

# AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO FEDERAL

## RESUMO DO VOTO

### Sumário

1. Evoluções jurisprudenciais no controle de constitucionalidade .....	3
2. Alterações no Código de Processo Penal e conformação do princípio da presunção de inocência na jurisprudência do STF .....	4
2.1. Fundamentos da reafirmação do trânsito em julgado como marco inicial de execução da pena .....	10
2.2. Relevância da atuação do STF na correção de ilegalidades nas decisões das instâncias ordinárias e do próprio STJ .....	16
2.3. Possibilidade de alteração do sistema processual penal via soluções de <i>lege ferenda</i> ou <i>de jure constituendo</i> .....	19
2.3.1 Trânsito em julgado e recurso ao Tribunal Constitucional em direito comparado .....	20
3. Consequências práticas da afirmação do trânsito em julgado como regra na execução penal .....	22
4. Impactos das decisões do STF sobre a agenda internacional anticorrupção .....	24
4.1. Críticas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) .....	25
4.2. Críticas da Transparência Internacional .....	29
5. Dispositivo .....	32

“Quem se vale do direito de dispor sobre a vida e a morte de um ser humano coloca-se conceitualmente acima dele. O homem está submetido à vida e à morte. Mas o fato de ele estar submetido faz com que não possa colocar-se acima do mesmo pressuposto. Quem decide a respeito desses assuntos é Deus ou é alguém que, na terra, age no lugar de Deus, como seu representante ou usurpador.

(...) **Todos os que santificam o povo o fazem para poder usá-lo**; toda vez que se diz: ‘o povo falou’, estamos na presença de uma concepção instrumental da democracia. Não existe adulação desinteressada, e, quanto maior a lisonja, tanto maior será o interesse”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Série IDP/Saraiva: São Paulo, 2010, p. 130).

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), para questionar a conformidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal. Transcrevo os dispositivos apontados:

Constituição Federal:

“Art. 5º (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Código de Processo Penal:

“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”.

Na ação, afirma-se que o art. 283 do CPP constitui interpretação razoável da presunção de inocência, constitucionalmente prevista. Sublinha-se haver o Supremo reconhecido a plausibilidade da tese positivada pelo preceito quando apreciou o *Habeas Corpus* 84.078 (Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.2.2010). Conforme relatado, aponta-se que a redação atual do dispositivo conforma o princípio da não culpabilidade dentro da moldura normativa preconizada pelo artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior.

## 1. Evoluções jurisprudenciais no controle de constitucionalidade

A evolução interpretativa no controle de constitucionalidade revela-se essencial para a consolidação de direitos fundamentais e para a ampliação da esfera de proteção de direitos de minorias<sup>1</sup>.

Não existe uma pretensão de completude (*Anspruch der Luckenlosigkeit*) do sistema constitucional, característica que empresta à Constituição a flexibilidade necessária (*Beweglichkeit*) ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo (*in die Zeit hinein offen*). Nesse sentido, como as Constituições representam a realidade social e a história do momento em que foram elaboradas, precisam ser adaptadas às circunstâncias do momento atual<sup>2</sup>.

A evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. Podemos constatar na história recente deste Supremo Tribunal Federal precedentes seculares que foram revistos ao longo dos anos, com vistas à conformação da interpretação do texto constitucional e da legislação infraconstitucional à realidade fática subjacente.

Alguns exemplos são dignos de nota. Já sob a égide da Constituição de 1988, o Tribunal declarou em 1995 a constitucionalidade da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia (HC 72.131, Redator p/ Acórdão: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, DJ 01-08-2003).

Mais de 13 (treze) anos após esse julgado, em 2008, o Tribunal reviu a sua posição para reconhecer o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, como o próprio Pacto de San José da Costa Rica, o que resultaria no afastamento da legislação infraconstitucional que estabelecia a prisão civil do despositário infiel (RE 349.703, Relator(a): Min. Carlos Britto, Redator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe 05-06-2009).

---

<sup>1</sup> HESSE, Konrad, *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, p. 11.

<sup>2</sup> HESSE, Konrad, *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, p. 13.

Outro notável exemplo de evolução jurisprudencial habita nas discussões sobre a vedação à progressão de regime na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90). No julgamento do HC 69.657, essa questão foi amplamente discutida, tendo restado vencedora a posição do Min. Francisco Rezek, que sustentava a constitucionalidade da norma da Lei n. 8.072/90, que vedava a progressão de regime nos crimes hediondos (inserir referências).

No julgamento do HC 82.959, o debate sobre o âmbito de proteção do art. 5º, XLVI, foi renovado. Passados mais de dez anos desde a análise inicial, o Tribunal assumiu o posicionamento de que o princípio da individualização da pena, preconizado na Constituição Federal, não poderia ser integralmente concretizado sem a possibilidade de progressão de regime, cuja viabilidade deve ser analisada a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas do condenado (HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006).

Por óbvio, o ordenamento jurídico deve ser manter íntegro e coerente, de modo a assegurar a previsibilidade das relações sociais e a segurança jurídica, inclusive em matéria processual penal<sup>3</sup>. Contudo, afirmar que precedentes não poderiam ser alterados é o mesmo que determinar uma estagnação da evolução social, o que acarretaria, por exemplo, que a segregação racial fosse autorizada juridicamente até os dias atuais.

A existência de um sistema de precedentes não pode significar a impossibilidade de evolução do direito. Devemos, sem dúvidas, assentar uma fundamentação adequada e específica para a superação do precedente, o que estamos aqui discutindo em profundidade. Assim, em meu voto apresento argumentos para tratar detalhadamente da questão.

## **2. Alterações no Código de Processo Penal e conformação do princípio da presunção de inocência na jurisprudência do STF**

O processo penal possui uma característica singular, uma premissa que orienta toda a estruturação dogmática do direito processual penal: a *presunção de inocência*. Na doutrina, afirma-se que a presunção de inocência não é mais um princípio do processo, é o próprio processo. O princípio da

---

<sup>3</sup> KIRCHER, Luís Felipe. Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal. Salvador: Juspodivm, 2019.

presunção de inocência constitui uma proibição de desautorização ao processo<sup>4</sup>.

No texto constitucional, a presunção de inocência destaca-se entre os direitos fundamentais elencados no rol do art. 5º da Constituição Federal. O inciso LVII determina: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O debate acerca da compatibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade com o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da CF, deu azo a distintas interpretações por parte desta Corte nas últimas décadas.

O núcleo essencial desse princípio impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença.

Não obstante, **a definição do que vem a ser tratar-se o réu como culpado depende, em certa medida, de intermediação do legislador.**

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que significa considerar alguém culpado.

A mim parece que a evolução jurisprudencial do Supremo nas últimas décadas, antes e depois da promulgação da Constituição de 1988, precisa ser decifrada como um verdadeiro processo de aprendizado e – eu diria – até mesmo de um experimentalismo institucional em torno dessa matéria.

As sucessivas alterações legislativas no CPP de 1941 mostram que os diferentes regimes vigentes ora atenuavam, ora reforçavam a excepcionalidade da segregação cautelar antes do trânsito em julgado.

O CPP foi estruturado a partir de uma lógica de antecipação da culpabilidade, de modo que a fundamentação das prisões provisórias se dava muito mais pela incidência direta da hipótese normativa do que pela avaliação da discricionariedade e da proporcionalidade da medida por parte do aplicador do Direito.

Em sua acepção original, o art. 312 do CPP estabelecia a prisão preventiva obrigatória para os crimes a que fosse cominada pena de reclusão

---

<sup>4</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Análisis funcional desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 37.

por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos, bastando para tanto a prova da existência do crime e indícios suficientes de materialidade.

O CPP concebida como efeito da prolação da sentença condenatória recorrível a automática prisão do réu (art. 393, inciso I, do CPP). O manejo do recurso de apelação ficava condicionado ao recolhimento à prisão ou à prestação de fiança (art. 594). Ainda, a sentença de pronúncia implicava necessariamente a custódia imediata do réu (art. 408, §§ 1º e 2º).

Esse sistema – essencialmente influenciado pelo modelo do fascismo italiano – modernizou-se significativamente nas décadas seguintes, ainda durante os anos da Ditadura Militar. Já em 1967, a Lei 5.349 extinguiu a prisão preventiva obrigatória, atendendo ao apelo da doutrina, que denunciava o exagero dos juízes na utilização do instituto.

A viragem na matéria ocorreu com a edição da Lei 5.941/1973, que inaugurou a possibilidade de o réu sentenciado ou pronunciado recorrer em liberdade. A edição desse diploma teve como pano de fundo a instauração de investigações contra o delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury, que chefiava o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) em São Paulo e que passara a ser investigado por associação ao tráfico e atos de extermínio.

A Lei 5.941/1973 conferiu nova redação aos arts. 408 e 594 do CPP, para prever que, se o réu condenado ou pronunciado fosse primário e apresentasse bons antecedentes, poderia o juiz sentenciante “*deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontrasse preso*”. Além disso, a alteração legislativa inseria as mesmas excepcionalidades para afastar a necessidade de o réu estar preso para interpor o recurso de apelação.

Embora o “Fator Fleury” seja apontado como um “salto” no regime de segregações cautelares, fato é que as modificações posteriores do CPP caminharam igualmente no sentido da liberalização e da consagração da excepcionalidade das prisões provisórias.

Ainda na década de 1970, a Lei 6.416/1977 alterou a redação do art. 310 do CPP, para restringir a manutenção da prisão em flagrante às hipóteses em que estivessem presentes os mesmos requisitos autorizativos da decretação da prisão preventiva.

O regime inaugurado pela Constituição de 1988, de certo modo, quedou-se contrastante com o movimento de liberalização. A referência contida no art. 5º, LXVI, da CF/1988, no sentido de que “*ninguém será levado à prisão ou*

*nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” é objeto de críticas. Nesse sentido, Eugênio Pacceli aponta que:*

“Não é porque o Constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, com e sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é provisório é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos”<sup>5</sup>.

Ainda em 1989, o STF, ancorando-se na interpretação literal do art. 637 do CPP, firmou inicialmente que a proibição de presunção de culpa antes do trânsito em julgado seria compatível com a execução imediata da pena privativa de liberdade após o julgamento em segunda instância.

No julgamento do HC 67.245/MG, o Tribunal decidiu que a ausência de efeito suspensivo atribuído ao recurso extraordinário possibilitava a execução imediata do título condenatório:

“PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. TENDO O PACIENTE SIDO CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU, POR CRIME DE HOMICÍDIO, MAS, EM FACE DE SUA PRIMARIEDADE E DE SEUS BONS ANTECEDENTES, AGUARDANDO EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA SUA APELAÇÃO, TENDO VINDO A SER MANTIDA A CONDENAÇÃO TAMBÉM EM SEGUNDO GRAU, NÃO É DE SE LHE CONCEDER 'HABEAS CORPUS' PARA PERMANECER SOLTO, AGUARDANDO JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POIS, COMO RESULTA DO ART. 637 DO CPP, NÃO POSSUI ESTE EFEITO SUSPENSIVO. NÃO AMPARA SUA PRETENSÃO O DISPOSTO NO ART. 5º, LVII DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DE ANOTAR QUE SEQUER HÁ PROVA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO”. (HC 67.245, Relator Min. Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgado em 28.3.1989, DJ 26.5.1989 PP-08945 EMENT VOL-01543-02 PP-00244).

---

<sup>5</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Editora Gen/Atlas: São Paulo, 2016, p. 504.

Tal posição prevaleceu também no Plenário, quando do julgamento do HC 68.726 (Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgamento em 28.6.1991), e foi corroborada nos anos seguintes.

Destaca-se ainda que, em 1999, o Plenário debruçou-se sobre o juízo de recepção do art. 594 do CPP, que, com a redação que lhe fora dada pela Lei 5.941/1973, afastava a necessidade de prisão para interposição do recurso de apelação quando o condenado dispusesse de bons antecedentes e fosse primário. Nesse julgado, o Tribunal fez um juízo duplo de recepção da norma questionada, tanto para afirmar a constitucionalidade do benefício trazido pela *Lei Fleury*, quanto para corroborar que, como regra, a apelação impescindia da segregação do réu.

“HABEAS CORPUS. 2. CONDENADO REINCENTE. PRISÃO RESULTANTE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICABILIDADE DO ART. 594, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 3. OS MAUS ANTECEDENTES DO RÉU, ORA PACIENTE, FORAM RECONHECIDOS, NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, E, TAMBÉM, OUTROS ASPECTOS DA SUA PERSONALIDADE VIOLENTA. 4. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 594: NORMA RECEPCIONADA PELO REGIME CONSTITUCIONAL DE 1988. ORA, SE ESTE ARTIGO É VÁLIDO, O BENEFÍCIO QUE DELE DECORRE, DE PODER APELAR EM LIBERDADE, HÁ DE FICAR CONDICIONADO À SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS ALI POSTOS, ISTO É, O RÉU DEVE TER BONS ANTECEDENTES E SER PRIMÁRIO. 5. HABEAS CORPUS DENEGADO E CASSADA A MEDIDA LIMINAR”. (HC 72.366, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 13.9.1995, DJ 26.11.1999 PP-00084 EMENT VOL-01973-01 PP-00154).

O entendimento prevalecente nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, todavia, foi excepcionado pela Corte quando da apreciação do HC 69.696/SP, citado tanto pelo Ministro Edson Fachin quanto pela Ministra Rosa Weber nos seus votos. No caso, o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do art. 408, § 1º, do CPP, o qual previa que, ao prolatar a sentença de pronúncia, o juiz mandaria lançar o nome do réu no rol dos culpados, e recomendá-lo-ia a prisão.

Assentou-se, no julgado, que o princípio constitucional da não culpabilidade exigiria o trânsito em julgado para o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados. Nesse sentido, transcreve-se a seguinte ementa:



“HABEAS CORPUS - RÉU PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES - PRISÃO PREVENTIVA - LEGALIDADE DE SUA DECRETAÇÃO - REFERENCIA NA SENTENÇA DE PRONUNCIA AS CIRCUNSTANCIAS QUALIFICADORAS - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE DOS REUS - ROL DOS CULPADOS (CPP, ART. 408, PAR. 1.) - INSUBSISTENCIA EM FACE DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE - NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - HIPÓTESE INOCORRENTE - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. (...)”. (HC 69.696, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18.12.1992, DJ 1º.10.1993).

Nos últimos anos, especialmente em 2008 e 2011, o Código de Processo Penal sofreu relevantes alterações, com o objetivo de adequar o texto legal às disposições constitucionais de 1988, tendo em vista as origens autoritárias do texto de 1941.

As Leis 11.689 e 11.719, de 2008, revogaram a prisão decorrente de pronúncia (antigo art. 408, §1º, CPP) e a obrigatoriedade de prisão para apelar (art. 594, CPP).

**Sem dúvidas, foi uma clara inclinação do legislador no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado seria somente decretada se presentes fundamentos de preventiva.**

Posteriormente, a Lei 12.403, de 2011, revogou o art. 393, que previa a prisão decorrente de sentença condenatória e alterou o art. 283 nos termos agora vigentes e que são objeto de impugnação nas ações declaratórias de constitucionalidade em exame.

Ou seja, o legislador consolidou no CPP a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009. A decisão assentada no HC 126.292 destoou claramente de tais diretrizes, conflitando com os textos constitucional e legal. Nesse sentido, a posição anterior ao precedente de 2009 pautava-se por legislação infraconstitucional que não previa dispositivo semelhante ao agora existente art. 283.

Foi em face dessas alterações legislativas recentes, de 2008 e de 2011, que o STF passou, a partir de 2009, a rever o seu posicionamento em torno da matéria, admitindo a complexidade do debate.

## 2.1. Fundamentos da reafirmação do trânsito em julgado como marco inicial de execução da pena

Desde as minhas primeiras manifestações sobre a matéria na condição de integrante desta Corte, ressaltai a minha inquietação com a possibilidade de prisões decretadas de modo automático, sem a devida especificação e individualização aos casos concretos.

Acerca da minha posição individual, tenho registrado que profundas alterações no contexto normativo e fático subjacentes ao debate fizeram com que, ao longo dos anos, meus posicionamentos evoluíssem conforme as condições reais de satisfação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Não vejo nenhuma dificuldade maior em reconhecer que essas modificações de posicionamentos se deram, como disse, tanto por alterações na legislação processual aplicável quanto por modificações substanciais no contexto do sistema judiciário penal brasileiro.

Em 5.2.2009, no julgamento do HC 84.078, o Plenário desta Corte assentou a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena diante do disposto no art. 5º, LVII, da CF. No voto de minha lavra, no mencionado precedente, registrei que incompatível com o ordenamento jurídico **seria justamente a execução da pena antes do trânsito em julgado fora das hipóteses de cabimento da prisão preventiva**. Transcrevo nesse sentido excerto a parte dispositiva do meu voto:

“A ordem de prisão antes de atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, **sem expressa e fundamentada indicação dos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, segundo trata o art. 312 do Código de Processo Penal**, ofende diretamente o princípio de presunção de não-culpabilidade de que trata o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, defiro a ordem de *habeas corpus*”.

Desde esse primeiro paradigma, portanto, ficou assentada a importância ou a possibilidade de que houvesse a prisão provisória a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo grau desde que presentes os requisitos de prisão preventiva.

São os casos clássicos, nós nos lembramos bem, que são hoje enquadráveis naquele fundamento de ordem pública. A possibilidade, por exemplo, de uma iteração ou reiteração delitiva. Então, era uma hipótese que se colocava como plausível para justificar a prisão preventiva a partir da decisão de primeiro ou de segundo grau.

Em 17.2.2016, o tema foi novamente enfrentado pelo STF na apreciação do HC 126.292. Naquela oportunidade, deliberei por modificar minha compreensão sobre a matéria. Aqui, explico novamente o porquê dessa mudança. À época, convenci-me de que a presunção de não culpabilidade representava princípio que assumia a feição de garantia institucional, de modo que tal princípio não necessariamente impunha que o réu fosse tratado da mesma forma durante todo o processo. Assim, conforme se avançava no processo, e a culpa fosse demonstrada, a lei poderia, portanto, impor tratamento diferenciado.

A principal justificativa do entendimento de 2016, assim, assentava-se no diagnóstico de que a inefetividade do sistema recursal penal suscitava um grave quadro de ineficiência do sistema judiciário.

Alguns exemplos emblemáticos auxiliavam-me na compreensão do ponto, tais como o conhecido caso “Pimenta Neves”, que teve o seu trânsito em julgado mais de 11 anos após a prática do homicídio. Outro exemplo notório foi o caso do ex-senador Luiz Estevão, cuja execução da pena só veio a ocorrer dez anos depois da sua condenação, tendo o último recurso do réu sido julgado às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos.

Essas situações foram – e continuam sendo – valoradas por mim como graves disfuncionalidades do sistema. Todavia, subjacente a esse diagnóstico, a minha posição firmava uma crença – hoje absolutamente desiludida – quanto à capacidade dos Tribunais de segunda instância de distinguir e corrigir situações abusivas. A propósito, assentei essa presunção ao afirmar à época que:

“O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal.

(...) E a mim parece que, se porventura houver a caracterização – que sempre pode ocorrer – de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o *habeas corpus*. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada”.

Assim, em 2016, na linha desses precedentes referenciados, consignei uma racionalidade que reputaria no futuro totalmente superada: a noção de que o cometimento de abusos nas decisões condenatórias seria a exceção – e não a regra – no sistema processual penal brasileiro.

Como se sabe, o entendimento do Tribunal sobre o tema foi corroborado ainda em 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual, e no julgamento do HC 126.292/SP.

Em 5.10.2016, esse mesmo posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares no âmbito das presentes Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Ressalto, a propósito, que o fato de o Tribunal ter optado por apreciar apenas o preenchimento dos requisitos autorizativos da medida cautelar nas ações ora em julgamento é circunstância que, em si, denota a possibilidade de mudança quando da apreciação do mérito nesta assentada.

Já no ano de 2017, ainda no primeiro semestre, depois da decisão do Plenário na apreciação das liminares nesta ADC, comecei a demonstrar minhas primeiras reticências com a *práxis* que passou a se desenvolver no país em matéria de prisões provisórias seguidas de autorização da execução da pena após o julgamento em segunda instância.

**Falei várias vezes que nós tínhamos um encontro marcado com as prisões alongadas de Curitiba. E as prisões provisórias de Curitiba se transformaram em sentenças definitivas e em decisões definitivas de segundo grau. A regra era prisão provisória de caráter permanente.**

No julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, sessão da Segunda Turma de 23.5.2017), manifestei minha tendência em rediscutir a questão, animando-me a acompanhar a posição do 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.

Nesse caso, deparamo-nos com uma situação de prisão provisória de um réu condenado em primeira instância pelos crimes de tráfico e associação

para o tráfico. Assim como ocorre com diversos outros processos examinados na Segunda Turma, verificou-se na hipótese que a decisão que decretara a prisão preventiva fundamentava-se apenas na gravidade *in abstracto* dos delitos.

*“Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação. 3. Paciente que respondeu solto a quase toda a instrução criminal. 4. Sentença condenatória. Segregação cautelar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime. 5. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal verificado. 6. Ordem concedida para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seu apelo, se por algum outro motivo não estiver preso e sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP”.* (HC 142.173, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 23.5.2017, DJe 6.6.2017).

Ainda que nesse caso concreto não houvesse condenação em segunda instância quando da apreciação do HC, em meu voto, registrei desde logo minha inquietação com o mau uso que as instâncias ordinárias vinham fazendo da prisão provisória após a decisão do STF de 2016 que autorizara a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Na ocasião, ao criticar o alongamento desmedido das prisões provisórias, adverti o seguinte:

*“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**”.*

Em 5.8.2017, mais uma vez no âmbito da Segunda Turma, reafirmei minha evolução de entendimento sobre o tema, no julgamento do *Habeas Corpus* 136.720. Naquele caso, destaquei novamente um quadro reiterado de prisões provisórias alongadas que já estava a subverter em sua inteireza a conformação do princípio da presunção de inocência:

“A mudança da jurisprudência que nós realizamos - de fato, tem razão os críticos, pois foi num curto espaço de tempo -, porque não vamos também nos vergastar por isso, porquanto estamos, de alguma forma, fazendo, Ministro Celso, aquilo que o célebre e justamente famoso professor Mangabeira Unger chama de experimentalismo institucional.

Nós estamos fazendo isso, no âmbito da jurisprudência, e verificando quais são, de fato, os resultados. Veja que, estranhamente, ao invés de começarmos a encorajar a prisão a partir do segundo grau, na verdade, passamos a encorajar as prisões alongadas. Na realidade, passamos a já não ter mais as decisões de segundo grau para justificar a execução, mas um tipo de execução antecipada, por fundamentos dos mais diversos, porém, aí, cantado em prosa e versos, a partir do primeiro grau. Portanto, nós temos que ser leitores de estrela”.

Assim, fica claro que a minha mudança de posicionamento, já em 2017, ancorava-se em um diagnóstico de verdadeira mudança nas relações fáticas e jurídicas subjacentes ao tema da execução provisória da pena.

De forma cristalina, afirmo que o fator fundamental a definir essa minha mudança de orientação foi o próprio desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016.

O que o STF decidiu em 2016 era que: dar-se-ia condição para se executar a decisão a partir do julgado de segundo grau. Ou seja, decidiu-se que a execução da pena após a condenação em segunda instância seria possível, mas necessariamente imperativa.

De fato, na própria ementa assentada no referido precedente, HC 126.292, consignou-se que a execução provisória da pena seria uma possibilidade, e não uma obrigatoriedade:

“CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado”.

Todavia, a realidade é que, após o julgamento de 2016, os Tribunais brasileiros passaram a compreender essa possibilidade como um imperativo. Entendeu-se, equivocadamente, que estávamos determinando a prisão em segundo grau sem nenhuma avaliação acerca da eventual controvérsia, da possibilidade de recurso, da observância inclusive da jurisprudência de tribunais superiores e ainda quanto à possibilidade de a decisão de segundo grau estar em contradição com entendimento do STJ ou do Supremo em determinadas matérias.

Talvez o maior ícone desse desvirtuamento nas instâncias ordinárias tenha sido a edição da Súmula 122 do TRF-4, com o seguinte teor: *“encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”*. Tal entendimento sumular foi firmado pelo TRF-4 em 14.12.2016 e sagrou-se como um mantra da execução provisória imediata da pena, ao largo de qualquer fundamentação da segregação.

Posteriormente, em 4.4.2018, o Plenário julgou o HC 152.752/PR (DJe 27.6.2018), que tinha como paciente o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, quando novamente me manifestei no sentido de que o julgamento pelo STJ seria a opção que confere maior segurança à execução provisória da pena. Isso porque, como anteriormente citado, o STJ pode corrigir questões relativas à tipicidade, à antijuridicidade ou à culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena.

Esse novo marco, com o fim da prisão automática no segundo grau, consubstancia apenas um ajustamento do momento inicial para a execução da pena, mais consentâneo com o nosso ordenamento jurídico e com a nossa realidade.

Ainda no julgamento do HC 152.752/PR (DJe 27.6.2018), destaquei que, fora desse referido marco, existiriam três possibilidades de antecipação da execução da pena, desde que devidamente motivadas em cada caso concreto, quais sejam:

- (i) A possibilidade de antecipação da execução da pena ocorreria com o trânsito em julgado progressivo da sentença condenatória;
- (ii) A possibilidade de antecipação da execução da pena, na mesma linha do trânsito em julgado progressivo, decorrente agora da

precipitação em *habeas corpus* (denegado) do exame pelo STJ ou pelo STF de questões iguais ou mais abrangentes que aquelas perfiladas nos recursos extraordinários (especial e extraordinário) e

- (iii) Em crimes graves, a possibilidade de cabimento da antecipação da execução da pena para garantia da ordem pública ou aplicação da lei penal.

Esse tem sido o posicionamento adotado por mim em decisões monocráticas, determinando que se aguarde uma decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça para que se autorize a execução provisória da pena, salvo as três exceções acima elencadas.

## **2.2. Relevância da atuação do STF na correção de ilegalidades nas decisões das instâncias ordinárias e do próprio STJ**

Na apreciação do mérito desta ADC, contudo, imponho-me novamente um exercício de reflexão de aderência à realidade institucional que nos cerca.

Os desdobramentos das nossas decisões anteriores nos últimos anos parecem afastar em definitivo a ideia de que o julgamento de RE e REsp não são determinantes para a formação da culpa.

Ainda que os recursos de natureza extraordinária (como o RExt e o REsp) não possibilitem um reexame amplo da matéria fática assentada pelas instâncias inferiores, não há dúvidas de que o STJ e o STF têm atuado ativamente para a proteção efetiva de direitos fundamentais, desempenhando, assim, um papel proeminente no sistema jurídico.

Levantamento publicado pelo Jornal Folha de São Paulo em 17.10.2019 diagnosticou que, de todos os REsp e AResp criminais analisados pelo STJ entre 2009 e 2019, o percentual de provimento dos recursos foi de 37%. Ou seja, **em cada 3 (três) decisões de segunda instância questionadas no STJ, pelo menos 1 (uma) é revista**<sup>6</sup>.

Outra interessante pesquisa realizada pela Folha de São Paulo apontou o tempo médio de tramitação dos Recursos Especiais no STJ e dos Recursos

---

<sup>6</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/uma-em-cada-tres-decisoes-judiciais-em-segunda-instancia-e-alterada-no-stj.shtml>



Extraordinários no STF em matéria criminal, também no período de 2009 a 2019. **O levantamento indicou que, no STJ, 63% dos recursos levaram até um ano para transitar em julgado, a contar da data em que o caso chegou ao tribunal. Já no STF, em 77% dos casos, o Tribunal analisou os recursos criminais em menos de um ano**<sup>7</sup>.

Mesmo significativas, essas conclusões sobre a efetividade revisional das vias de RE e REsp são ainda subdimensionadas diante do amplo cabimento do *Habeas Corpus* no nosso sistema processual. Esse remédio é muitas vezes utilizado em complementação ou em substituição às demais classes recursais, para impugnar capítulos específicos da sentença ou do acórdão, de modo que qualquer análise sobre o sistema recursal penal deve levar em conta essa circunstância.

E diversos são os exemplos de precedentes, inclusive sumulados, constantemente desrespeitados, e que o STJ e o STF corrigem em sede de *habeas corpus*: aplicação do princípio da insignificância, inconstitucionalidade de vedação à substituição por pena restritiva de direitos; fixação de regime inicial mais gravoso sem fundamentação concreta. Sem dúvidas, os enunciados das Súmulas 718 e 719 do STF, e 440, 443 e 444 do STJ são frequentemente ressaltados como fundamentos para alterações de decisões tomadas por Tribunais de segundo grau.

A extrema relevância das concessões de ordem em HC nas decisões do STF é, inclusive, demonstrada por pesquisas empíricas. Em livro recentemente publicado que foi organizado por assessores desta Corte, mostrou-se que, nos anos de 2017 e 2018 – curiosamente os anos seguintes à mudança de entendimento pelo STF sobre a execução provisória da pena –, houve uma verdadeira explosão do número de impetrações de HCs na Suprema Corte.

No ano da mudança de entendimento do STF, a Corte recebeu ao total 6.491 impetrações. Após firmar a possibilidade de execução provisória da pena, em 2017, foram impetrados 11.327 HCs e, em 2018, chegou-se a 13.815 impetrações<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/maioria-dos-recursos-apos-2a-instancia-e-julgada-em-ate-1-ano-no-stj-e-no-supremo.shtml>

<sup>8</sup> PEDRINA, NUNES, SOUZA e VASCONCELLOS. *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: RT, 2019.

Ainda segundo dados examinados nessa pesquisa, **somente em 2018, os ministros do STF e os órgãos colegiados concederam 642 ordens de habeas corpus**. Os principais fundamentos para as ordens concedidas são: (i) descabimento de prisão preventiva (20,4%), (ii) necessidade de início do cumprimento da pena em regime mais benéfico (16,0%) e (iii) revisões na dosimetria da pena (14,3%)<sup>9</sup>.

A partir desses dados, levantamento realizado pelo meu gabinete buscou identificar quais são os principais crimes discutidos nas impetrações que chegam até o STF.

Considerando os dados de 2018, podemos verificar que **apenas 4,0% (quatro por cento) dos HCs concedidos pelo STF no ano passado versavam sobre os chamados crimes de colarinho branco (o que inclui crimes de corrupção, lavagem de capitais e organização criminosa)**. Por outro lado, a esmagadora maioria das nossas concessões se referem a crimes de tráfico (correspondente a 49,4% das concessões) e furto (correspondente a 9,0% das concessões).

Essa realidade mostra com clareza que o STF exerce papel ativo na correção dos entendimentos das instâncias inferiores, principalmente em favor dos direitos dos mais pobres. Não são os ricos criminosos a principal classe atendida pela nossa prestação jurisdicional.

Ainda ontem (06.11.2019), a Folha de São Paulo publicou um novo levantamento que indicou que a **Defensoria Pública tem maior taxa de sucesso que os advogados particulares quando recorre ao STJ e ao STF**.

De acordo com o levantamento da reportagem, no STJ, a Defensoria teve o recurso provido total ou parcialmente em 48% dos casos em que recorreu. Isso significa que em metade das situações a sentença da segunda instância foi alterada, ao menos em parte, em favor de um réu pobre.

Os advogados, por sua vez, tiveram êxito em 23% das ações (pouco menos de uma em cada quatro) —em números absolutos, no STJ, são 5.719 casos vencidos pela Defensoria e 1.720 pelos advogados. No STF a taxa é menor, bem como a diferença de êxito entre os defensores: 5%, contra 3% dos advogados.

Complemento esse diagnóstico observando que, mesmo o mister jurisdicional do STJ, em alguma medida também tem padecido de suas

---

<sup>9</sup> PEDRINA, NUNES, SOUZA e VASCONCELLOS. Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal, São Paulo: RT, 2019.

limitações na revisão dos julgados de segunda instância. De fato, não são incomuns os casos em que os Ministros desta Corte concedem a ordem em *Habeas Corpus*, inclusive a partir da superação da incidência da Súmula 691/STF.

Apresento como caso paradigmático nesse sentido o recente julgamento do REsp interposto pela defesa do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. A decisão do TRF-4 atacada data de 24.1.2018. Em face do acórdão foi interposto Recurso Especial, ao qual foi negado provimento monocraticamente pelo relator em 26.11.2018. Ressalta-se que, no caso, o *decisium* monocrático fundamentou-se principalmente na incidência da Súmula 7/STJ, que veda o revolvimento de matéria fático-probatória.

Foi interposto então agravo regimental, o qual só veio a ser julgado pela Quinta Turma da Corte em 23.4.2019. O órgão colegiado deu parcial provimento ao recurso, inclusive para fins de redimensionar a pena privativa de liberdade imposta, que passou para 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Em face desse acórdão foram opostos Embargos de Declaração pela defesa técnica em 11.5.2019. Nos aclaratórios, segundo noticiado pela imprensa, a defesa veiculou a tese de que, ante o redimensionamento da pena, o tempo de reclusão já cumprido pelo embargante seria suficiente para, uma vez feita a detração, haver a progressão ao regime semiaberto. Ou seja, mesmo transcorridos mais de 1 (um) ano e 10 (dez) meses da interposição do REsp, o STJ ainda não concluiu o julgamento do recurso na sua inteireza, inclusive havendo a possibilidade de imediata libertação do recorrente.

Situações como esta demonstram a necessidade de firmarmos como marco seguro do início do cumprimento da pena o trânsito em julgado, após o esgotamento dos recursos no próprio Supremo Tribunal Federal.

### **2.3. Possibilidade de alteração do sistema processual penal via soluções de *lege ferenda* ou *de jure constituendo***

Sem embargos da decisão firmada por este Tribunal na apreciação destas ADCs, destaco novamente que **o espaço de conformação do legislador é lato.**

Independentemente do entendimento firmado por este Tribunal sobre a matéria, em perspectiva de *lege ferenda*, entendo que é plausível a possibilidade de trânsito em julgado da condenação após o pronunciamento em nível de cassação, por tribunal equiparado ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, por exemplo.

Contudo, essa opção precisaria ser feita pelo legislador brasileiro, e não por nós julgadores, que devemos interpretar a Constituição Federal e a legislação nos limites lá fixados. Não podemos alterar os textos constitucional e legal, que são expressos ao determinar que se aguarde o trânsito em julgado. Precisamos perceber que essa é uma opção do Poder Legislativo, e é lá o local onde tal debate deve se dar de modo legítimo e louvável.

Nesse sentido, vale lembrar a proposta apresentada pelo Ministro Cezar Peluso, que pretendia alterar o texto constitucional para transformar os recursos especial e extraordinário em ações rescisórias. Ou seja, seria antecipado o trânsito em julgado, a fim de reestruturar o sistema recursal brasileiro de um modo amplo. Tal proposta foi apresentada ao Congresso na PEC 15/2011, arquivada em 21.12.2018.

Outras soluções mais imediatas para evitar a morosidade do sistema recursal penal estão sendo buscadas. Aqui, devemos celebrar a proposta encaminhada no mês de outubro pelo presidente Dias Toffoli ao Congresso Nacional no sentido de se alterar o artigo 116 do CP, para acrescentar um inciso III e um parágrafo ao dispositivo, passando-se a prever que “a prescrição não corre enquanto pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário ou os respectivos agravos em recurso especial ou extraordinário”. O novo parágrafo 2º diria que a causa impeditiva de prescrição “incide desde a interposição do recurso especial ou extraordinário no tribunal de origem”.

Entendo que essas alterações são profícuas para conter os casos alarmantes de risco de prescrição.

### **2.3.1 Trânsito em julgado e recurso ao Tribunal Constitucional em direito comparado**

Ainda em perspectiva de *lege ferenda*, a partir de uma análise de direito comparado pode-se concluir que é plausível a possibilidade de

trânsito em julgado da condenação após o pronunciamento em nível de cassação, por tribunal equiparado ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, por exemplo.

Na **Alemanha**, uma sentença condenatória pode ser executada apenas depois de passada em julgado. Assim determina o parágrafo 449, do código de processo penal alemão: *As sentenças penais não podem ser executadas até se tornarem definitivas*. Esta regra se manifesta tanto no caso da *Berufung*, que desempenha no ordenamento jurídico alemão o papel da apelação, devolvendo ao Tribunal estadual a análise das questões de fato e direito, quanto no caso da *Revision*, que leva o processo a julgamento pelo *Bundesgerichtshof*, equiparável ao nosso STJ.

Ambos esses recursos gozam de efeito suspensivo, não sendo possível a execução da pena antes de sua apreciação. É o que se depreende dos parágrafos 316, 1 e 342, 1 do código de processo penal alemão.

Importante mencionar que o trânsito em julgado do processo penal na Alemanha se dá após o julgamento do processo pelo *Bundesgerichtshof*, equiparável ao nosso STJ, e não depois do julgamento pelo *Bundesverfassungsgericht*, que seria a Corte Constitucional equiparável ao nosso STF, já que não existe um recurso próprio, nesse caso, para levar os autos ao *Bundesverfassungsgericht* no processo penal alemão.

No entanto, existe na Alemanha a figura da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), prevista no § 93, I, da Constituição Federal alemã. A reclamação constitucional é uma ação de caráter rescisório, devendo ser interposta, no prazo de um mês, apenas depois do trânsito em julgado do processo penal. Desse modo, a Corte Constitucional alemã irá participar do processo penal somente após o trânsito em julgado, não existindo um recurso manejável antes disso. A reclamação constitucional, porém, diferentemente do que ocorre com a *Berufung* e a *Revision*, não tem efeito suspensivo.

Sobre o instituto da medida de proteção de direitos constitucionais cautelar (*einstweiligen Rechtsschutzes [Anordnung]*), existem diversos julgados do *Bundesverfassungsgericht* no sentido que deve haver um juízo de equilíbrio e ponderação entre a gravidade das consequências se a cautelar não for concedida, mas a reclamação for julgada, ao fim, procedente e se, ao contrário, a cautelar for concedida, mas a reclamação, ao final, for julgada

improcedente. Trata-se, de fato, de uma análise sobre as consequências para o sentenciado e para a sociedade da execução da pena antes do julgamento da reclamação constitucional. (BVerfGE 99, 5757<66>; stRspr/ BVerfGE 22, 178 <180>; 104, 220 <234/ BVerfG, Beschluss vom 4.6.2014 - 2 BvR 878/14).

Na **Espanha**, com relação ao início do cumprimento da pena restritiva de liberdade, o artigo 3º do Código Penal espanhol determina que a sentença penal condenatória poderá ser executada somente quando a sentença for firme. De acordo com o artigo 141 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, lei processual espanhola, sentença firme é aquela que não possui contra ela nenhum recurso pendente, seja ordinário ou extraordinário, salvo os de revisão e habilitação.

Nesse sentido, o texto legal é claro em proibir a execução da condenação criminal antes do trânsito em julgado, ou seja, antes do julgamento de apelação e cassação.

Contudo, o Tribunal Constitucional Espanhol, que possui competência de Corte Constitucional, somente examinará a questão na hipótese de violação ao direito fundamental da presunção de inocência através do recurso de amparo constitucional (artigo 53.2, Constituição Espanhola), nos termos dos artigos 41 a 58 da Lei Orgânica 2/1979. No entanto, esse recurso não possui efeito suspensivo.

Como já citado, também na **Itália** as condenações penais são executáveis após o julgamento pela Corte de Cassação, nos termos já transcritos dos artigos 648-650 do *Codice di Procura Penale*. Trata-se de instrumento recursal de certo modo semelhante ao recurso especial brasileiro, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, ao menos nos limites dos países aqui citados, verifica-se que há caminhos possíveis para a possibilidade de trânsito em julgado da condenação após o pronunciamento em nível de cassação. Soluções nesse sentido podem vir a ser aprofundadas no Direito brasileiro.

### **3. Consequências práticas da afirmação do trânsito em julgado como regra na execução penal**

Ainda antes de concluir este voto, gostaria de fazer algumas ponderações acerca das consequências da reafirmação do trânsito em julgado como marco inicial de cumprimento da pena.

A decisão deste Tribunal sobre a matéria deve ter em conta não apenas o impacto sobre a esfera individual dos apenados, mas, de um modo geral, as repercussões na construção de uma *policy* criminal voltada à compatibilização da eficácia normativa do texto constitucional.

O STF há muito tem reconhecido a situação de calamidade que permeia o sistema carcerário. De acordo com dados do CNJ de 2019, temos 812 mil presos no país, para apenas 415 mil vagas no sistema prisional.

Uma heurística trazida nesse julgamento é a ideia de que a decisão do STF de 2009 teria, na realidade, gerado um aumento do encarceramento entre aquele ano e 2016 e que, por outro lado, no período de 2016 até 2019, o crescimento relativo da população carcerária teria sido menor.

Há uma enorme dificuldade em avançar nesse raciocínio principalmente porque ele presume que as decisões do STF sobre a matéria são os únicos fatores relevantes para explicar as flutuações no número de presos. Tal variável não é isolada de todas aquelas outras que contribuem para o número do aumento de presos.

Além disso, no ano de 2016, como já dito, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro e, dentre outras determinações, impôs que os juízes e tribunais estavam obrigados a realizar, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 19.2.2016).

Com o julgamento do RE 641.320, a Corte estabeleceu ainda que havendo déficit de vagas, deveria determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto (RE 641.320, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 1º.8.2016).

Assim, todas essas medidas determinadas pelo STF para conter a superlotação parecem ter surtido efeito mais impactante na diminuição das taxas de crescimento da população carcerária.

Uma segunda heurística que vinha sendo desenvolvida ainda na semana anterior ao início do julgamento desta ADC tem relação com a magnitude dos possíveis beneficiados por uma mudança de entendimento do STF no presente julgamento.

Após a estimativa inicial de 190 mil possíveis beneficiados, o CNJ por fim apresentou um dado que tentava retratar uma filtragem mais apurada dos possíveis afetados. Conforme a Nota do CNJ publicada em 16 de outubro de 2019: *“extraindo-se os dados corretos do BNMP para os casos exclusiva e potencialmente afetado pelas ADCs, foram expedidos apenas 4.895 mandados de prisão pelo segundo grau dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça. Portanto, o número correto seria de 4.895 e não de 190 mil presos”*<sup>10</sup>.

Esses dados revelam, portanto, que os impactos da mudança de orientação do STF na matéria são muito menos avassaladores do que se pressupunha.

#### **4. Impactos das decisões do STF sobre a agenda internacional anticorrupção**

Ainda no campo da análise repercussões da presente decisão, também gostaria de endereçar o argumento de que a atuação recente desta Suprema Corte estaria afastando o Brasil da realização de uma agenda internacional anticorrupção.

Essa percepção tem sido alimentada por manifestações recentes de representantes da OCDE (o chamado *“clube dos países ricos”*) e de outras organizações como a Transparência Internacional, conforme amplamente noticiado pela imprensa.

Entendo que tais avaliações, com as devidas vênias, parecem estar enviesadas por um fluxo de desinformação que nubla a aderência desses posicionamentos à realidade local e às próprias diretrizes preestabelecidas por essas instituições.

O combate à corrupção deve, sem dúvida, ser pauta prioritária dos poderes instituídos. Contudo, acredito que nenhuma entidade multilateral comprometida com a autonomia das nações seria capaz de defender o quadro

---

<sup>10</sup> <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/10/16/cnj-diz-que-ha-4895-presos-por-condenacoes-de-2-instancia-no-brasil.htm>



sistemático de desrespeito ao Estado de Direito que se instaurou no Brasil nos últimos anos.

#### 4.1. Críticas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)

Em julho deste ano, representantes do Grupo de Trabalho da OCDE sobre Suborno divulgaram nota pública externalizando preocupações com a recente aprovação do Projeto de Lei de Abuso de Autoridade<sup>11</sup>.

Com as devidas ressalvas, penso que a estruturação de mecanismos de controle do abuso de poder por parte de agentes públicos envolvidos na persecução penal, na realidade, só concretiza valores fundamentais para o combate à corrupção que são reconhecidos pela própria OCDE.

Ao esclarecer o alcance da previsão contida no art. 5º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, que foi ratificada pelo Brasil em 2000, a própria OCDE adverte que, para que haja independência dos órgãos de acusação, a discricionariedade desses órgãos “**deve ser exercida com base em motivos profissionais, e não deve estar sujeita à influência imprópria por preocupações de natureza política**” (tradução livre)<sup>12</sup>.

É inconteste que o que aconteceu no Brasil nos últimos anos foi justamente a contaminação dos órgãos de persecução estatal por influências políticas.

Além disso, é curioso ainda notar que **os principais países membros da OCDE apresentam legislações de abuso de autoridade**, algumas delas em moldes bastante semelhantes à recente Lei 13.869/2019. Trago à colação alguns exemplos.

Na França, país-sede da OCDE, os arts. 332-4 a 332-9 do Código Penal trazem previsões específicas para o abuso de autoridade. O primeiro dispositivo tipifica como crime “ordenar ou praticar arbitrariamente ato prejudicial à liberdade pessoal”, delito punível com sete anos de prisão e uma

---

<sup>11</sup> Disponível em: <https://www.oecd.org/brazil/abuse-of-authority-provisions-adopted-by-the-senate-raise-concerns-over-brazil-s-capacity-to-ensure-independence-of-prosecutors-and-judges-in-fighting-corruption.htm>

<sup>12</sup> OCDE. Convention On Combating Bribery Of Foreign Public Officials in International Business Transactions And Related Documents. Paris: OCDE Publishing, 2011, p. 17.

multa de 100.000 euros. O parágrafo do dispositivo prevê tipificada circunstância agravante “quando o ato atentatório consiste em detenção ou retenção com duração superior a sete dias”. Nessas hipóteses, a pena é aumentada para trinta anos de prisão e uma multa de 450.000 euros.

Na Alemanha, a legislação tipifica o crime de “violação ou torsão do Direito”, a *Rechtsbeugung* do §339 StGB, e ainda o delito de “persecução de inocente”, a *Verfolgung Unschuldiger* do §344 StGB. Esses dispositivos proíbem a conduta do magistrado ou membro do Ministério Público que, na condução ou decisão de uma questão jurídica, “viole ou vergue” o Direito ou as regras legais. No caso da *Rechtsbeugung* do §339 StGB, a pena é de um a cinco anos de prisão, com possível perda do cargo.

Na Espanha, o artigo 446 do Código Penal dispõe que “o juiz ou magistrado que, intencionalmente, ditar sentença ou resolução injusta será castigado com a pena de multa de 12 a 24 meses e inabilitação para emprego ou cargo público pelo tempo de 10 a 20 anos”. Este foi, inclusive, o dispositivo que fundamentou a condenação do juiz espanhol Baltasar Garzón, por violação ao direito de defesa dos réus na ordenação de interceptações telefônicas ilegais.

**A preocupação com os limites da discricionariedade dos órgãos de acusação, a propósito, tem sido cada vez maior nos países desenvolvidos, sobretudo em razão do aumento do número de acordos realizados por esses órgãos com grandes empresas.**

A literatura aponta que o amplo escopo de liberdade negocial de entidades como o Ministério Público no direito norte-americano, por exemplo, tem se traduzido em soluções negociadas altamente benéficas às empresas e incapazes de dissuadir a reiteração delitiva das empresas<sup>13</sup>.

Há estudos subsidiados pela própria OCDE que firmam com clareza que “*todos os sistemas de justiça nas democracias enfrentam o desafio de como garantir que a independência dos promotores não mine sua responsabilidade por suas ações*”<sup>14</sup>.

No mesmo sentido, ao enfatizar a importância da liberdade de promotores contra interferências ou responsabilidades injustificadas, a

---

<sup>13</sup> GARRET, Brandon. *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise With Corporations*. Harvard University Press, 2014.

<sup>14</sup> OCDE. *Anti-corruption specialisation of prosecutors in selected european countries*. Paris: OCDE Publishing, 2011, p. 18.

Recomendação CM do Conselho da Europa 19 (2000) também afirma que “o Ministério Público deve prestar contas periódica e publicamente por suas atividades como um todo e, em particular, pela maneira como suas prioridades foram cumpridas” (tradução livre)<sup>15</sup>.

Outra crítica recentemente feita pela OCDE a este Tribunal tem relação com a decisão do eminente Ministro Dias Toffoli no tema 990 da Repercussão Geral, que suspendeu as ações em que se discute a legalidade do compartilhamento de dados do COAF com o Ministério Público.

Mais uma vez, com as devidas ressalvas, preciso destacar que **a própria OCDE reconhece que a falta de base legal para a cooperação entre autoridades tributárias e órgãos de investigação criminal constitui um desafio fundamental às nações** (OCDE. *Improving Co-operation between Tax Authorities and Anti-corruption Authorities in Combating Tax Crime and Corruption*. OCDE: Paris, 2018).

A discussão versada naquele RE consiste em saber, na realidade, quais são os limites desse compartilhamento nas hipóteses em que não há autorização judicial para tanto. Não se cuida de discussão basilar. Aliás, a própria decisão do Min. Toffoli reconhece a possibilidade desse compartilhamento, desde que nos moldes das balizas objetivas do art. 5º da Lei Complementar 101/2001. Trata-se, portanto, do desafio de compatibilizar o combate à corrupção com o direito constitucional ao sigilo.

Ressalta-se, a propósito, que, em 2014, o próprio Grupo de Trabalho Anticorrupção da OCDE fez uma avaliação da implementação da Convenção Antissuborno no Brasil e, na época, fez a recomendação de que o país precisava melhor esclarecer “se as informações fiscais dos contribuintes podem ser efetivamente compartilhadas no curso de investigações de corrupção” (tradução livre)<sup>16</sup>. Isso está em uma das 39 recomendações que a OCDE havia feito ao país para aprimorar o combate à corrupção. Ou seja, a própria OCDE, no passado, já reconhecia que o tema era controvertido.

Ainda voltando ao estudo-guia da OCDE sobre o compartilhamento de informações entre autoridades fiscais e criminais, o documento traz como um *case* bem-sucedido de cooperação no cenário internacional a Operação Zelotes.

---

<sup>15</sup> Council of Europe CM Recommendation 19 (2000).

<sup>16</sup> OCDE. Phase 3 Report on Implementing the OCDE Anti-Bribery Convention in Brazil, Paris: OCDE Publishing, 2014, p. 75.

A própria OCDE ressalta que, nessa operação, as apurações de corrupção se desenvolveram com estrita supervisão judicial, o que garantiu que todas as informações fiscais relevantes fossem adequadamente compartilhadas entre as agências envolvidas a partir de uma ordem judicial prévia. Para que não haja dúvidas: essa referência encontra-se na página 62 do relatório da OCDE intitulado *“Improving Co-operation between Tax Authorities and Anti-corruption Authorities in Combating Tax Crime and Corruption”*.

Outro dado interessante é que nem a própria OCDE é ingênua ao ponto de acreditar que a simples possibilidade de compartilhamento de dados fiscais com os órgãos de acusação seria uma fórmula mágica no combate à macrocriminalidade econômica.

Em outro estudo específico sobre o tema, a OCDE diagnosticou que, apesar de 95% dos países do grupo dos países ricos permitirem ou exigirem que as autoridades fiscais compartilhem dados com o Ministério Público desses países, **apenas 2% (dois por cento) dos casos internacionais de corrupção foram desvendados a partir da atuação de autoridades fiscais.** Transcrevo no meu voto o texto do documento para que não restem dúvidas quanto a essa conclusão:

**“Despite the fact that 95% countries surveyed require or permit the tax authority to report suspicions of corruption, a 2017 OECD study on the Detection of Foreign Bribery found that only 2% of concluded foreign bribery cases between 1999 and 2017 were detected by tax authorities (...).<sup>17</sup>”**

Por fim, ainda neste mesmo documento-guia, é valiosa a lição da OCDE sobre os limites e riscos da formação de forças-tarefas. Como ponderou a própria instituição, há diversas razões que sugerem que a criação de operações conjuntas e de forças-tarefas nem sempre é o melhor caminho para combater o crime organizado.

A OCDE destaca que o principal problema desse modelo é que as autoridades precisam confiar umas nas outras e estabelecer mecanismos adequados de proteção da confidencialidade das informações tratadas:

---

<sup>17</sup> OCDE. *Improving Co-operation between Tax Authorities and Anti-corruption Authorities in Combating Tax Crime and Corruption*. OCDE: Paris, 2018, p. 56.

“Joint operations and taskforces are not suited to every tax crime or corruption investigation for a number of reasons. (...)The need for authorities to trust each other is another challenge that must be dealt with in the joint investigation setting. In the absence of trust, the joint investigation is likely to fail. Trust may be difficult to establish where, for example, an authority is concerned about a partner authority’s independence or its ability or willingness to follow proper procedures, protect confidential information or to use information appropriately”<sup>18</sup>

Assim, diante de todas essas diretrizes, parece que a própria OCDE é descrente com a simplicidade das análises ora endereçadas a esta Suprema Corte. Aqui, **clamo para que a própria OCDE ensine ao Brasil como combater a corrupção que é cometida pelos próprios agentes encarregados da tarefa de “lutar contra a corrupção”**.

Ademais, a lírica de que o Brasil não está à altura dos países desenvolvidos na luta contra a criminalidade econômica mostra-se ainda mais débil quando analisamos alguns episódios recentes que aconteceram em nações “de primeiro mundo”. Aqui, destaco um caso emblemático.

Em junho de 2019, o Tribunal Penal Federal da Suíça determinou o afastamento do procurador-geral da Suíça, Michael Lauber, e outros dois procuradores das investigações relacionadas com a corrupção na Fifa.

Segundo as decisões, os procuradores se tornaram suspeitos por manter encontros não declarados e uma troca de mensagens por telefone com o presidente da Fifa, Gianni Infantino. É interessante notar que Michael Lauber é também responsável pelas investigações sobre a “lava jato”, caso em que também é acusado de ter reuniões sigilosas, dessa vez com autoridades brasileiras envolvidas na operação.

## 4.2. Críticas da Transparência Internacional

Outra entidade que também tem desferido críticas ao STF é a Transparência Internacional. Em outubro de 2019, a organização publicou o

---

<sup>18</sup> OCDE. Improving Co-operation between Tax Authorities and Anti-corruption Authorities in Combating Tax Crime and Corruption. OCDE: Paris, 2018, p. 81

relatório “Brazil: Setback in the anti-corruption legal and institutional framework”, no qual afirma que “a Suprema Corte brasileira é a principal responsável pelos reveses na luta contra a corrupção” (tradução livre)<sup>19</sup>.

O relatório também aponta como outro grande revés na política brasileira o fato de o Presidente da República, Jair Bolsonaro, ter indicado para o cargo de Procurador-Geral da República um representante do Ministério Público que não foi indicado na lista tríplice formada pela ANPR<sup>20</sup>.

Aqui, é necessário desvendar que as manifestações recentes dessa instituição estão **gravemente maculadas pelo desvirtuamento ético dos seus membros**, que hoje não se revelam minimamente legitimados a fazer qualquer avaliação séria do combate à corrupção no Brasil.

Nos últimos anos, a TI atuou como **verdadeira cúmplice da Força-Tarefa da Lava Jato** nos abusos perpetrados no modelo de justiça criminal brasileiro.

Em 9 de dezembro de 2014, a Transparência Internacional assinou Memorando de Entendimento com o MPF para estabelecer uma agenda de “cooperação no combate à corrupção”. Desde então, as instituições afirmam terem colaborado “na produção de conhecimento anticorrupção, apoio a *whistleblowers*, capacitações técnicas e campanhas de conscientização”<sup>21</sup>.

Alguns episódios desse longo relacionamento são dignos de destaque. Em 2017, o MPF assinou um memorando de entendimento entre a Transparência Internacional e a J&F, para formalizar um cronograma de gestão e execução dos recursos destinados ao investimento em projetos sociais previstos no acordo de leniência do grupo econômico. Registre-se que os procuradores responsáveis integraram as forças-tarefas das operações Greenfield, Sépsis, Cui Bono e Carne Fraca.

A partir desse memorando de entendimentos, portanto, a TI assumiu a gestão de um total de R\$ 2,3 bilhões a ser destinado a projetos sociais escolhidos pela própria TI. A falta de clareza e controle desse memorando

---

<sup>19</sup> <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/58:brazil-setbacks-in-the-anti-corruption-legal-and-institutional-frameworks?stream=1>

<sup>20</sup> <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/58:brazil-setbacks-in-the-anti-corruption-legal-and-institutional-frameworks?stream=1>

<sup>21</sup> <https://medium.com/@transparenciainternacionalbr/nota-p%C3%BAblica-sobre-reportagens-da-folha-de-s-paulo-e-the-intercept-brasil-959b129cda02>

não nos permite saber se, porventura, a Transparência Internacional se remunerava com o memorando de entendimentos.

A TI também tinha papel de protagonista no acordo celebrado entre o Ministério Público Federal e a Petrobras, que previa a constituição do chamado “Fundão da Lava Jato”, no valor de R\$ 2,6 bilhões, o qual foi recentemente declarado ilegal pelo Ministro Alexandre de Moraes. Nesse acordo, o MPF indicou a Transparência Internacional como uma das entidades a compor o chamado “Comitê de Curadoria Social”, que ajudaria na constituição da fundação do Ministério Público que iria gerir os recursos. Novamente, a falta de clareza nas regras do acordo impede-nos de saber se havia alguma forma de remuneração à TI.

Ao longo dos anos, a atuação individual dos membros da organização passou a negligenciar por completo a política de conflito de interesse da entidade, que dispõe que “toda pessoa associada à TI deve evitar ou gerenciar qualquer potencial conflito de interesses real ou percebido (entre outros, abstendo-se de tomar qualquer decisão ou votar em assuntos sujeitos a um potencial conflito de interesse)” (tradução livre)<sup>22</sup>.

As revelações recentes do portal *The Intercept* mostram que Bruno Brandão, representante da Transparência Internacional no Brasil, era um verdadeiro parceiro das causas do Ministério Público junto a Deltan Dallagnol.

Quando em agosto de 2017, os integrantes da força-tarefa da Operação Lava Jato se mobilizaram para expor informações sigilosas sobre corrupção na Venezuela após receber uma sugestão do então juiz federal Sergio Moro, Deltan Dallagnol pediu a Bruno Brandão da TI para financiar a estadia no Brasil de uma dupla de procuradores venezuelanos.

Nos termos do diálogo de 28 de agosto de 2017, Deltan perguntava: “*a TI bancaria a hospedagem e alimentação de promotores da venezuela para passar uma semana conosco, de modo confidencial, trabalhando nas investigações da Venezuela?*”. O Procurador deixava claro que essa solicitação era feita por debaixo dos panos: “*Não comente com ninguém. Se for necessário de autorização superior, adiamos pra ver no momento necessário e da forma certa*”.

---

22

[https://www.transparency.org/files/content/ouraccountability/Conflict\\_of\\_Interest\\_Policy.pdf](https://www.transparency.org/files/content/ouraccountability/Conflict_of_Interest_Policy.pdf).

As ações da Transparência Internacional no Brasil também pareciam depender de uma chancela dos membros da Força-Tarefa da Lava Jato. Ainda em agosto de 2017, Bruno Brandão avisa a Deltan: *“Estou num debate sobre Venezuela na Fundação FHC e queria comentar que a TI está defendendo, junto à FTLJ, que se abram processos extraterritoriais contra autoridades venezuelanas. Alguma objeção?”*. Dallagnol então responde: *“Sem objeções. É até bom pra testar terreno”*.

Portanto, acredito que as avaliações feitas pela Transparência Internacional no Brasil acabam sendo contaminadas pela parcialidade com que os representantes da organização têm investigado os episódios recentes de corrupção no país.

## **5. Dispositivo**

Diante do exposto, acompanho o relator, para julgar procedente o pedido desta ADC, de modo a declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinando 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”*.

É como voto.