido cautelar formulado na ADC 43, os demais Ministros que formaram a corrente majoritária se limitaram a acompanhar o voto divergente do Ministro EDSON FACHIN. E os Ministros que formaram a corrente minoritária – à exceção dos Ministros MARCO AURÉLIO e DIAS TOFFOLI – se limitaram a deferir o pedido cautelar principal, reconhecendo a constitucionalidade do art. 283 do CPP e impedindo qualquer modalidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

6. A falta de pronunciamento expresso e efetivo por parte de todos os Ministros da Corte sobre o pedido subsidiário formulado na ADC 43 para que a execução da pena somente fosse autorizada apenas o exame do recurso especial pelo STJ pode ser explicada por pelo menos dois fatores. *Primeiro*, à tendência natural de que alguns Ministros que entendiam adequada a execução provisória da pena a partir do julgamento de segundo grau sequer examinassem – por entenderem incompatíveis com a sua posição – o pedido subsidiário intermediário (de autorização da execução da pena após o julgamento do recurso especial criminal pelo STJ), soma-se a conhecida dificuldade em extrair as teses jurídicas majoritárias dos seus julgamentos num contexto



em que a dinâmica de deliberação sugere que o acórdão resulta da reunião simples de votos particulares, sem qualquer preocupação em obter consenso em relação às controvérsias centrais do debate¹.

7. *Segundo*, porque o julgamento conjunto das ADC's 43 e 44, assim realizado para a racionalização dos trabalhos da Corte, pode ter criado a falsa impressão de que essas duas ações constitucionais defendiam a mesma tese e deduziam os mesmos pedidos. Não é bem assim. Nesse ponto, vale um esclarecimento da maior relevância. As duas ações possuem em comum apenas um pedido: a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, que afirma que *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*. A ADC 43, do PEN, não defende que a única interpretação possível do princípio constitucional da presunção de inocência (previsto no inciso LVII do art. 5º da CF) é a adoção do trânsito em julgado como momento de início do cumprimento da pena – o que faz a ADC 44. Defende-se, isso sim, que o art. 283 do CPP, em vigor desde 2011, veicula uma das interpretações possíveis a que se abre a Constituição. Ou seja: embora a lei possa adotar um outro critério temporal para o início do cumprimento da pena, escolheu, em 2011, o trânsito em julgado, e essa opção não ofende a Constituição, devendo ser respeitada pelo STF.

8. Para além do pedido comum de declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, a ADC 43, do PEN, apresentou três outros pedidos subsidiários: (i) que o início da execução da pena se dê após o julgamento recurso especial pelo Superior

¹ Para entender de modo adequado os graves problemas deliberativos enfrentados atualmente pelo STF: V. SILVA, Virgílio Afonso da. (2006) O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo no 250*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio. pp. 197 a 227.



Tribunal de Justiça; (ii) que se permita a aplicação de medidas alternativas à prisão preventiva (art. 319 do CPP) pelos Tribunais de segunda instância, enquanto se aguarda o julgamento dos recursos de natureza extraordinária; (iii) que se vede a aplicação retroativa do entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC n. 126.292.

9. Nesse momento, considerando a relevância do tema, a abrangência e os efeitos da decisão e, ainda, a significativa e superveniente alteração do quadro fático e jurídico desde o momento em que, no ano de 2016, o STF decidiu as Medidas Cautelares nas ADC's 43 e 44, o INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIS – IGP, no exercício das suas atribuições institucionais e com o objetivo de contribuir com o aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal brasileiro, vem, à presença de Vossa Excelência, Ministro MARCO AURÉLIO, renovar o pedido de acolhimento do pedido subsidiário voltado a garantir que o início da execução da pena se dê após o julgamento recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

10. A partir do voto proferido pelo Ministro MARCO AURÉLIO, que deferia, em caráter subsidiário, o pedido para condicionar a execução provisória da pena ao julgamento do recurso especial pelo STJ, surge a possibilidade, especialmente diante das modificações fáticas e jurídicas ocorridas no último ano, de o STF chegar a um meio termo: permitir a prisão de réus cuja condenação tenha sido confirmada pelo STJ. Essa proposta interpretativa, acolhida àquela altura pelos Ministro MARCO AURÉLIO e Dias Toffoli – e que, segundo recentes decisões proferidas pelo Ministro GILMAR MENDES, também passaria a ser por ele acolhida –, além de representar, na visão do ora requerente, uma saída equilibrada para essa complexa controvérsia constitucional, parece também refletir o entendimento atual da maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

II – A ALTERAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO QUE JUSTIFICA O ACOLHIMENTO DO PEDIDO POR MEIO DO QUAL SE PRETENDE AFIRMAR QUE A EXECUÇÃO DA PENA



**CRIMINAL DEPENDE, PELO MENOS, DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL PELO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

11. A crise do sistema penitenciário brasileiro está escancarada no noticiário nacional e internacional. Centenas de milhares de seres humanos são vítimas de um tratamento indiscutivelmente cruel e desumano nas cadeias brasileiras. O cenário é de tamanha gravidade e indignação que o Ministro MARCO AURÉLIO, quando do julgamento da MC-ADPF 347, chegou a afirmar em seu voto que “*os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre*”. Em passado recente, em pedido de aditamento à ADPF 347 – com o objetivo de impedir o desvio de recursos públicos do FUNPEN para a segurança pública (MP 755/16) –, o PSOL recordou que os quase 100 detentos mortos nas duas terríveis chacinas ocorridas nos Estados do Amazonas e Roraima não foram vítimas de meros “acidentes”. Essa tragédia humana é consequência previsível do *estado de coisas inconstitucional* do nosso sistema prisional, já reconhecido pelo STF, e da omissão dos Poderes Públicos em enfrentá-lo.

12. Da data da sessão de julgamento que apreciou as Medidas Cautelares nas ADC’s 43 e 44 (05.10.2016) até o presente momento o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro apresentou significativa piora. Os dados que eram conhecidos àquela altura se tornaram ainda mais estarrecedores. A alteração do quadro fático é incrivelmente significativa. Senão vejamos.

13. Das 563.526 (quinhentas e sessenta e três mil, quinhentas e vinte e duas) pessoas encarceradas em 2014 – dado com o qual se trabalhava no julgamento realizado no ano de 2016 pelo STF –, apenas 357.219 (trezentas e cinquenta e sete mil, duzentas e dezenove) se encontravam dentro da capacidade máxima do sistema: o déficit total



era, àquela altura, de 206.307 (duzentas e seis mil, trezentas e sete) vagas². Segundo dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, em 38% das unidades prisionais brasileiras – fração dos estabelecimentos que disponibilizou tais dados à pesquisa –, havia, em 2014, 7.399 pessoas mantidas ilegalmente em regime fechado quando já deveriam cumprir suas penas em regime semiaberto. A mesma pesquisa demonstrou que, seguindo essa mesma proporção, seria possível inferir a existência de cerca 32.460 pessoas que teriam direito à progressão de regime, mas que, por falta de vagas, cumpriam penas no regime fechado³.

14. Ocorre que o diagnóstico do sistema prisional brasileiro mais recentemente aperfeiçoado e atualizado pelo Ministério da Justiça indicou que, em dezembro de 2014, o número de pessoas encarceradas era de 622.202 (seiscentos e vinte e dois mil, duzentos e dois), e que, em junho de 2016, esse total chegou ao patamar de 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze). **O crescimento, em apenas um ano e meio, foi de mais de 104 mil detentos, o que representou elevação de mais de 16% nesse curtíssimo lapso temporal⁴.**

15. Não é preciso muito esforço para reconhecer que o significativo aumento da superpopulação carcerária – a mais alta de toda a série histórica brasileira – impacta negativamente o exercício de outros direitos fundamentais dos presos. Além dos aspectos relacionados à insalubridade, redução do espaço nas celas, e inquestionável

² Não foram consideradas as pessoas em cumprimento de prisão domiciliar.

³ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Junho de 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2015, p. 13. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 Jan. 2018.



aumento da violência nos presídios, o quadro atual mostrou uma piora significativa no acesso dos presos a atividades laborais e de educação. O encarceramento brasileiro incide primordialmente sobre homens, negros, jovens, autores de crimes patrimoniais e que, em sua maioria, não chegam a ter mais do que o ensino fundamental⁵. Além disso, e apesar do fato de que a maioria desses jovens ingressam no sistema penitenciário pela prática de crimes patrimoniais e de tráfico de entorpecentes – delitos dramaticamente associados à pobreza e à falta de oportunidades de inserção no mercado de trabalho –, no ano de 2007, apenas 17% dos detentos desenvolviam alguma atividade educacional e somente 18% estavam inseridos em programas de trabalho⁶. Com o recente aumento da população carcerária, essa realidade ficou ainda pior nos últimos anos: em junho de 2016, somente 12% dos presos se envolvia em alguma atividade educacional e apenas 15% da população carcerária desenvolvia algum trabalho⁷.

16. Com uma elevação tão considerável da população carcerária e sem a criação de novas vagas – até o presente momento a decisão cautelar proferida na ADPF 347 de determinar a liberação de recursos do FUNPEN vem sendo substancialmente descumprida pelo Executivo –, não causa surpresa a intensificação dos episódios de extrema violência nos estabelecimentos prisionais. Para que se tenha um exemplo recente, no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, onde ocorreram pelo menos três rebeliões desde o início do ano de 2018, nove detentos morreram, dois dos quais

⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil/ Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015, pp. 27-38.

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN) (2007c). Sistema Prisional – Informação e inteligência - Relatórios com informações estatísticas do sistema prisional de cada Estado da Federação. 2007. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017, pp. 53 e 56. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.



decapitados, e 14 ficaram feridos⁸. Essa tragédia humana é consequência previsível do *estado de coisas inconstitucional* do nosso sistema prisional, já reconhecido pelo STF, e da omissão dos Poderes Públicos em enfrentá-lo.

17. Infelizmente, apesar do reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro pelo STF, as únicas duas medidas cautelares deferidas pelo Plenário do STF – contra o voto do Ministro Relator, MARCO AURÉLIO, que deferia outras importantes medidas cautelares deduzidas naquela ADPF 347 – não produziram efeitos positivos no funcionamento do sistema. *Primeiro*, porque, como assinalado pelo autor da ADPF 347 em petição de aditamento à inicial, a ordem de liberação dos recursos do FUNPEN tem sido sistematicamente descumprida, apesar do esforço hercúleo do Ministro Relator, MARCO AURÉLIO, para determinar à União a liberação dos recursos para todos os Estados da federação que compareceram aos autos o para informar descumprimento da decisão. Prova maior de que a decisão de liberação dos recursos contingenciados não produziu efeitos positivos no sistema é a constatação empírica de que, embora a população carcerária tenha crescido em mais de cem mil presos no curto espaço de um ano e meio, o número de vagas se manteve praticamente estável.

18. Por outro lado, a decisão cautelar que determinou aos Tribunais a realização de audiências de custódia para os presos em flagrante não impactou positivamente a enorme quantidade de presos provisórios no Brasil. O Mapa do Encarceramento no Brasil, publicado em 2015 pela Presidência da República, traçou um detalhado perfil da população carcerária e reconheceu que 38% da população prisional no país era formada por presos provisórios e 61% de presos condenados. De lá para cá, a situação piorou mais uma vez. O mais recente levantamento nacional sobre o sistema

⁸ Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-01/carmen-lucia-viaja-goias-para-inspecionar-presidios-onde-ocorreram> >. Acesso em: 29 jan. 2018.



penitenciário, publicado em dezembro de 2017⁹, mostrou que 40% da população prisional no país é formada por presos provisórios e 60% de presos condenados. Houve, portanto, nos últimos dois anos, não só um aumento do número absoluto de presos provisórios no Brasil, mas também da sua proporção em relação ao total de encarcerados no sistema.

19. Todos os esses dados confirmam uma relevante alteração do quadro fático do sistema penitenciário brasileiro desde o ano de 2016 para cá. Tudo piorou desde o julgamento da Medida Cautelar nas ADC's 43 e 44. O aumento de mais cem mil presos, sem qualquer alteração relevante na criação de vagas ou no investimento público no sistema penitenciário, elevou o nível de crueldade do modelo de cumprimento das penas privativas de liberdade no Brasil a um patamar ainda mais inaceitável.

III – A ALTERAÇÃO DO CONTEXTO JURÍDICO QUE JUSTIFICA O ACOLHIMENTO DO PEDIDO POR MEIO DO QUAL SE PRETENDE AFIRMAR QUE A EXECUÇÃO DA PENA CRIMINAL DEPENDE, PELO MENOS, DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

20. Poucas decisões proferidas pelo Plenário do STF enfrentaram tanta resistência interna pelos Ministros da Corte. Sucessivas decisões proferidas pelos Ministros CELSO DE MELLO¹⁰, MARCO AURÉLIO¹¹, GILMAR MENDES¹², RICARDO

⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2017*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁰ STF, RHC 129663 AgR-ED-MC, Relator Min. Celso de Mello, j. em 25/08/2017.

¹¹ STF, HC 148664 MC, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 10/10/2017.

¹² STF, HC 150553 MC, Relator Min. Gilmar Mendes, j. em 23/11/2017.



LEWANDOWSKI¹³ e DIAS TOFFOLI¹⁴ tem concedido ordem de *habeas corpus* a condenados em segunda instância, contrariando a orientação quanto à constitucionalidade da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Não é uma resistência isolada, portanto, mas um conjunto de decisões fundamentadas na lei vigente (art. 283 do CPP) – que, além de gozar de presunção de constitucionalidade, tem estrutura gramatical e semântica dificilmente compatível com a proposta de interpretação conforme¹⁵ que lhe atribuiu a maioria do STF no julgamento da MC-ADC 43 – e também na provável alteração da jurisprudência do Tribunal num futuro próximo.

21. É de especial relevância a superveniente mudança de orientação assinalada pelo Ministro GILMAR MENDES em relação ao tema. Em duas recentíssimas decisões, o Ministro GILMAR MENDES afirmou sua tendência em acompanhar a posição manifestada no Plenário pelo Ministro DIAS TOFFOLI, no sentido de que a execução da pena exija o julgamento do recurso especial pelo STJ:

¹³ STF, HC 140217, Relator Min. Ricardo Lewandowski, j. em 14/11/2017.

¹⁴ STF, HC 136790 MC, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 13/09/2016. Essa decisão foi tomada após a afirmação da tese da constitucionalidade da execução provisória a partir do julgamento de segundo grau, mas antes do julgamento da MC nas ADC's 43 e 44.

¹⁵ Como advertiu o Ministro Carlos Ayres Britto, em julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da compatibilidade da lei de imprensa com a Constituição, “*a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria*”. Na mesma oportunidade, observou que “*não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada*” (STF - ADPF 130, Relator Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009). Segundo Kelly Silva, “*os limites da interpretação conforme a Constituição são os de natureza funcional, os quais concernem aos aspectos sustentados por uma jurisdição constitucional – quando houver – em relação às outras jurisdições e pela legislação, por meio deste procedimento que, na verdade, acentua prioridade ao legislador na concretização da Constituição e exige por parte do juiz uma retidão, porque este não pode ignorar os limites do texto da norma constitucional, o que ocorre quando a variante da interpretação no meio da interpretação conforme realizada pelo juiz resulta em uma correção do texto de norma elaborado pelo legislador*” (SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 375).



Decisão: Trata-se de habeas corpus com pedido de medida liminar, impetrado por Marcos Vidigal de Freitas Crissiuma, em favor de Sérgio Roberto Pinto da Silva, contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que negou provimento ao Agravo Regimental no HC 420.515/RJ (eDOC 5, p. 154-160). Preliminarmente, consta dos autos que o paciente foi processado e condenado, no Juízo da 5ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ (Ação Penal 0530169-02.2004.4.02.5101), à pena de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do delito previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986 (eDOC 2, p. 45-66 e 68-88; eDOC 3, p. 1-32; eDOC 5, p. 156), decisão essa mantida pelo TRF da 3ª Região após o julgamento dos recursos de apelação e embargos de declaração (eDOC 3, p. 34-76 e 78-80; eDOC 4, p. 1-15). Ainda inconformado, no âmbito do STJ, o paciente interpôs recurso especial (REsp 1.386.791/RJ; eDOC 4, p. 17-43), que foi admitido e se encontra pendente de julgamento. Por sua vez, acolhendo pedido do Ministério Público, o juízo processante determinou a execução provisória da pena imposta ao paciente, com fundamento no decidido por esta Corte nas ADCs 43 e 44, bem como a consequente expedição do mandado de prisão (eDOC 4, p. 105; eDOC 5, p. 1). Houve, então, a impetração no TRF da 2ª Região, do HC 0009105-13.2017.4.02.0000, cuja liminar foi indeferida (eDOC 5, p. 21-25). Posteriormente, a Segunda Turma Especializada denegou a ordem (eDOC 5, p. 60-65). Assim, a defesa impetrou no STJ o citado HC 420.515/RJ, cujo relator indeferiu liminarmente o writ (eDOC 5, p. 139-141) e a Sexta Turma negou provimento ao agravo regimental interposto (eDOC 5, p. 154-160). Daí o presente HC, no qual se sustenta, em síntese, a ilegalidade da decisão que determinou a execução provisória, em decorrência da violação à coisa julgada e ao princípio do “ne reformatio in pejus”, bem como pela inaplicabilidade do entendimento desta Suprema Corte acerca da execução antecipada da pena ao caso concreto ou, ainda, pelo fato de o juízo prolator da decisão atualmente não possuir jurisdição para atuar no caso. Ao final, a parte impetrante pede a concessão de liminar para que se determine o imediato recolhimento do mandado de prisão expedido em desfavor do paciente, mantendo-o em liberdade até o julgamento final do presente writ. No mérito, requer a concessão da ordem para reconhecer a ilegalidade e cassar a decisão que decretou a prisão do paciente, permitindo-lhe que aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (eDOC 1, p. 38-39). Registro que o presente HC foi a mim distribuído por prevenção ao HC 85.615/RJ (certidão, eDOC 7). É o relatório. Passo a decidir. Conforme asseverei ao apreciar o pedido de liminar no HC 146.818 MC/ES, DJe 20.9.2017, os Ministros do STF, monocraticamente, têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP. Esse posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, e no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual. **Todavia, no julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.**



Ainda, no julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 6.6.2017), manifestei minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ. No caso, verifico que o REsp 1.386.791/RJ, interposto pelo ora paciente (eDOC 4, p. 17-43), encontra-se pendente de apreciação naquela Corte Superior, o qual foi interposto do acórdão do TRF da 2ª Região que julgou o recurso de apelação da defesa (eDOC 3, p. 34-76). Assim, no legítimo exercício da competência de índole constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, III, e incisos, da Constituição Federal, é de se admitir, em tese, a possibilidade do afastamento dessa execução provisória em decorrência do eventual processamento e julgamento do recurso especial. Nesse sentido decidi, em 6.10.2017, ao julgar o HC 147.981 MC/SP, de minha relatoria. Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender o início da execução da pena a que foi submetido o paciente Sérgio Roberto Pinto da Silva, nos autos da Ação Penal 0530169-02.2004.4.02.5101, que tramitou no Juízo da 5ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ, até o julgamento do mérito deste habeas corpus. Comunique-se com urgência ao Relator, no STJ, do REsp 1.386.791/RJ, bem como ao Juízo da 5ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ (Ação Penal 0530169-02.2004.4.02.5101), para cumprimento, a quem também requisito informações. Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 23 de novembro de 2017.¹⁶

22. A mudança de entendimento manifestada pelo Ministro GILMAR MENDES, num contexto em que a decisão cautelar proferida nas ADC's 43 e 44 foi tomada pelo apertado *score* de 6 x 5, foi percebida por outros Ministros da Corte como forte indício de que, no julgamento de mérito, o resultado se inverteria em favor da tese intermediária (solução média) defendida inicialmente pelos Ministros MARCO AURÉLIO e DIAS TOFFOLI. A iminente possibilidade de alteração do entendimento da Corte foi ressaltada em recentíssima decisão proferida pelo Ministro MARCO AURÉLIO, *in verbis*:

DECISÃO PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. HABEAS CORPUS – LIMINAR – DEFERIMENTO. LIMINAR – EXTENSÃO – CORRÉU. 1. O assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza prestou as seguintes informações: O Juízo da Terceira Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto/SP, no processo nº 0039497-45.2000.8.26.0576, em 6 de maio de 2011, condenou o paciente e mais três pessoas a 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 100 dias-multa, ante a prática do delito descrito no artigo 171, cabeça (estelionato), do Código Penal. Assegurou o direito de recorrerem em liberdade. A Quarta Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça desproveu apelação interposta pela defesa. Recurso especial foi inadmitido e o

¹⁶ STF, HC 150553 MC, Relator Min. Gilmar Mendes, j. em 23/11/2017. Decisão de idêntico teor foi proferida em outro caso: STJ, HC 146818 MC, Relator Min. Gilmar Mendes, j. em 18/09/2017.



extraordinário declarado prejudicado pelo Presidente da Seção de Direito Criminal. Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o agravo em recurso especial nº 1.039.077/SP, tendo o Relator dado parcial provimento ao recurso especial, redimensionando a sanção para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 40 dias-multa. Na sequência, determinou o envio de cópia do processo ao Juízo para início da execução provisória da pena com relação ao paciente e ao corréu Marcos Antônio Rosa Paim. Os impetrantes apontam o reconhecimento, na sentença condenatória, do direito de recorrer em liberdade, aduzindo não ter havido impugnação por parte da acusação. Arguem violação do princípio da não culpabilidade, presente condenação recorrível. Requerem, no campo precário e efêmero, seja afastada a execução antecipada da sanção. No mérito, pretendem a confirmação da providência. Em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, realizada em 25 de outubro último, não foi possível verificar o início do cumprimento da execução provisória. No Superior Tribunal de Justiça, encontram-se pendentes de análise embargos de declaração e agravo regimental no agravo em recurso especial nº 1.039.077/SP. A fase é de exame da medida acauteladora. 2. Não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no habeas corpus nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem do processo-crime – apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da sanção. O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a 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”. Constrição provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de pena antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e nº 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar. A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão. O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do habeas corpus nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado habeas corpus –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea – segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República. Ao tomar posse neste Tribunal, há 27 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em



Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por 6 votos a 4, e o seria, presumo, por 6 votos a 5, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – segundo a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana. **De todo modo, há sinalização de a matéria vir a ser julgada, com a possibilidade, conforme noticiado pela imprensa, de um dos que formaram na corrente majoritária – e o escore foi de 6 a 5 – vir a evoluir.** 3. Defiro a medida acauteladora para suspender a execução provisória do título condenatório. Comuniquem ao Juízo para que se abstenha de determinar a expedição de mandado de prisão, ou, se já o tiver feito, para que o recolha, ou, ainda, se cumprido, para que expeça o alvará de soltura, a ser implementado com as cautelas próprias: caso o paciente não esteja preso por motivo diverso do retratado no processo nº 0039497-45.2000.8.26.0576, da Terceira Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto/SP, considerada a execução açodada, precoce e temporã da pena. Advirtam-no da necessidade de permanecer com a residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de informar eventual transferência e de adotar a postura que se aguarda do homem médio, integrado à sociedade. 4. Sendo idêntica a situação do corréu Marcos Antonio Rosa Paim, estendo-lhe a medida acauteladora, com os mesmos cuidados, consoante o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal. 5. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República. 6. Publiquem. Brasília, 26 de outubro de 2017.¹⁷

23. A mesma percepção – de que há clara e objetiva sinalização de provável alteração da orientação da Corte quando do julgamento do mérito das ADC’s 43 e 44 – foi manifestada em recente decisão pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, nos seguintes termos:

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Sami Kuperchmit, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado: "PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, explicitada na participação do paciente em complexa organização criminosa, e com um alto poderio econômico, haja vista a participação de empresários, constituída com a finalidade precípua de lesar o Erário Municipal valendo-se de pagamento de propinas a membros do Poder Legislativo e Executivo, com escopo de

¹⁷ STF, HC 149067 MC, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 26/10/2017.



obtenção de contratos fraudulentos, leis de interesse das empresas envolvidas e outras condutas tipificadas na legislação criminal, além da posição de destaque do paciente na organização criminosa, e a vultosa reiteração delitiva, não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus ou suficiência das medidas cautelares diversas da prisão. 2. Recurso em habeas corpus improvido". Os impetrantes narram, de início, que o paciente "foi condenado por sentença que consignou, de forma expressa, que o início da execução da pena se daria somente 'após o trânsito em julgado' (doc. 1), o que não foi objeto de recurso por parte do Ministério Público (doc. 2). O eg. TJDFT, ao julgar os apelos das partes, manteve intacta a r. Decisão de primeiro grau nesse ponto (doc. 3) e não determinou o início da execução da pena. No entanto, pendente de julgamento Agravo em Recurso Especial que visa discutir a fixação da pena do Paciente (doc. 4), o em. magistrado de primeiro grau determinou o início da execução da pena (doc. 5)." (grifos no original; págs. 3-4 do documento eletrônico 1). Informam, então, que foi impetrado writ no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sendo-lhe denegada a ordem. Irresignada, a defesa interpôs recurso no STJ, que o desproveu. Contra o acórdão do STJ é o presente writ, dirigido a este Tribunal, no qual a defesa pede a concessão da liminar para que seja permitido ao paciente que aguarde o julgamento deste habeas corpus em liberdade. No mérito, requer a confirmação da medida de urgência. Em 10/2/2017, deferi o pedido de liminar, requisitei informações e abri vista ao Ministério Público Federal. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do writ (documento eletrônico 40). Posteriormente deferi o pedido de extensão formulado por Sonia Maria de Andrades Santos (documento eletrônico 37). É o relatório necessário. Decido. Registro, inicialmente, que, embora o presente habeas corpus tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, não oponho óbice ao seu conhecimento, na linha do que tem decidido a Segunda Turma deste Supremo Tribunal. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: HC 126.791-ED/RJ, HC 126.614/SP e HC 126.808-AgR/PA, todos da relatoria do Ministro Dias Toffoli. Anoto, também, que o art. 192, caput, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal faculta ao Relator denegar ou conceder a ordem de habeas corpus, ainda que de ofício, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal. Por este motivo, passo ao exame do mérito desta impetração. O caso é de concessão da ordem. A questão trazida neste writ diz respeito à possibilidade ou não de execução provisória da pena depois de julgado o recurso em segundo grau de jurisdição, haja vista a tese fixada pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do HC 126.292/SP e reafirmada no ARE 964.246/SP, no qual foi reconhecida repercussão geral da questão constitucional envolvida, ambos de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki. Pois bem, a jurisprudência deste Supremo Tribunal se consolidou no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Esse, aliás, é o entendimento ao qual sempre me filiei. No julgamento do aludido HC 126.292/SP, em que o Plenário sinalizou possível mudança de paradigma, assentei, de modo enfático, o seguinte: Eu vou pedir vênias ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal. Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar



esse dispositivo. A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Logo, o texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas. Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Constituição da República possui força normativa suficiente, de modo que os seus preceitos, notadamente aqueles que garantem aos cidadãos direitos individuais e coletivos, previstos no seu art. 5º, sejam obrigatoriamente observados, ainda que os anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à corrupção, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais. Isso porque não se deve fazer política criminal em face da Constituição, mas sim, com amparo nela. Ora, a Constituição Federal atribuiu ao Supremo Tribunal Federal inúmeras e relevantíssimas atribuições, dentre as quais a mais importante é a guarda da própria Constituição (art. 102). Nesse sentido, com a devida vênia à corrente majoritária que se formou no julgamento do HC 126.292/SP, naquela assentada, o Plenário da Suprema Corte extraiu do art. 5º, LVII, da Constituição, um sentido que dele não se pode e nem, no mais elástico dos entendimentos, se poderia extrair, vulnerando, conseqüentemente, mandamento constitucional claro, direto e objetivo, protegido, inclusive, pelo próprio texto constitucional contra propostas de emendas constitucionais tendentes a aboli-lo, conforme dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Carta. Ressalto que não se mostra possível ultrapassar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os juriconsultos de antanho, in claris cessat interpretatio. E o texto do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, além de ser claríssimo, à toda a evidência, não permite uma inflexão jurisprudencial de maneira a dar-lhe uma interpretação in malam partem. Em consonância com o dispositivo constitucional supramencionado, o art. 283 do Código de Processo Penal e o art. 594 do Código de Processo Penal Militar dispõem, respectivamente, que: “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”. “Art. 594. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena”. Muito bem. Ao comentar o dispositivo da lei processual penal, Eugênio Paccelli (in Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, pág. 590) consigna que “a nova redação dada ao art. 283 do CPP constitui, inegavelmente, empecilho à execução provisória da pena”. O referido autor continua, afirmando que, “[a]ntes dela (da Lei nº 132.403/11), a determinação constitucional no sentido de que toda prisão decorreria de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente já impunha a regra da proibição da execução provisória. No entanto, pensamos que a previsão legal de imposição de prisão antes do trânsito em julgado poderia autorizar uma interpretação conforme (à Constituição), para o fim de, excepcionalmente, aplicar-se a execução provisória, quando ausentes quaisquer dúvidas a respeito da condenação e da imposição concreta de sua modificação nas instâncias extraordinárias. Agora, como se vê, também essa porta parece fechada. A própria Lei impede o juízo de exceção à regra geral da proibição



da execução provisória”. No mesmo sentido é a posição de Guilherme de Souza Nucci (in Código de processo penal comentado. 16 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 730), para quem “a solidificação da pena, após a sentença condenatória, perpetua-se em face do trânsito em julgado”. Segundo o mencionado doutrinador, “essa situação processual sempre obteve, doutrinária e jurisprudencialmente, uma única definição: forma-se a coisa julgada material (trânsito em julgado), quando se esgotam todos os recursos possíveis contra determinada decisão”. Semelhante raciocínio pode ser transportado para os processos em trâmite na Justiça Militar. Ademais, deve ser mencionado que a Lei de Execução Penal também exige, para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, o trânsito em julgado da sentença condenatória. Essa é a inteligência do art. 105 combinado com o art. 107, in verbis: “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. [...] Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária”. Não pode ser esquecido, também, que, até o momento, não houve declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos infraconstitucionais, de modo que, com espeque no art. 5º, LVII, da Constituição, todos são plenamente aplicáveis. Outrossim, consigno que, em nosso sistema jurídico, desde 1988, o trânsito em julgado da decisão condenatória sempre se deu com o esgotamento de todos os recursos e instâncias ordinárias e extraordinárias. Alterar essa realidade jurídica exigiria novo disciplinamento constitucional e legal, que só poderia se dar via Congresso Nacional, e não pelo Poder Judiciário, uma vez que a posição do constituinte originário, ainda que não agrade àqueles que perfilham da posição até então majoritária nesta Suprema Corte, exige que seja trilhado o caminho previsto na Constituição Federal, como se espera de um Estado que, além de democrático, também é de Direito. Ademais, foi opção do constituinte de 1998 exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao invés do esgotamento do duplo grau de jurisdição, para considerar o acusado “culpado” pelo cometimento de um crime. Nesse sentido, ainda que o sistema do duplo grau de jurisdição seja adotado em outros países, o Estado brasileiro é soberano em suas escolhas políticas e jurídicas. (...) Conforme se verifica, esse decisum contém apenas a remissão a julgado deste Supremo Tribunal como argumento para decretação do início da execução da pena imposta ao paciente, não se afigurando, portanto, a meu sentir, revestido de motivação hábil, sobretudo se contrastada com o art. 5º, LXI, do texto constitucional, que assegura a todos o direito de não ser preso “senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. E ainda que se possa argumentar sobre o efeito vinculante resultante do julgamento do ARE 964.246/SP pelo Plenário desta Corte, em se tratando de cerceamento da liberdade individual, a decisão judicial correspondente há de ter em conta o princípio da individualização da pena, abrigado no art. 5º, XLVI, do Texto Magno, que não admite qualquer prisão baseada em expressões vagas ou genéricas. Em outras palavras, precisa levar em consideração a situação particular do condenado. Essa é a orientação pacífica deste Supremo Tribunal, segundo a qual: “A exigência de motivação da individualização da pena – hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) –, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica, e esta, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar” (HC 69.419/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Não se ignora que, com o triunfo das revoluções liberais no já longínquo século XVIII, acabou-se com a obrigatoriedade do cumprimento dos



caprichos régios sob a justificativa de que le roi le veut, ou seja, “o rei o quer”. No mesmo diapasão, é possível afirmar, com segurança, que não se pode hoje atender a uma determinação judicial ou, pior, mandar alguém para a prisão simplesmente porque le juge le veut, quer dizer, porque “o juiz o quer”. Daí a previsão - ainda que tardiamente acolhida entre nós - dos arts. 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição de 1988, os quais exigem expressamente a motivação das ordens judiciais, que não podem emanar da simples vontade subjetiva dos julgadores e nem veicular meras fórmulas legais ou jurisprudenciais desapegadas de um contexto fenomenológico real e concreto. Registro, ainda, por oportuno, que o entendimento deste Supremo Tribunal sobre a possibilidade de execução antecipada da pena após a confirmação da condenação em segunda instância vem, em boa hora, sofrendo temperamentos, à luz do texto constitucional, seja sob a ótica do princípio da razoabilidade, em decisões prolatadas pelos mais distintos tribunais do País. Em recente decisão no HC 366.907/PR, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a “pendência ou possibilidade de oposição de Embargos de Declaração impedem a execução antecipada da pena, já que não exaurida a atuação das instâncias ordinárias”, verbis: “HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, II e V, DO CP. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. DEFERIDO EM SENTENÇA O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO ESGOTADA A JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.243, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados. 2. Na hipótese em que foi permitido à ré recorrer em liberdade, soa desarrazoado que a expedição de mandado de prisão ocorra de forma automática, tão logo seja prolatado ou confirmado o acórdão condenatório, ainda passível de integração pelo Tribunal de Justiça. 3. Ordem concedida para, confirmada a liminar, assegurar à paciente o direito de aguardar em liberdade o esgotamento da jurisdição ordinária” (HC 366.907/PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz). No mesmo sentido, já se anotavam decisões no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, das quais destaco o HC 2017.03.00.002292-3/SP, no qual o Desembargador Federal Maurício Kato consignou que “o princípio da presunção da inocência, ainda que não absoluto, obsta a execução provisória da sentença condenatória nos casos em que se mostre possível assegurar ao acusado o direito à liberdade provisória”. Aliás, constata-se que, a partir do entendimento do STF, o qual, por julgamento majoritário, restringiu o princípio constitucional da presunção de inocência, prisões passaram a ser decretadas, após a prolação de decisões de segundo grau, de forma automática, na maior parte das vezes, como já afirmado, sem qualquer fundamentação idônea. Esse retrocesso jurisprudencial, de resto, como se viu, mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, em particular daqueles que militam na área acadêmica. Observe-se, além disso, que a decisão proferida no HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, não respeitou, necessariamente, o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que deu azo ao início do cumprimento de pena tanto do indivíduo absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau de jurisdição, bem como daquele que apenas foi condenado em segunda instância, por ter foro por prerrogativa de função em Tribunal de Justiça ou em Tribunal Regional Federal. Essa última hipótese, inclusive, teve a oportunidade de analisar, no exercício da Presidência (art. 13, VIII do RISTF), quando deferi a liminar no HC 135.752 MC/PB, de relatoria do Ministro Edson Fachin, para suspender a execução provisória do paciente, utilizando, dentre outros, os seguintes fundamentos: “Não bastasse isso, observo que, na hipótese sob exame, nem ao menos se assegurou ao paciente o duplo grau de jurisdição, implícito



no art. 5º, LV, da CF, como se observa da leitura de trecho significativo do acórdão combatido: ‘7. É verdade que, na hipótese presente, como um dos réus tem foro especial por prerrogativa de função, a Ação Penal é de competência originária do TRF, inexistindo sentença de Juiz singular anterior ao julgamento por este Órgão Colegiado. No entanto, tal situação não afasta a aplicação do entendimento do STF, uma vez que está encerrada a análise fático-probatória da Ação Penal nº 37/PB, com condenação por Órgão Colegiado. Precedentes do STJ’. Nesse ponto, cumpre ressaltar que o duplo grau de jurisdição integra a cláusula do due process of law, a qual compreende não apenas um conjunto de regras de caráter formal e substantivo destinado a assegurar a regularidade do processo judicial, mas também uma garantia material de que ninguém será arbitrariamente privado de seus direitos e liberdades. Para que isso se concretize, na prática, é preciso que o sistema legal seja dotado de mecanismos que evitem, o mais possível, a ocorrência de erros judiciários, sob pena de transformar-se em letra morta o princípio do devido processo legal. O direito ao reexame das decisões judiciais configura uma garantia constitucional, de caráter instrumental, pois, ademais de estar compreendida no postulado do devido princípio legal, configura axioma conatural ao atingimento dos fins últimos do próprio Estado de Direito, que se assenta, antes de mais nada, no princípio da legalidade, que não convive com qualquer tipo de arbítrio, especialmente de cunho judicial. Os recursos, com efeito, têm uma finalidade eminentemente política, visto que constituem instrumento de proteção das liberdades individuais contra o despotismo dos agentes públicos, em geral, e a própria falibilidade dos magistrados, em particular. Desse modo, não se mostra admissível que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que integram o Código de Processo Penal – instrumento cuja finalidade última é proteger o jus libertatis do acusado diante do jus puniendi estatal – derogue a competência constitucional estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgãos judicantes e, mais, permita malferir o consagrado postulado do duplo grau de jurisdição na esfera criminal, nela abrigado, em distintas ocasiões acolhido, de livre e espontânea vontade, pelo Brasil, após a promulgação daquela, quando aderiu sem reservas – que fique claro – ao Pacto de San José da Costa Rica, dentre outras convenções internacionais de proteção aos direitos humanos”. Registro, no entanto, que o Eminentíssimo Relator do feito Ministro Edson Fachin, posteriormente negou seguimento à impetração, aplicando ao caso o entendimento consolidado na Súmula 691. Em seguida, no julgamento do agravo regimental interposto, a Primeira Turma desta Suprema Corte negou provimento ao recurso. Não custa recordar, nesta oportunidade, que a proibição do retrocesso, em matéria de direitos fundamentais, encontra-se expressamente estampada no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, elaborada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, considerada pelos especialistas verdadeiro jus cogens em matéria de direito internacional. No que pertine ao art. 637 do CPP, o qual dispõe ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, permito-me lembrar que, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, trouxe à colação o ensinamento de três eminentes professores, titulares de legislação processual, da Universidade de São Paulo, os mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho, Antônio Scarance Fernandes, de cujas lições selecionei um pequeno trecho: “Para o processo penal, pode-se afirmar que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar)”. O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque a achega doutrinária deles sobrevive incólume - dos recursos extraordinários, com relação à aplicação da pena, deriva da própria



Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o art. 637 do CPP, serem revistas à luz da Lei Maior. Com a devida vênia, ousou manifestar ainda a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de esta Suprema Corte ter assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra em situação falimentar. Naquela ocasião, o STF, de forma unânime, afirmou que as prisões do País se encontram num estado de coisas inconstitucional. Não obstante, poucas sessões depois, decidiu facilitar a entrada de acusados neste verdadeiro inferno de Dante que é o sistema prisional pátrio. Em outras palavras, abrandou esse princípio maior da Carta Magna, a presunção de inocência, que configura verdadeira cláusula pétrea. A propósito, em recentes decisões, o Ministro Celso de Mello deferiu o pedido de medida cautelar nos HC 147.452-MC/MG; HC 147.469-MC/SP; e RHC 129.663-ED-AgR/RS para suspender a execução provisória da pena, por entender que, “Assentadas tais premissas, passo a examinar o pedido de medida cautelar ora formulado nesta sede processual. E, ao fazê-lo, saliento que eminentes Ministros desta Corte, em diversos processos [...] têm concedido provimentos cautelares (ou, até mesmo, deferido o próprio writ constitucional) em situações como aquelas, por exemplo, em que Tribunais de inferior jurisdição, ao ordenarem a expedição de mandados de prisão, para efeito de ‘execução provisória’, (a) limitam-se a simplesmente mencionar, sem qualquer fundamentação idônea, os precedentes a que aludi logo no início desta decisão, ou (b) fazem-no sem que ainda tenha sido esgotada a jurisdição ordinária, pois pendentes de julgamento embargos de declaração ou embargos infringentes e de nulidade do julgado (CPP, art. 609, parágrafo único), ou, ainda, (c) determinam a imediata e antecipada efetivação executória de seu julgado com transgressão ao postulado que veda a reformatio in pejus, eis que a ordem de prisão é dada em recursos interpostos unicamente pelo réu condenado a quem se garantira, anteriormente, sem qualquer impugnação do Ministério Público, o direito de aguardar em liberdade a conclusão do processo. O caso ora em análise parece ajustar-se às hipóteses sob (a) e (c), cabendo destacar, quanto a esse último aspecto, que a colenda Segunda Turma deste Tribunal, em 08/08/2017, iniciou o julgamento, suspenso por pedido de vista, de uma ação de habeas corpus (HC 136.720/PB), no qual já se formou maioria pela concessão da ordem, em que o eminente Relator, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, propôs o deferimento do writ precisamente em virtude de violação ao princípio que proíbe a reformatio in pejus, em situação na qual o Tribunal apontado como coator ordenou a imediata execução antecipada da pena, fazendo-o, contudo, em recurso exclusivo do réu, a quem se assegurara, sem qualquer oposição recursal do Ministério Público, o direito de aguardar em liberdade o desfecho do processo, transgredindo-se, desse modo, postulado fundamental que conforma e condiciona a atuação do Poder Judiciário (HC 142.012-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - HC 142.017-MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.)” (grifos no original). Ademais, menciono que, mesmo após o julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Marco Aurélio deferiu liminares para suspender a execução provisória da pena, como pode ser visto nos HCs 144.712-MC/SP; 145.380-MS/SP; e 146.006-MC/PE. **Registro, ainda, que, no julgamento do HC 142.173/SP, pela Segunda Turma, o Ministro Gilmar Mendes, Relator do feito, adiantou uma mudança do seu posicionamento, externado no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, ocasião na qual compôs a maioria, consignando em seu voto que: “No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de**



repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais. Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ. Assinalo também minha preocupação com a decretação da prisão preventiva, de modo padronizado, sem que o magistrado aponte concretamente a necessidade da medida extrema. Registro também que o STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória. Evidenciado o constrangimento ilegal, em razão da ausência de demonstração da imprescindibilidade da medida extrema, esta Corte deverá invalidar a ordem de prisão expedida” (grifei). **Em momento posterior, o Ministro Gilmar Mendes, confirmando a evolução previamente anunciada, deferiu a liminar no HC 146.815-MC/MG, suspendendo a execução provisória da pena.** Por fim, cumpre registrar que na sentença de primeiro grau determinou-se "aos réus o direito de recorrerem [...] em liberdade, uma vez que, a despeito da gravidade dos delitos praticados, não se encontram segregados provisoriamente pelo presente feito, pois ausentes os pressupostos da prisão preventiva" (pág. 17 do documento eletrônico 2). E, no acórdão, o recurso dos réus foi conhecido e parcialmente provido para afastar a pena de multa, sendo o do Parquet também parcialmente provido, apenas para “decretar a perda do cargo público de auditor tributário do primeiro e da segunda apelações e para estabelecer o regime semiaberto de cumprimento da pena privativa de liberdade a todos os réus” (pág. 8 do documento eletrônico 4). Com efeito, ficou consignado no dispositivo da sentença que, sem a decretação da custódia cautelar, o paciente poderia apelar em liberdade – comando que, a meu ver, não pode ser interpretado restritivamente, impedindo, por conseguinte, que o magistrado de primeiro grau determine sua prisão depois de julgado o recurso de apelação, sem que o titular da ação penal incondicionada recorresse nesse sentido. Registre-se, também, que a antecipação do cumprimento da pena, em qualquer grau de jurisdição, somente pode ocorrer mediante um pronunciamento específico e fundamentado que demonstre, à saciedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar. Assim, verificando que o caso em espécie se assemelha àquele tratado no HC 140.217/DF, bem como nos HC’s 135.951/DF, 142.012/DF e 142.017/DF, todos de minha relatoria, entendo que ocorreu a formação da coisa julgada do direito de o paciente recorrer em liberdade. Por essas razões, constatada a excepcionalidade da situação em análise faz necessária a suspensão da execução da pena imposta ao paciente. Isso posto, tendo em conta que a conclusão a que chego neste habeas corpus em nada conflita com as decisões majoritárias desta Suprema Corte, acima criticadas, com o respeito de praxe, confirmando as liminares, concedo a ordem de habeas corpus (art. 192, caput, do RISTF), para que os pacientes possam aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória proferida no Processo 2005.01.1.064173-9, sem prejuízo da manutenção ou fixação, pelo juízo processante, de uma ou mais de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso entenda necessário. Comunique-se com urgência. Expeça-se alvará de soltura clausulado. Publique-se. Brasília, 14 de novembro de 2017.¹⁸

¹⁸ STF, HC 140217, Relator Min. Ricardo Lewandowski, j. em 14/11/2017.



24. Não se ignora que a maioria projetada para o julgamento do mérito da ADC 43 se baseia em um conjunto de decisões monocráticas, que, vistas em seu conjunto, sugerem a alta probabilidade de que a proposta intermediária de execução da pena após o julgamento do recurso especial pelo STJ venha a prevalecer. Mas essa projeção não é temerária. Pelo contrário: os próprios Ministros da Corte têm afirmado que a decisão proferida no julgamento da medida cautelar em 2016 será parcialmente reformada quando do julgamento do mérito da ADC 43. É com base na legítima presunção de que essas posições manifestadas recentemente pelos Ministros da Corte serão reproduzidas na sessão de julgamento do mérito da ADC 43 que se conclui pela existência atual de uma corrente majoritária tendente a acolher o pleito subsidiário do PEN para que o STF afirme que o início da execução da pena deva ocorrer após o julgamento recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

25. Em síntese, convém registrar que (i) a maioria dos Ministros do STF não apreciou expressamente o pedido subsidiário deduzido na ADC 43 – no sentido de que se dê interpretação conforme a Constituição ao artigo 637 para se determinar seja conferido efeito suspensivo aos recursos especiais criminais, a serem apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, negando-se tal efeito apenas aos recursos extraordinários, a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal; (ii) as condições fáticas do sistema penitenciário brasileiro se agravaram drasticamente nos últimos dois anos; e (iii) há alta probabilidade – identificada com base em decisões dos Ministros do STF posteriores ao julgamento da Medida Cautelar na ADC 43 – de que, no julgamento de mérito, o resultado se inverteria parcialmente em favor da tese intermediária (solução média) defendida inicialmente pelos Ministros MARCO AURÉLIO e DIAS TOFFOLI.

26. Feitos esses registros iniciais, cumpre sintetizar os fundamentos jurídicos que sustentam a necessidade do acolhimento do pleito subsidiário deduzido na ADC 43 no sentido de que se afirme que a execução da pena somente pode ocorrer após o



juízo do recurso especial pelo STJ. Há três argumentos que sustentam a correção da tese ora defendida, a seguir expostos:

IV – A PROPOSTA INTERMEDIÁRIA ORA REQUERIDA NÃO É UMA JABUTICABA NACIONAL: EVIDÊNCIAS NO DIREITO COMPARADO

27. *Em primeiro lugar*, essa solução de permitir a prisão de réus cuja condenação tenha sido confirmada pelo STJ não seria uma espécie de “jabuticaba” ou idiossincrasia brasileira, à moda de tantas outras. Pelo contrário, a solução converge com a experiência estrangeira. Em países que adotam o modelo de controle concentrado de constitucionalidade – e o STF tem se aproximado desse modelo com o reforço à objetivação do controle difuso –, o início do cumprimento da pena não se sujeita ao prévio julgamento da causa penal pelo Tribunal constitucional, mas depende, em regra, do pronunciamento do Tribunal Superior (correspondente ao nosso STJ). É o que ocorre, por exemplo, na Alemanha, na Itália e em Portugal.

28. Na Alemanha, o recurso de natureza extraordinária – a chamada revisão ou recurso de cassação alemão – interposto para o Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*) contra as decisões de primeira instância exaradas pelo Tribunal Regional (*Landsgerichte*) ou pela Corte de Apelação Regional (*Oberlandesgerichte*) é dotado de efeito suspensivo¹⁹. Na Itália, o efeito suspensivo dos recursos criminais se produz mesmo quando se tem uma pluralidade de sentenças condenatórias (uma em primeiro grau e outra em segundo grau – dupla conformidade) e é apresentado um recurso para a

¹⁹ Sobre o tema, vale registrar o precioso estudo realizado pela Corte de Cassação Italiana: (...) *Il ricorso per cassazione è ammesso contro le decisioni in grado di appello. Il termine per depositare un ricorso per cassazione è di una settimana. L'impugnazione ha sempre effetto sospensivo (artt. 316 e 343 stPo)*” (V. estudo em http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Corti_Supreme_08.pdf).



Corte de Cassação contra a condenação em segundo grau²⁰. O direito comparado, no ponto, reconhece a proximidade dos sistemas alemão e italiano no que diz respeito à exigência de confirmação da condenação pelo Tribunal Superior (nosso STJ) para o início do cumprimento da pena²¹.

29. Em Portugal, a regra geral estabelecida no Código de Processo Penal Lusitano, em seu art. 408²², estabelece o efeito suspensivo dos recursos, tendo o réu o direito a aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação e o exaurimento recursal. A única exceção criada pela jurisprudência do país é que essa suspensão dos efeitos não se aplica ao recurso para o Tribunal Constitucional. Assim, é vedado que o réu inicie o cumprimento de sua pena antes da confirmação da condenação pelo STJ (Supremo Tribunal de Justiça)²³.

²⁰ Cf. Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*, Undicesima edizione, 2010, p. 822. No mesmo sentido: R. Orlandi, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in *Indice pen.*, 2000 p. 94 e ss.

²¹ *“Il processo penale tedesco è quello, sotto il profilo in esame, più vicino all’esperienza italiana. I mezzi di impugnazione ordinari previsti per le sentenze e che sono rappresentati dall’appello e dal ricorso per Cassazione, sono infatti tutti ad effetto devolutivo e sospensivo, di talchè il formarsi del giudicato è legato all’avvenuto (o mancato) esperimento dei detti mezzi di gravame”* (R. Juy-Birmann, *Il processo penale in Belgio*, in *Procedure penali d’Europa, Sintesi nazionali e analisi comparatistiche*, coordinate sotto la direzione di M. Delmas-Marty, seconda edizione italiana a cura di M. Chiavario, Cedam, 2001, p. 227 e ss.)

²² *“Art. 408. 1 - Têm efeito suspensivo do processo: a) Os recursos interpostos de decisões finais condenatórias, sem prejuízo do disposto no artigo 214.º; b) O recurso do despacho de pronúncia, sem prejuízo do disposto no artigo 310”*.

²³ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Et al. *Execução Provisória da Pena: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro*. Disponível em: < http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/docs_institucional/eventos/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf. >. Acesso em 28 jan. 2018.



30. Nos três países europeus aos quais o STF mais recorre em suas decisões²⁴ – Alemanha, Itália e Portugal –, submete-se o início da execução da pena, em regra, ao exame da causa pelo Tribunal Superior (nosso STJ) – ao qual incumbe a interpretação da lei infraconstitucional –, mas não ao julgamento de eventuais recursos ou reclamações dirigidos aos Tribunais constitucionais²⁵. Há pelo menos três razões que justificam esse modo de funcionamento desses sistemas jurídicos estrangeiros.

31. Uma primeira de natureza *dogmática*, que decorre do fato de que a regra geral é a de que as sentenças condenatórias não envolvam o controle de constitucionalidade das normas penais incriminadoras (ou mesmo de hipóteses específicas de incidência dessas normas), ao passo que é absolutamente normal que se aponte violação direta da legislação infraconstitucional resultante da interpretação das normas penais nos casos concretos. Nas palavras do Ministro MARCO AURÉLIO, “*o Superior Tribunal de Justiça consolidou função uniformizadora relativamente à legislação federal, espaço prioritário de aplicação do Direito Penal*”, razão pela qual, ademais, “*são muitos os exemplos de pronunciamentos do Superior a revelarem a influência determinante em inúmeras oportunidades, considerado o regime do recurso especial e a interpretação do Direito Penal, sendo equivocado diminuir o papel exercido pelo Tribunal nesse campo*”.

32. Uma segunda razão é de natureza *institucional*, relacionada ao fato de que nesses países, notadamente da Alemanha e na Itália, os Tribunais constitucionais dedicam-se primordialmente ao exame da constitucionalidade das normas²⁶, tanto pelo

²⁴ Virgílio Afonso da Silva, *Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul*, In: Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, ed. Lumen Júris, 2010, p. 529.

²⁵ Cf. *Procedure penali d'Europa, Sintesi nazionali e analisi comparatistiche*, coordinate sotto la direzione di M. Delmas-Marty, seconda edizione italiana a cura di M. Chiavario, Cedam, 2001.

²⁶ Alemanha e Itália, embora realizem controle incidental de constitucionalidade, não possuem propriamente uma competência recursal, e Portugal, a despeito do exercício do controle difuso, é



sistema incidental como pelo concentrado. E, por fim, uma última razão de natureza *pragmática*, fundada na ideia de que as Cortes constitucionais não podem realizar adequadamente suas funções constitucionais se assumirem a revisão de todas as sentenças proferidas pelas instâncias inferiores, o que, em matéria penal, poderia levar a um desvirtuamento do sistema de justiça criminal.

33. Além de compatível com a experiência de sistemas jurídicos estrangeiros dos quais o Brasil tem se aproximado – ao menos em relação ao *design* institucional das Cortes constitucionais e superiores –, a proposta de permitir a prisão de réus cuja condenação tenha sido confirmada pelo STJ se compatibiliza com a direção das recentes modificações do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. É o que se discutirá no próximo item.

V. A PROPOSTA É COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: AS DIFERENTES FUNÇÕES DO STF E DO STJ EM MATÉRIA CRIMINAL

34. Como se sabe, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é misto. Contém um complexo controle concentrado e abstrato, mas também atribui amplas possibilidades de acesso ao STF ao litigante individual pela via do recurso extraordinário, permitindo que a Corte se pronuncie também sobre casos concretos. Contudo, o fato de a legislação brasileira instituir acesso tão facilitado ao STF tem gerado problemas práticos graves. É cada vez mais difundida a ideia de que inserir na esfera de competências do STF a tarefa de decidir milhares de questões corriqueiras retira o foco da Corte de problemas que realmente exigem atenção exclusiva. Nesse cenário, ampliar o acesso à Corte se converte, na prática, em restringi-lo. De nada adianta permitir que o caso chegue ao STF e não estabelecer as condições materiais

fortemente marcado pela primazia do controle concentrado. Cf. José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, 2a ed., Madrid, 2007.



necessárias para que o Tribunal possa efetivamente apreciá-lo. Os efeitos práticos do atual modelo de acesso irrestrito são adiar a prestação jurisdicional e dificultar o acesso à justiça.

35. Por isso, tem lugar no Brasil um amplo debate sobre a adoção de mecanismos que levem à redução do número de processos em curso no STF, de modo a permitir que a Corte se concentre nas questões constitucionais realmente relevantes. A Emenda Constitucional nº 45/04, que promoveu a reforma do Judiciário, foi sensível a essa aspiração, instituindo a *repercussão geral das questões constitucionais* como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, o que representou um importante instrumento de objetivação dos julgamentos que o STF profere em sede recursal. Nas palavras do Ministro MARCO AURÉLIO, no voto que proferiu no julgamento da Medida Cautelar nestes autos, “*os desdobramentos normativos decorrentes do advento da Carta de 1988 gradativamente colaram aos processos judiciais em trâmite neste Tribunal contornos e consequências de processos objetivos, inclusive no tocante às ações de índole subjetiva. Conferiu-se ao Supremo faceta típica de Tribunal Constitucional, dificultando o acesso do jurisdicionado*”.

36. O papel do STF cada vez mais se assemelha ao desempenhado pelas cortes constitucionais da Alemanha, da Espanha, da Argentina, da África do Sul e do Canadá. Em todos esses países, adotam-se requisitos semelhantes ao de *repercussão geral* para racionalizar o acesso às respectivas cortes constitucionais. Para se ter um exemplo, embora previsto na Constituição como órgão do Poder Judiciário, o Tribunal Constitucional alemão não é uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias. Não funciona como Corte de Cassação das decisões dos Tribunais inferiores. Sua atuação restringe-se à jurisdição constitucional. Não lhe cabe a valoração do direito infraconstitucional e tampouco sua aplicação no caso concreto²⁷. Mesmo no caso da da

²⁷ V. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 1999, p. 14; Jutta Limbach, *Función y significado del recurso constitucional en Alemania*, *Cuestiones Constitucionales* 3:67, 2000, p. 75; Peter



queixa constitucional alemã, instrumento que se aproxima do recurso extraordinário brasileiro, são estabelecidos filtros ao acesso dos litigantes individuais, que implicam a atribuição de algum grau de discricionariedade à Corte para selecionar os casos que serão apreciados. A regra é que a *queixa constitucional* não seja admitida, a não ser que estejam presentes os requisitos legais da *subsidiariedade*, da *necessidade* e da *significância constitucional fundamental*. A *queixa constitucional* na Alemanha, além de servir à garantia dos direitos fundamentais do cidadão requerente (função subjetiva), possui uma dupla utilidade: “assegurar o *Direito Constitucional objetivo* e servir à sua interpretação e aperfeiçoamento” (função objetiva)²⁸.

37. Com efeito, o STF estabeleceu o entendimento de que a presença de repercussão geral também constitui requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários criminais (AI 664.567/RS, Pleno, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, j. de 6/9/07). Nesse verdadeiro *leading case*, o Ministro Pertence afirmou que não se poderia falar em uma “*imaneente repercussão geral*” de todos os recursos extraordinários criminais pela só presença de um conflito que envolve a liberdade de locomoção. Para tanto, aduziu os seguintes fundamentos: (i) o recurso extraordinário, mais que a justa solução do caso concreto, busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais; (ii) sempre haverá relevo para as partes no conflito entre a pretensão de punir do Estado e o direito de liberdade de determinado cidadão, mas, para efeito da repercussão geral, contudo, considera-se, mais do que isso, a existência, ou

Häberle, El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional. In: Domingo Garcia Belaunde e Francisco Fernández Segado. *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*, 1997, p. 251-2; Leonardo Martins, Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: Jürgen Schwabe, *Cinqüenta anos de jurisprudencia do Tribunal Constitucional Federal Alemão* (vários tradutores), 2005, p. 36.

²⁸ Ver Donald P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 315-9; Peter Häberle, El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional. In: Domingo Garcia Belaunde e Francisco Fernández Segado. *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*, 1997, p. 257.



não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos em causa; (iii) grande parte dos recursos de natureza extraordinária do réu em matéria criminal desvelam-se como instrumentos utilizados para ganhar tempo, na expectativa de prescrição.

38. O recurso extraordinário em matéria criminal, depois desse precedente, passou a ser ainda mais excepcional. O réu deixou de ter o direito subjetivo a ter sua causa criminal examinada em sede recursal pelo STF, que, desde então, passou a dispor de certa competência discricionária para escolher os casos que irá julgar. Isso significa dizer que o STF não está obrigado a analisar todos os recursos extraordinários criminais, mas apenas aqueles que possuam especial relevância para a proteção objetiva da Constituição.

39. O STF reconheceu, até agora, a repercussão geral de cerca de 40 questões envolvendo a matéria criminal (penal e processual penal). Temas de menor relevância tiveram a repercussão geral reconhecida e outros de importância superlativa ficaram de fora. Mas esses ajustes devem ser feitos com o tempo e a partir da essencial colaboração da advocacia criminal (privada e pública) e de toda a sociedade brasileira. As falhas até então registradas no funcionamento do mecanismo de repercussão geral em matéria criminal podem e devem ser apontadas e superadas. Porém, não há dúvida de que essa reformulação da jurisdição constitucional brasileira – cada vez mais dirigida à tutela objetiva da Constituição – poderá impactar positivamente o nível de proteção dos direitos fundamentais no campo penal. Ao julgar as grandes questões constitucionais que envolvem o direito penal, o STF contribuirá de forma eficaz para conter os excessos punitivos de que ainda padece o sistema de justiça criminal brasileiro.

40. Enquanto as funções do STF passaram por significativa transformação nos últimos anos – aproximando-o de um típico Tribunal Constitucional –, as funções do STJ continuam plenamente compatíveis com as de um Tribunal Superior de recursos



(Tribunal de Cassação). Como bem afirmou o Ministro MARCO AURÉLIO em seu voto na Medida Cautelar na ADC 43, não há como aproximar o papel do STJ, responsável pela unidade do direito penal e processual penal, daquele hoje atribuído ao STF. É certo que ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião e intérprete oficial da legislação federal, a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação²⁹. Entretanto, essa função de proteção objetiva da legislação infraconstitucional não retirou do recurso especial a vocação para a proteção de posições subjetivas das partes. Nesse sentido, o voto do Ministro DIAS TOFFOLI no julgamento da Medida Cautelar nesta ADC 43, *in verbis*:

Note-se, a propósito, que, por força do art. 102, § 3o, da Constituição Federal, o recurso extraordinário, ao exigir a repercussão geral da questão constitucional suscitada, pressupõe a transcendência dos interesses subjetivos do recorrente.

Dessa feita, **como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual**, não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário.

Já o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou “[dê à] lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal” (art. 105, III, a e c, CF).

41. O STJ continua a ser, mesmo depois da inserção do mecanismo dos *recursos repetitivos*, um típico tribunal de recursos, embora marcado por certas características especiais, que lhe conferem os contornos de uma corte de cassação. Esse é o motivo pelo qual, bem lembrou o Ministro MARCO AURÉLIO, “*cabe ao Superior Tribunal a palavra final sobre a vasta quantidade de controvérsias alusivas à disciplina criminal*”, entre as quais se destacam o controle da legalidade na aplicação pena-base, do regime prisional e da substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direito, temas que dizem respeito, ao fim e ao cabo, à aplicação ou não de pena de prisão

²⁹ V. REsp 1026234/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/05/2008, DJe 11/06/2008.



e ao modo como ela, em sendo aplicada, será cumprida. A própria formação da culpa, a despeito das respeitáveis posições em contrário, não é uma questão puramente de fato, mas também jurídica³⁰, o que faz do STJ o Tribunal competente para afirmar, em caráter definitivo – sempre que o recurso especial atender aos requisitos de admissibilidade, a culpa criminal, como bem ressaltou o Ministro DIAS TOFFOLI em seu voto no julgamento da Medida Cautelar nesta ADC 43, *in verbis*:

Assentadas essas premissas, há que se precisar o momento em que se atinge a certeza na formação da culpa.

Essa certeza não advém apenas do alto grau de probabilidade – vale dizer, para além de qualquer dúvida razoável - da autoria e da materialidade do delito, questões de natureza eminentemente fática, cuja apreciação ordinariamente se exaure nas instâncias locais.

Com efeito, para além dessas questões fáticas, a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como sobre a própria sanção penal a ser concretamente imposta, atividade que pressupõe o estabelecimento: i) das penas aplicáveis dentre as cominadas; ii) da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; iii) do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e iv) da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (art. 59, CP).

Ora, não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação.

Corroborando essa assertiva, a jurisprudência desta Suprema Corte é assente no sentido de que a afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando

³⁰ A Constituição da República de 1988, ao afirmar que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, presta integral adesão aos pressupostos teóricos da teoria do delito assentados desde o século passado – a partir da obra de Frank (Cf. GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de culpabilidad*, Montevideo, 2007; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015. p. 168) –, segundo os quais a afirmação da culpabilidade não constitui um juízo de natureza empírica ou fática, conforme previa o modelo Liszt-Beling, mas sim um juízo normativo levado a efeito pelo Poder Judiciário a partir dos parâmetros extraídos do grau de autonomia do indivíduo e da intensidade de lesão ao bem jurídico referenciado na norma penal incriminadora. V., a propósito, Cf. TAVARES. Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: *Racionalidad y Derecho Penal*; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015. A afirmação de que a responsabilidade criminal estaria completa com o julgamento em segunda instância, sob o fundamento de que as circunstâncias fáticas estariam definidas com o exaurimento da discussão probatória, parece ter como pressuposto a noção de que a culpabilidade é um elemento constatável empiricamente. Ocorre que essa premissa não se compatibiliza com o atual estado da arte da teoria do delito consolidada em Estados democráticos. A culpabilidade, isso é inegável, é extraída sobretudo de um juízo normativo acerca de uma conduta humana analisada pelo juiz a partir das lentes da norma penal.



depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, não configura ofensa direta e frontal à Constituição da República e, portanto, não autoriza a via do recurso extraordinário.

Nesse sentido: AI no 603.952/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Menezes Direito, DJ de 27/6/08; AI no 651.927/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 30/5/08; AI no 649.191/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 10/6/07; AI no 622.527/AP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 18/5/07; AI no 562.809/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 18/5/07; e AI no 563.028/GO- AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 11/5/07, entre inúmeros outros.

Na esteira dessa interpretação, se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável -, reputo viável que a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

42. A diferença das funções exercidas pelo STF e pelo STJ em matéria penal – o primeiro realiza controle *objetivo* de constitucionalidade, ao passo que o segundo desempenha controle *subjetivo* de legalidade – impactam decisivamente os resultados dos julgamentos de recursos extraordinários e especiais nesse campo. Enquanto a proporção de recursos extraordinários providos em matéria penal beira a marca do zero, o mesmo não se pode afirmar da proporção de recursos especiais acolhidos pelo STJ. Na guerra dos números a propósito desse aspecto, deve-se considerar, como afirmou o Ministro MARCO AURÉLIO, que “*dados apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo apontam que, em fevereiro de 2015, 54% dos recursos especiais interpostos pelo Órgão foram ao menos parcialmente providos pelo Superior*” e que “*em março seguinte, a taxa de êxito alcançou 65%*”. Isso sem contar o alto índice de concessão de *habeas corpus* de ofício pelo STJ no próprio julgamento dos recursos especiais. A jurisdição uniformizadora do STJ produz, entre nós, uma barreira de contenção do arbítrio, considerando a conhecida resistência dos Tribunais de segundo grau em dar aplicação à jurisprudência do STF e do STJ³¹.

³¹ Pesquisa recente da Ministério da Justiça, coordenada pelo Professor Thiago Bottino, concluiu que o número crescente de *habeas corpus* impetrados perante o STJ tem como uma das principais causas “a resistência dos tribunais de segundo grau em aplicar a jurisprudência já consolidada pelos tribunais superiores. É impressionante o número de casos em que o STJ e o STF revertem as decisões dos tribunais de segunda instância com base em súmulas, ou seja, interpretações já consolidadas”. Cf.



43. Duas últimas observações sobre esse ponto se fazem necessárias. A primeira é de que a relevante taxa de reforma de decisões criminais pelo STJ indica o risco de que a execução provisória a partir da decisão de segunda instância leve para as cadeias superlotadas brasileiras pessoas que sequer deveriam ser presas, ou que as imponha cumprimento da pena em regime mais gravoso do que o cabível. Em rápida e incompleta pesquisa no sitio eletrônico do STJ, se encontrou, apenas em 2017, 57 acórdãos que reformaram decisões criminais, em sede de recurso especial, em favor dos réus³². Também em rápida pesquisa feita no sítio eletrônico do STJ, se encontrou o número de 572 acórdãos que concederam ordens de *habeas corpus*³³. É bastante relevante o número de decisões do STJ que reduzem a pena cominada aos réus, lhes aplicando o regime aberto para cumprimento da pena e substituindo a pena restritiva de liberdade por restritiva de direito. Nesses casos, os réus aguardariam encarcerados o pronunciamento do STJ, que, então, lhes colocaria em liberdade. Quem devolverá a esses réus os dias que passaram indevidamente presos nas infernais penitenciárias brasileiras?

<http://pensando.mj.gov.br/2016/03/09/pesquisa-investiga-causas-de-crescimento-de-pedidos-de-habeas-corpus/>.

³² Pesquisa realizada com base no uso das seguintes expressões: “habeas + corpus + concedido”. Disponível em: <
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20171220&livre=recurso+especial+n%E3o+conhecido+ordem+concedida+oficio&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 29 jan. 2018.

³³ Pesquisa realizada com base no uso das seguintes expressões: “recurso + especial + não + conhecido + ordem + concedida + ofício”. Disponível em: <
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20171220&livre=habeas+corpus+concedido&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 29 jan. 2018.



44. A segunda e última observação é de que a maior parte das decisões reformadas pelo STJ se refere a condenações por tráfico de drogas e roubo³⁴, até mesmo porque esses dois delitos juntos respondem por quase metade da população carcerária brasileira³⁵. Assim, não há dúvida de que o impacto mais gravoso da execução provisória a partir da decisão de segundo grau recairá sobre a parcela mais pobre da clientela do sistema de justiça criminal. A pretexto de combater de forma mais eficaz a corrupção, a prisão em segunda instância atingirá em cheio, mais uma vez, aqueles que têm menor renda e escolaridade. O tiro tem saído pela culatra.

VI. A PROPOSTA É CONSTITUCIONALMENTE POSSÍVEL: A ADOÇÃO DE TÉCNICAS DE DECISÃO INTERMÉDIAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

45. O artigo 283 do CPP prevê que *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*. Por sua vez, o artigo 637 do CPP dispõe que *“o recurso extraordinário [leia-se recursos extraordinário e especial] não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”*. É constitucionalmente possível diferenciar os efeitos dos recursos especial e extraordinário em matéria criminal. Tratá-los de forma igual significa desprezar os motivos *dogmático, institucional e pragmático* que indicam a alta relevância da jurisdição uniformizadora do STJ como barreira de contenção contra

³⁴ De acordo com pesquisa realizada pela FGV, em relação ao *habeas corpus* no STJ, 25% dos casos envolviam o crime de roubo e 16% o crime de tráfico. Cf. http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/radiografia_do_habeas_corpus_no_stj_-_boletim_ibccrim_253_dezembro-2013.pdf.

³⁵ Segundo dados do Ministério da Justiça, os réus que respondem pelos crimes de tráfico e roubo correspondem a 48% da população carcerária. Cf. <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>.



a conhecida e reiterada resistência dos Tribunais de segunda instância em aplicar a jurisprudência do STF e do próprio STJ no julgamento de causas penais.

46. A fim de reconhecer o efeito suspensivo apenas aos recursos especiais, basta considerar que o réu possui direito a ter sua causa apreciada pelo STJ, mas não possui o mesmo direito em relação ao STF. Para tanto, abrem-se duas possibilidades. A primeira seria reconhecer, tal como fez o Ministro MARCO AURÉLIO, uma espécie de constitucionalidade parcial do artigo 283 do CPP, para “*determinar a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa esteja sendo questionada no Superior Tribunal de Justiça*” – o que implica reconhecer a inconstitucionalidade parcial do preceito no que diz respeito à exigência de julgamento do recurso extraordinário como condição para execução da pena. Já a segunda seria conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 637 do CPP, restringindo a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ no âmbito do recurso especial. Em qualquer desses casos, caberá ao STF definir se basta a primeira decisão do STJ – e se esta pode ser monocrática ou colegiada – ou se será necessário esgotar os recursos no âmbito daquele Tribunal Superior.

VII. OS PEDIDOS

47. Em primeiro lugar, cabe um *disclaimer* da maior relevância. O ora requerente não desconhece a jurisprudência desse STF no sentido de que o *amicus curiae* não possui legitimidade para recorrer de decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade³⁶, a despeito de densas posições doutrinárias em sentido

³⁶ Cf., por todos, STF, ADI 2.359-ED-AgR/ES, Rel. Min. Eros Grau; STF, ADI 3.105-ED/DF, Rel. Min. Cezar Peluso; STF, ADI 3.934-ED-AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.



contrário³⁷. Também não se desconhece que o *amicus curiae* não pode pretender inovar o objeto da demanda, como se fora *verdadeiro litisconsorte ativo* (e não *terceiro interessado* ou *especial*), “o que se revelaria processualmente inadmissível, sob pena de romper-se a própria estabilidade da relação processual objetiva”. Nas palavras do Ministro CELSO DE MELLO, “o ‘*amicus curiae*’, não obstante o inquestionável relevo de sua participação, como *terceiro interveniente*, no processo de fiscalização normativa abstrata, não dispõe de poderes processuais que, inerentes às partes, viabilizem o exercício de determinadas prerrogativas que se mostram unicamente acessíveis às próprias partes, como, p. ex., o poder que assiste, ao argüente (e não ao “*amicus curiae*”), de delimitar, tematicamente, o objeto da demanda por ele instaurada”³⁸.

48. O ora requerente também não desconhece a orientação jurisprudencial desse STF no sentido de que o *amicus curiae* não pode deduzir pedido cautelar em ação de controle concentrado que já não tenha sido objeto de requerimento pelo próprio autor da ação³⁹. Ao *amicus curiae*, portanto, o STF nega tanto a legitimidade ativa para interposição de recursos, como para deduzir pedidos novos, que tenham por objetivo ampliar o escopo da ação de controle concentrado. Tudo isso poderia sugerir, na esteira dessa pacífica orientação jurisprudencial, a impossibilidade jurídica do pedido de cautelar deduzido nesta oportunidade pelo INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIIS – IGP.

49. Entretanto, cabe observar que o pleito ora formulado não inova no objeto da Ação Declaratória n. 43, e tampouco pretende ampliá-lo indevidamente. Pelo contrário, o pedido ora deduzido coincide com o pleito inicialmente apresentado pelo autor da ADC n. 43. Além disso, como ressaltado no primeiro capítulo desta peça, o

³⁷ V., por todos, BINENBOJM, Gustavo. In “Temas de Direito Administrativo e Constitucional”, p. 182/187, 2008, Renovar.

³⁸ STF, ADPF 187, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 15/06/2011.

³⁹ STF, AC 3100 MC, Relator Min. Celso de Mello, j. em 30/09/2013.



pedido subsidiário de atribuição de interpretação conforme a Constituição ao artigo 637 do CPP – de modo a garantir que a execução provisória da pena somente fosse autorizada após o exame do recurso especial pelo STJ – sequer foi expressamente rejeitado pela maioria do Plenário da Corte por ocasião do exame das Medidas Cautelares nas ADC’s 43 e 44. Por fim, convém registrar que o novo CPC prevê que “[c]aberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*” (§ 2º do art. 138), o que, com base em abalizada doutrina, confere certa margem de liberdade para o Relator definir, em cada caso, a extensão dos poderes conferidos ao *amicus curiae*.

50. Diante do exposto, requer o INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIAS – IGP, devidamente habilitado como *amicus curiae* nestes autos, em face da urgência qualificada comprovada no caso, o deferimento da medida cautelar, *ad referendum* do Plenário⁴⁰, para, na esteira dos pedidos deduzidos pelo autor da ADC 43, (i) declarar a inconstitucionalidade parcial do art. 283 do CPP, determinando a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa esteja sendo questionada no Superior Tribunal de Justiça – o que implica reconhecer a inconstitucionalidade parcial do preceito no que diz respeito à exigência de julgamento do recurso extraordinário como condição para execução da pena; ou, subsidiariamente, (ii) conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 637 do CPP, restringindo a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ no âmbito do recurso especial.

⁴⁰ É pacífico no STF o entendimento de que cabe ao Relator deferir medidas cautelares em ações de controle concentrado de constitucionalidade. Cf, por todos, ADI 4917 MC, Relator Min. Cármen Lúcia, julgado em 18/03/2013; ADI 5679 MC, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 07/06/2017.



51. Caso Vossa Excelência entenda incabível o pedido de deferimento de medida cautelar deduzido pelo ora requerente, na qualidade de *amicus curiae*, requer seja a presente recebida como manifestação e reiteração do pedido para que, no mérito, seja julgada parcialmente procedente a ADC 43, para (i) declarar a inconstitucionalidade parcial do art. 283 do CPP, determinando a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa esteja sendo questionada no Superior Tribunal de Justiça – o que implica reconhecer a inconstitucionalidade parcial do preceito no que diz respeito à exigência de julgamento do recurso extraordinário como condição para execução da pena; ou, subsidiariamente, (ii) conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 637 do CPP, restringindo a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ no âmbito do recurso especial.

Termos em que pedem deferimento.

Brasília, 31 de janeiro de 2018.

Antônio Carlos de Almeida Castro
OAB/DF n. 4107

Ademar Borges de Sousa Filho
OAB/DF no 29.178