



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO

MARCO AURÉLIO MELLO

ILUSTRE RELATOR DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 54
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), regularmente habilitado como *amicus curiae*, por seus procuradores abaixo assinados, vem à presença de Vossa Excelência apresentar seu **Parecer**, com o objetivo de fornecer subsídios a esta Suprema Corte para o aprimoramento da prestação jurisdicional no âmbito da **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54**, proposta pelo Partido Comunista do Brasil.

I. BREVE SÍNTESE DO PROCESSO E HISTÓRICO DO TEMA EM DISCUSSÃO

Trata-se de Ação Declaratória de Constitucionalidade que tem por objeto o artigo 283 do Código de Processo Penal, que expressa cristalino sintagma:

“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”.

Como se sabe, a atual redação ao artigo é produto de modificação feita pelo Congresso em 2011, com o objetivo de incorporar ao autoritário caderno processual



os direitos definidos no art. 5º, incisos LVII e LXI, da Constituição da República, e a sedimentar, na forma de lei, o posicionamento adotado por este Supremo Tribunal Federal no HC n. 84.078, julgado no ano anterior.

A alteração legislativa foi, portanto, parte de um mais amplo movimento de adequação da legislação processual penal – outorgada ainda durante a penúltima ditadura nacional – aos preceitos da Constituição da República de 1988. Foi, também, resultado de um importante diálogo institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário, na busca comum de uma já tardia *constitucionalização* do processo penal brasileiro.

Sinteticamente, essa interlocução democrática aconteceu da seguinte maneira. O Legislativo, em 2008, conduziu uma série de importantes reformas no Código de Processo Penal, diminuindo a incompatibilidade da Lei ao texto constitucional, em especial pela revogação dos artigos 408, §1º, e 594, do referido Código, que autorizavam estranhas espécies de “prisões automáticas”.¹

Foi, portanto, seguindo as linhas apresentadas pelo Legislativo nas reformas de 2008, que por ocasião do julgamento do HC n. 84.078, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em 2010, pela **“inconstitucionalidade da chamada ‘execução antecipada da pena’**”. Em seguida, absorvendo a repercussão do caso, o Congresso editou a Lei nº

¹ Os antidemocráticos artigos tinham as seguintes redações:

Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos de seu convencimento.

§1º Na sentença de pronúncia, o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.

12.403/11, que deu a atual e definitiva redação ao art. 283 do Código de Processo Penal.²

À época, a possibilidade de execução antecipada da pena foi discutida pelo Plenário deste Supremo Tribunal devido à vigência de dispositivos do Código de Processo Penal que contrariavam a regra da presunção de inocência contida no art. 5º, inciso LVII. O contexto da discussão, naquele momento, envolvia o manifesto conflito entre o art. 637 do CPP, de origem fascista, com os dispositivos da Lei de Execução Penal, de 1984, e que iam ao encontro da Constituição que seria promulgada quatro anos mais tarde, determinando o início do cumprimento de pena apenas após o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Ao editar a lei mais recente sobre o tema, portanto, o legislador deixou clara qual interpretação constitucional deveria ser atribuída ao Código de Processo Penal, esgotando todas as demais possibilidades hermenêuticas: a execução da pena só poderia ocorrer após o trânsito em julgado de todos os recursos oponíveis.

Apesar da escolha legislativa legítima e plenamente compatível com a Constituição, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 126.292 em 2016, decidiu, por ínfima maioria, romper todo o importante diálogo institucional pretérito e, em explícita contradição à exegese do texto legal, afirmar que *“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”*.³

² A mesma alteração legislativa revogou expressamente o art. 393, I, do Código de Processo Penal, que possuía a seguinte redação:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I- ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

³ Supremo Tribunal Federal, HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe: 16.05.16

A lamentável decisão representou um equivocado retorno à jurisprudência anterior, que compreende o período entre 1988 e 2008. Significou, de fato, não o mero regresso a uma *“tradicional e majoritária posição”*,⁴ mas retrocesso injustificado que desconsidera a vontade do poder popular, manifesta pelo Congresso Nacional há mais de sete anos.

Produto da compreensível irresignação de diversos setores sociais, a questão voltou a ser discutida no ARE n. 964.246 e nas Medidas Cautelares das ADCs n. 43 e 44. Em todas elas, infelizmente, e sempre por apertada maioria contrária aos direitos da cidadania, foi mantido o anacronismo sinalizado em 2016.

Por fim, em julgamento recente e igualmente controverso, a questão voltou a ser enfrentada no Plenário deste Supremo Tribunal Federal por ocasião do HC n. 152.752 e nele **6 (seis) dos 11 (onze) Ministros desta Suprema Corte se manifestaram no sentido de considerarem inconstitucional** o início do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância, como determina o art. 5º, LVII, da Constituição.⁵ Todavia, na oportunidade, a Ministra Rosa Weber, *“devidamente ressalvado o [s]eu ponto de vista a respeito”*,⁶ não concedeu a ordem. E o fez apenas por não considerar ilegal o ato do Superior Tribunal de Justiça discutido naquele *writ*, uma vez que estaria fundado em posicionamento, até o momento, majoritário do Supremo Tribunal

⁴ Conforme pretendeu o Min. Alexandre de Moraes, em seu voto no HC 152752, ignorando a mudança legislativa ocorrida em 2011 (p.12). Íntegra do voto (ainda não publicado) disponível em: <http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaSupremoTribunalFederal/anexo/HC152752VotoMinAM.pdf> acesso em 08.05.18

⁵ Além dos em. Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que, no caso, votaram pela concessão da ordem, a em. Ministra Rosa Weber, firmou que seu voto se deu *“independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressalvado o meu ponto de vista a respeito”*, e apresentou que *“Tal preceito [art. 5º, LVII da CRFB/88], com clareza meridiana, consagra o princípio da presunção de inocência, ninguém o nega, situadas no seu termo final – o momento do trânsito em julgado”*. Conferir nota abaixo.

⁶ Conforme p. 10 do voto da em. Ministra (ainda não publicado), disponível em: <http://www.SupremoTribunalFederal.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaSupremoTribunalFederal/anexo/HC152752votoRW.pdf> acesso em 08.05.18

Federal – entendimento que, para fiel descrição dos fatos, deixou muitos juristas brasileiros perplexos.

É nesse contexto de discussão quanto à possibilidade, contrária a Constituição, de execução da pena antes do trânsito em julgado após condenação por Tribunal Colegiado que se insere a presente Ação Declaratória de Constitucionalidade, à qual foi atribuída o número 54.

A ADC 54, ao contrário do *Habeas Corpus* supramencionado, não trata de um caso em concreto ou de uma decisão específica do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se, como parece desnecessário lembrar, de *controle abstrato de constitucionalidade*, momento em que “o tema de fundo (...) há de ser sim revisitado”.⁷ Estamos, portanto, diante de importante oportunidade para que este egrégio Supremo Tribunal Federal retome o posicionamento mais afim à sua digna função de garantidor da ordem constitucional, revertendo a triste contradição de negação dos direitos constitucionais por parte de quem jurou protegê-los, por conta dos argumentos que são a seguir expostos.

II. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL EM DISCUSSÃO

A presente Ação tem como objetivo a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que, com o perdão da repetição, assim dispõe:

“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”.

⁷ Conforme as palavras da em. Ministra Rosa Weber, no voto citado na nota anterior.

A questão constitucional em relação a tal artigo, diante do apresentado, diz respeito à **regra** – e não *princípio* – da **presunção de inocência**, consagrada no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, com a seguinte e inequívoca redação:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

(...)

LXI - ninguém será 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;”.

Portanto, para discutir a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, pressupõe-se entender a *forma* e o *conteúdo* dos dispositivos do art. 5º, incisos LVII e LXI da Constituição, análise que se realiza a seguir. Feito isso, restará evidente que a referida norma em vigência na legislação processual só pode ser entendida como plenamente adequada à ordem constitucional, ou seja, que deve ser declarada, sem sombra de dúvida, constitucional.

III. A NATUREZA NORMATIVA DO ARTIGO 5º, INCISO LVII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA

O entendimento que deliberadamente nega vigência ao artigo 283 do Código de Processo Penal, e segundo o qual a execução provisória da pena após condenação em segunda instância não implicaria em violação à presunção de inocência, se utiliza em parte do modelo de *sopesamento de princípios* proposto pelo jusfilósofo alemão Robert ALEXY no interior de sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Contudo, a

passagem das reflexões do autor teuto para o direito brasileiro é, frequentemente, acompanhada de uma leitura parcial, incompleta e não integrada. Resulta, por isso, em conclusões imprecisas, metodologicamente incoerentes e tecnicamente deficientes que, infelizmente, podem produzir consequências terríveis sobre os direitos fundamentais.

O centro do equívoco que tem orientado o tratamento jurisprudencial do tema – e que, não por acaso, se manifesta na hipótese específica da presunção de inocência – diz respeito ao próprio pressuposto do modelo do Prof. Dr. Robert ALEXY, que reside na distinção conceitual entre *regras* e *princípios*. Segundo o autor, tal diferenciação é a “*estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais*”.⁸

Em seu esquema teórico, que acompanha a tradição romano-germânica ocidental, as normas jurídicas se dividem, como antecipado, em *regras* e *princípios*. Distanciando-se, contudo, das concepções que as diferenciam entre si pelo grau de generalidade, “fundamentalidade” ou nível de abstração,⁹ ALEXY sustenta que entre ambas há uma diferença de ordem “*qualitativa*”.¹⁰

Com efeito, nessa formulação os *princípios* têm natureza *prima facie*;¹¹ são concebidos como “mandados de otimização” e, por isso, “*caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades*

⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. Regras e princípios: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-americana de estudos constitucionais, v. 1, p. 608-630, 2003.

¹⁰ ALEXY, Robert, op. cit, p. 90

¹¹ Ibidem, p.104

jurídicas”, determinadas, por sua vez, “*pelos princípios e regras colidentes*” com a norma.¹²

Com efeito, decorre de sua estrutura e natureza lógica a relativização concreta em face de suas possibilidades jurídicas, mediada pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Por essa razão, na hipótese de conflito entre *princípios*, a aplicação normativa se dá mediante um procedimento de *sopesamento* ou *ponderação*.¹³ Nas palavras de ALEXY, “*se dois princípios colidem (...), um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.*”¹⁴

As **regras**, por outro lado, são normas que contêm mandamentos definitivos; “*são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos*”¹⁵ e, desse modo, **não são objeto de ponderação**.

Nessa ordem de ideias, resta evidente que **o conceito de *princípio*, tal como concebido por Robert ALEXY, não guarda qualquer relação com o significado usualmente atribuído à ideia geral de *princípio* no pensamento jurídico brasileiro**, que diz respeito às normas estruturantes do sistema jurídico, que se expressam e dão sentido ao ordenamento como um todo. É o que bem observa o colega professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Dr. Virgílio Afonso da SILVA:

¹² *Ibidem*, p. 90

¹³ *Ibidem*, p. 117 - 118.

¹⁴ *Ibidem*, p. 93

¹⁵ *Ibidem*, p. 91

“(...) a nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor – e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil – mas a ideia costuma ser a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. (...) A principal diferença entre ambas as propostas é facilmente identificável. **O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma.** Assim, um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade.” (...) Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. **Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas são regras, não princípios.**¹⁶ (grifamos)

Para o modelo proposto por Robert ALEXY, a presunção de inocência – que, em razão de sua assente “fundamentalidade”, se convencionou identificar como *princípio* – **consiste, na verdade, em regra** e, portanto, não é passível de sopesamento. Vale dizer, ao ordenar em seu artigo 5º, inciso LVII, que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, a Constituição não prevê uma orientação explícita para *otimização* do sistema, condicionada a possibilidades fáticas e jurídicas e a ser executado *“na maior medida do possível”*.¹⁷ Antes, e pelo contrário, o uso do sujeito determinado “ninguém” confirma a estrutura lógica da norma que ordena a garantia de um direito definitivo, à semelhança do que está previsto no inciso III do mesmo art. 5º. Pois “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” não é um imperativo hermenêutico, um sentido de interpretação futura, mas uma regra direta de tratamento e de competência, que assegura concretamente a liberdade individual diante da autoridade estatal, cingida à legalidade estrita.

¹⁶ AFONSO DA SILVA, Virgílio. op. cit.

¹⁷ ALEXY, Robert. op. cit., p. 104

Desse modo, o emprego **parcial** e teoricamente equivocado do procedimento metodológico de *sopesamento* – atribuído a Robert ALEXY, mas aplicado contrariamente ao ele próprio escreveu – no direito brasileiro tem dado ensejo à vulgarização da interpretação constitucional e, assim, como bem observa o também colega professor Dr. Gustavo BADARÓ, o recurso cada vez mais frequente ao dito “princípio da proporcionalidade” tem servido “como mecanismo para flexibilização dos direitos e garantias que a Constituição assegura no processo penal”.¹⁸

Bem por essa razão, o eminente jurista alemão Winfried HASSEMER sustenta que, em que pesem seus inúmeros e reconhecidos méritos, o emprego do método da ponderação é de todo incompatível com o direito processual penal no marco democrático e deve ser rejeitado tanto pelo equívoco dogmático que representa quanto pelas pusilânimes consequências de determina:

O processo penal (...) me parece um âmbito jurídico e um tipo de procedimento no qual o método da ponderação não resulta em nada adequado e que, **se empregado, com o tempo, pode ter efeitos devastadores**. As formalidades do procedimento penal não são meras formalidades, em seu núcleo são formas protetoras de interesse da totalidade dos sujeitos do processo e, antes de tudo, do acusado. Se se autoriza, no caso concreto, a se deixar de lado essas formalidades, tornam-se dispositivos todos os pilares do direito processual penal.¹⁹

Sem prejuízo, é igualmente notório que sequer se vislumbra, na hipótese vertente, qualquer conflito de normas, já que, nas palavras do notável processualista penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Prof. Dr. Geraldo PRADO, “*o nosso modelo constitucional de devido processo penal, (...) não admite a equiparação*

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. *Processo Penal*. 2a Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 43.

¹⁹ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Universidad Externado de Colombia: 2002, p. 838.

(igualdade) entre os direitos (e garantias) fundamentais do acusado e os deveres-poderes do Estado de repressão ao delito (situação jurídica)”.²⁰

Assim, em última análise, a questão é exposta com especial clareza nas palavras do Ministro Eros Grau, à ocasião do julgamento do HC 95.009-4/SP:

No caso em que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido em máxima segundo a qual ‘não há direitos absolutos’. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá **o esvaziamento do quanto construímos ao longo de séculos para fazer, de súditos, cidadãos**. Diante do inquisidor, não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas, como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que devia acudir-nos. Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado”, a “supremacia do interesse público sobre o individual”. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo - não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente - não tem lugar em matéria penal e processual penal. Essa Corte ensina (HC 80.23, rei. Min. Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição ‘leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar’. **Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade** sobre o que fundamenta a supressão. **A nos afastarmos disso, retornaremos à barbárie.** (grifamos).

Em conclusão: a **presunção de inocência** é, e sempre foi – especialmente à luz da enorme contribuição intelectual de Robert ALEXY – **uma regra** de direito fundamental, prevista na Constituição da República, plenamente vigente no ordenamento jurídico nacional e que contém em si uma determinação cristalina, definitiva, absoluta e inafastável. A relativização dessa garantia comporta em si, fatalmente, frontal violação ao Estado Democrático de Direito – e não existe teoria jurídica apta a ocultar esse desiderato pouco elogiável.

²⁰ PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão condenatória. IBCCRIM: Boletim - 277 - Dezembro/2015. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria, acesso em 28.06.18

IV. O CONTEÚDO DA REGRA DO ARTIGO 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: A VEDAÇÃO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A regra da presunção de inocência é consagrada na Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 8.2, segundo o qual *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”* A Constituição da República, filiada à lógica civilizatória do *“due process of law”*,²¹ estabelece que *“ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*, e, assim, de forma lapidar e de um só turno, estabelece um **dever de tratamento, norma probatória e regra de juízo.**²²

O atual entendimento da maioria deste Supremo Tribunal Federal, no entanto, é que por alguma razão não normativa (provavelmente, política) a execução provisória da pena não atingiria a garantia constitucional da presunção de inocência, pois a referida norma contida no artigo 5º, inciso LVII não teria vedado expressamente a “prisão-pena” antes do trânsito em julgado.

Nesse sentido, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso à ocasião do último pronunciamento deste Tribunal Pleno sobre a matéria, no julgamento do HC 152.752, o artigo 5º da Constituição Federal trata da prisão apenas em seu inciso LXI, segundo o qual *“ninguém será 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”*.

²¹ A expressão, ao contrário do que afirmam alguns autores, não serve apenas à sinonímia de “devido processo legal”; é, antes, a síntese das principais emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, também conhecidas como *“Bill of Rights”*, especialmente da quarta à oitava emenda.

²² ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 424 e ss.

Em posição similar, o Ministro Luiz Fux sustentou que “*nos casos em que o Constituinte pretendeu conferir imunidade à prisão, ele o fez expressamente*” e que, portanto, as únicas limitações normativas à execução provisória residiriam na exigência de ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, bem como na regra do devido processo legal.²³

Contudo, o **trânsito em julgado** é o critério temporal fixado pela regra contida no artigo 5º, inciso LVII, para se considerar alguém culpado e que condiciona, impositivamente, a execução da pena à culpabilidade do apenado, como pressuposto necessário, tanto do ponto de vista material (imputabilidade, consciência da antijuridicidade e exigibilidade de comportamento adequado à norma penal) quanto processual (trânsito em julgado da condenação após trâmite regular).²⁴

Bem por essa razão, o Prof. Dr. José Lauria TUCCI esclarece que a regra de oficialidade da ação de execução penal, pressupõe a ocorrência de “*a) fato tido como típico, antijurídico e culpável na legislação penal (...); e b) do trânsito em julgado de ato decisório penal condenatório, proferido em processo de conhecimento.*”²⁵

Em outras palavras, como é evidente sob a égide do Estado Democrático de Direito, a pena, que não pode mais se fundar no arbítrio do Estado, só se legitima em razão e na medida da culpabilidade do agente (“*nulla poena sine culpa*”), demonstrada

²³ Acórdão não publicado. Voto disponível em: <http://www.Supremo.Tribunal.Federal.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374738>, acesso em 20.5.18.

²⁴ Sobre a culpabilidade, na brilhante síntese do Prof. Dr. Juarez CIRINO DOS SANTOS: “(...) o fundamento da responsabilidade penal pessoal é a culpabilidade, como expressão do princípio *nulla poena sine culpa* (derivado do art. 5º, LVII, CR, que institui a presunção de inocência), indicada pelas condições pessoais de saber (e controlar) o que faz (imputabilidade), de conhecimento real do que faz (consciência da antijuridicidade) e do poder concreto de não fazer o que faz (exigibilidade de comportamento diverso), que estruturam o juízo de reprovação do conceito normativo de culpabilidade: somente a **culpabilidade** pode fundamentar a responsabilidade penal pessoal pela realização do **tipo de injusto**. In CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral. 5ª Edição. Florianópolis: Conceito, 2015, p. 32.

²⁵ TUCCI, José Lauria. Princípios e Regras da Execução da Sentença Penal. *Revista CEJ*, V. 3 n. 7 jan./abr. 1999.

em processo balizado pelos estritos limites da lei. Assim, a decorrência lógica de se *considerar alguém culpado*, após o trânsito em julgado, obriga a coincidência com o início da pena. Ter pena definida contra si, e mesmo que em segunda instância, portanto, não é suficiente para redefini-lo, juridicamente, como culpado.

A adoção desse marco, é importante ressaltar, não é meramente artificial, já que, de fato, enquanto for recorrível, **a decisão é mutável**, total ou parcialmente, criando o espaço no qual sobrevive, ainda que constrangida, a dúvida que milita em favor da liberdade. O Prof. Dr. Geraldo PRADO, nesse sentido, elucida que a presunção de inocência, como cláusula pétrea e base do processo penal brasileiro, rege-se pelo *conceito jurídico de culpabilidade* e, assim, rejeita o conceito de culpabilidade fática, concebido no modelo estadunidense no sentido de conferir ao processo penal um papel polialesco – e, não raro, demagógico – no “combate à criminalidade”.²⁶

Nessa ordem de ideias, não assiste razão o argumento segundo o qual a execução provisória seria viável uma vez esgotada a jurisdição das instâncias ordinárias vez que se encerraria aí a cognição probatória e, no jargão forense, o juízo de “*autoria e materialidade*” – em todo caso, elementos do tipo de injusto, e não da culpabilidade.²⁷

É evidente, de toda sorte, que tal raciocínio não se sustenta na medida em que a definição de responsabilidade penal a ensejar a execução da pena **subsiste em sede de Recursos Especial e Extraordinário**, já que não diz respeito apenas a questões de ordem fático-probatória, mas também se constitui fundamentalmente como

²⁶ https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria

²⁷ Como é assente na teoria do delito, a ideia de simples atribuição de autoria por “materialidade delitiva” como fundamento da responsabilidade penal foi liquidada uma vez superado o modelo neokantista de fato punível.

discussão de direito. Como, por exemplo, em um processo no qual a culpabilidade do autor tenha se afirmado além da dúvida, mas sem que tenha trânsito em julgado, o sobrevir da extinção da punibilidade – como com a prescrição – mantém o status de inocente inalterado, em que pese toda a prova a demonstrar o contrário.

O Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, em sua função uniformizadora da legislação federal, registra centenas de teses de matéria de direito penal material e processual (tipicidade de delitos, causas de justificação e exculpação, critérios para distinção entre autoria e participação, dosimetria de penas, reconhecimento de nulidades, marcos prescricionais, critérios de fixação de regime inicial, e até mesmo critérios de valoração probatória em abstrato) que, de fato, indicam inúmeras possibilidades de alteração do desfecho do processo em sede de Recurso Especial.

De modo idêntico, o controle de constitucionalidade exercido por esta Corte Suprema em sede de Recurso Extraordinário possibilita, na prática, inúmeras possibilidades de reforma de decisões proferidas pelos Tribunais de apelação. É, portanto, inegável que até o trânsito em julgado as hipóteses de absolvição, de redução de pena ou mesmo de anulação do processo *ab initio* subsistem plenamente realizáveis. Em síntese, enquanto há a possibilidade de recorrer, subsiste a possibilidade de modificação do decreto condenatório.

Desse modo, a redação dada ao artigo 5º, inciso LVII do texto constitucional, não utiliza a palavra prisão, pois **se refere, de modo amplo, a todos os efeitos** – penais, cíveis e administrativos – da condenação, que, registre-se, sequer se restringem à hipótese da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro. Bem por essa razão, como se adiantou, o artigo 283 do Código de Processo Penal conferiu especificidade, no que diz respeito à pena privativa de liberdade, à mesma vedação já expressa de maneira mais abrangente na Constituição da República.

Do ponto de vista argumentativo, o raciocínio em sentido oposto é contraditório em ao menos dois sentidos. Se por um lado o artigo da Constituição que permite o mais (presunção de inocência para todos os efeitos da condenação) não pode ser utilizado para justificar a restrição do menos (revogação da presunção de inocência para execução da consequência jurídica mais grave que existe), por outro um direito assegurado pelo texto constitucional não pode ser invocado para negar a realização de outro, como, aliás, prevê expressamente a Nona Emenda à Constituição dos Estados Unidos, base de um modelo jurídico que é manancial recorrente para fundamentação da chamada “nova onda punitiva”, que, no Brasil, pretende universalizar a injustiça do sistema penal para equilibrar sua seletividade classista essencial.²⁸

Assim, salta aos olhos que é desprovida de amparo jurídico a tentativa de relativizar o direito à presunção de inocência com base em inexistente lacuna de um significante (prisão). O que se tem, então, é a invenção de uma nova espécie de prisão, não admitida pela ordem constitucional, não prevista em lei e resultado de atividade legislativa proibida ao Poder Judiciário. Seja do ponto de vista procedimental ou material, em resumo, trata-se de uma franca violação da mais elementar regra jurídica em matéria penal e processual penal: a legalidade.

V. IMPOSSIBILIDADE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 5º, INCISO LVII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

²⁸ “A previsão, na Constituição, de certos direitos, não pode ser invocada para negar ou restringir outros (direitos) pertencentes ao povo”. Tradução livre de: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*”

Diante da notícia de quebra da regra constitucional, algumas vozes do mundo jurídico defenderam publicamente que a regra contida no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República teria sofrido uma inesperada *mutação constitucional*, provocada pelo exógeno *sentimento social* do tempo presente – conforme interpretações idiossincráticas desse sentimento, é verdade – o que por sua vez autorizaria, não obstante redação literal em sentido contrário, a execução antecipada da pena, negando-se vigência ao artigo 283 do Código de Processo Penal.

A tese, contudo, é **absolutamente incompatível com a ordem jurídica**, seja em razão da impossibilidade, em geral, da ocorrência de patológica *mutação constitucional* em prejuízo do acusado no Estado Democrático de Direito, seja pela ausência de qualquer evidência empírica revestida do mais singelo *status* de cientificidade a conferir validade à afirmação de que o dito “sentimento social” clamaria pela supressão arbitrária da garantia processual contida no artigo 283 do Código de Processo Penal, como se demonstra.

O conceito de *mutação constitucional*, a propósito, é sistematizado na obra do Ministro Luís Roberto BARROSO como mecanismo informal – e, por isso, perigoso – de alteração da Constituição relacionado à “*plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais*”,²⁹ que “*permite a transformação do [seu] sentido e alcance (...) sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto*”³⁰ e “*pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo*”.³¹ Por essa razão, a legitimidade da mutação, nessa perspectiva, é condicionada ao “*lastro democrático*,

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem, pp. 125-126.

*isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, na soberania popular”.*³²

Para os que advogam esse pensamento, uma mutação constitucional pode ocorrer via (i) atuação do legislador (representante eleito da soberania popular), (ii) adequação aos costumes (caminhando em direção, grosso modo, ao sistema anglo-saxão) ou (iii) mudança na percepção do direito ou na realidade do fato.³³

Por outro lado, mesmo para os partidários dessa proposta, a mutação **deve** ser limitada (i) “*pelas possibilidades semânticas do relato da norma*” – proibida a contradição explícita – e (ii) pela “*preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição*”.³⁴

Como se vê, em razão de simples funcionamento sistêmico da tese, ou seja, por conta das próprias limitações defendidas, que o mutante voluntarismo deveria ser sumariamente interrompido, já que viola os seus supostos argumentativos fundamentais. Afinal, defender que a Constituição permite ou, pior, manda executar a pena antes do trânsito em julgado não só contradiz explicitamente o sintagma do art. 5º, inciso LVII – ultrapassando a possibilidade semântica da norma –, como também não preserva – pior, lesiona – direito fundamental que constitui o núcleo da ordem constitucional brasileira, politicamente estruturada em oposição ao legado ditatorial, retirando da democracia restaurada sua identidade.

Mais: no que diz respeito à limitação imposta às *mutações*, tem-se que a Constituição da República institui uma razão própria ao processo penal, que “*tem*

³² Ibidem, p. 126.

³³ Ibidem, p. 132 e ss.

³⁴ Ibidem, p. 127

como conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais”³⁵ e se subordina às finalidades que regem o Direito Penal no marco democrático, centradas na **proteção do indivíduo**, estabelecendo, assim, uma relação de unidade funcional que não pode ser dissociada.³⁶

Nesse contexto, **o direito processual penal se revela autônomo em relação ao direito processual civil** e se constitui a partir de uma estrutura normativa própria, arrimada no princípio da legalidade processual e orientada pela função de limite e **contenção ao poder de punir** do Estado.

Com efeito, o princípio da legalidade processual emerge como referente mínimo dos direitos fundamentais dos cidadãos e, assim, as formas processuais penais, como limite ao poder punitivo, adquirem caráter de garantia. O Prof. Dr. Alexandre MORAIS DA ROSA, nesse sentido, elucida a exigência da legalidade e da taxatividade dos atos processuais no Estado Democrático de Direito:

“(…) a legitimidade na imposição de atos cogentes, decorrentes do poder de império, com consequências no âmbito dos jurisdicionados e, no caso do Processo Penal, dos acusados, precisa atender aos princípios e regras previstos no ordenamento jurídico de forma taxativa. As regras do jogo democrático devem ser garantidas de maneira crítica e constitucionalizada, até porque com ‘Direito Fundamental’ (e as normas processuais o são), não se transige, não se negocia, defende-se, deixou assentado Ferrajoli. Dito de outra forma, as regras do jogo devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de validade Garantista (...).³⁷

³⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

³⁶ HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 45, n. 1, p. 235-250, 1992.

³⁷ DA ROSA, Alexandre Morais. O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório: Diálogo com Elio Fazzalari. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 11, n. 2, p. 219-234, 2008.

Assim, a conformação conferida pela chamada Constituição Cidadã ao direito processual penal brasileiro, estruturado a partir do princípio da legalidade, **veda em absoluto a restrição ou revogação** das garantias fundamentais ao acusado, especialmente por via informal e, desse modo, inviabiliza *a priori* a ocorrência da *mudança constitucional* em prejuízo aos jurisdicionados, em que pese as boas intenções dos que a propõe.

Desse modo, a interpretação das normas processuais penais, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, exige procedimentos específicos e coerentes com sua função limitadora e, assim, novamente nas palavras do Prof. Dr. Gustavo BADARÓ, “no que toca aos princípios gerais do direito, no campo processual penal é de se atentar para a proeminência do favor rei, enquanto fator de integração das normas processuais.”³⁸

Seguindo essa ordem de ideias, é inviável a alteração do sentido dado ao texto constitucional para restringir o direito individual à liberdade. Em um Estado Democrático de Direito, as hipóteses de restrição à garantia de liberdade regem-se pelo princípio (ou, no sentido proposto por Robert ALEXY, *regra*) da legalidade e revestem-se de limites semânticos estreitos e nítidos, seja pela estrutura normativa do direito processual penal ou por seus procedimentos de interpretação correlatos.

Por fim, cumpre registrar que, ainda que não se levasse em conta a necessária limitação imposta à *mudança* pretendida, a única possibilidade de alteração constitucional que resta é aquela que vem através da “mudança na percepção do direito ou na realidade do fato”, ou seja, o suposto *sentimento social* que militaria em favor da dita interpretação atualizada da regra do artigo 5º, inciso LVII, da Carta

³⁸ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 3ª edição. São Paulo: RT, 2015, p. 108.

Constitucional. No entanto, percebe-se que tal possibilidade não se reveste de qualquer legitimidade, eis que é ausente da discussão constitucional qualquer evidência empírica a dar suporte a essa afirmação.

Na hipótese em discussão, a modificação do *sentimento social* **supostamente** se faria presente em razão de aventada insatisfação dos cidadãos diante da relativamente consensual ineficiência do sistema de justiça criminal, que acabaria por estabelecer dita contrariedade das normas constitucionais em relação ao senso de justiça da população e aos valores republicanos. A alteração da jurisprudência, consoante essa lógica, contribuiria para compatibilizar a interpretação da Constituição com as transformações supostamente ocorridas na sociedade brasileira.

Contudo, o olhar atento à realidade nacional permite notar que se atravessa um momento crítico do sempre conflitivo *sentimento social*, por estarmos diante de intenso acirramento dos antagonismos constitutivos de nossa formação social. Desse modo, sobretudo em se tratando de garantias fundamentais inegociáveis, qualquer recurso ao clamor popular, hoje especialmente fragmentado, merece ser recepcionada, no mínimo, com ceticismo.

Portanto, segue indemonstrada a máxima, repetida à exaustão, de que o regramento constitucional em vigência afrontaria o sentimento de justiça da população. E não será preciso lembrar, pela enésima vez, que o tempo histórico no qual o “são sentimento do povo” constituiu critério reitor das decisões judiciais coincidiu com algumas das páginas mais terríveis da biografia do mundo ocidental.

Curiosamente, entretanto, se as decisões judiciais pudessem se dobrar ao assembleísmo de ocasião – mas, felizmente, não podem – seria imprescindível registrar que pesquisa de opinião desenvolvida pelo Instituto Vox Populi em abril deste

ano indica que 52% da população crê que qualquer pessoa tem o direito de ser presa apenas se a decisão por sua condenação for mantida pelos Tribunais superiores, enquanto que 15% dos entrevistados não sabia ou não respondeu. Salta aos olhos, enfim, o fato de que apenas 33% dos entrevistados se manifestou em defesa da execução provisória da pena, contrariando os que ousam falar, sem mandato determinado pelo voto, em nome da população.³⁹

Com efeito, se tais dados não invalidam completamente a tese de incompatibilidade do artigo 283 do Código de Processo Penal ao suposto *sentimento social* do presente, no mínimo a colocam sob considerável dúvida. Seja como for também por esse aspecto, que jamais deveria ser considerado do ponto de vista técnico-jurídico, a hipótese de ocorrência de *mutação constitucional* é igualmente inviável.

Enfim, é possível concluir que o entendimento consolidado quando do julgamento do HC 126.292, e, desde então, reproduzido indiscriminadamente pela jurisprudência dos tribunais estaduais e regionais Brasil afora – a despeito do disposto expressamente no artigo 283 do Código de Processo Penal vigente –, não se reveste de qualquer amparo na lei ou nos fatos. Resta evidente, portanto, que a denominada execução provisória da pena constitui, na realidade, deformação constitucional carente de qualquer justificativa racional.

VI. PANORAMA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: UM “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

³⁹ INSTITUTO VOX POPULI. Pesquisa de Opinião Pública: abril de 2018. Registro n.º BR-020392018.

Se inexistem dados concretos a indicar dita alteração do *sentimento social* a supostamente legitimar a inviável *mutação constitucional*, é assente que sobram evidências empíricas da verdadeira barbárie que constitui o sistema prisional brasileiro. Cumpre, portanto, elucidar as **consequências reais da jurisprudência** que se consolidou nos tribunais brasileiros a partir do julgamento do HC 126.292 por esta Corte e, mais uma vez, registrar o perfil sociodemográfico da população carcerária brasileira, bem como colocar em evidência o caráter da prisão como espaço de sistemática violação de direitos humanos.

Com isso, não se trata de “*usar os pobres*” para sustentar qualquer ponto de vista que seja, mas sim de reconstituir teoricamente a seletividade do sistema de justiça criminal como *categoria* e, assim, possibilitar um debate jurídico-penal informado pela Criminologia. Como bem alertam Nilo BATISTA e Eugenio Raul ZAFFARONI, um penalismo que se pretende alheio à realidade “*não é um direito penal desprovido de dados sociais, mas sim construído sobre dados sociais falsos. O penalismo termina por criar uma sociologia falsa (...), para acabar criando discursivamente um poder que não exerce e nem poderia exercer.*”⁴⁰

Com efeito, restará demonstrado que não há qualquer razão lógica para crer que tal tese jurisprudencial não atinja (até porque já está atingindo) de maneira mais significativa justamente os **alvos preferenciais do sistema de justiça criminal**, o que, desse modo, desmonta a pretensa democratização da justiça pela viabilidade jurídica da execução provisória.

⁴⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Direito Penal Brasileiro, Volume I. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2015, pp. 65-66.

De acordo com os dados mais recentes sobre o encarceramento no Brasil, existem 726.712 pessoas presas em um sistema que conta com somente 368.049 vagas.⁴¹

A população prisional não apenas se trata, por si só, de uma absurda cifra, como também é alarmante o crescimento desse número nos últimos anos. Verifica-se que em 1992 o número de pessoas presas era de 114.377, e que, em 2002, por sua vez, existiam 239.345 pessoas encarceradas, ou seja, crescimento de mais que o dobro em 20 anos.

Não é preciso muito para perceber que esse aumento se deu em taxas muito maiores do que as de variação populacional verificadas no período em análise. De 1992 a 2002, enquanto a totalidade da população no Brasil aumentou em apenas 16%, o número de pessoas presas aumentou em 109%. Da mesma forma, de 2002 a 2016, a variação populacional geral foi de 16%, enquanto a população prisional aumentou em *gritantes* 204%.⁴²

A situação na qual se encontram essas mais de setecentas mil pessoas sob custódia do Estado revela, ainda mais, a gravidade do problema. A realidade, como apontam diversas pesquisas e documentos, é que essas pessoas estão submetidas diariamente a constantes e graves violações de Direitos Humanos, em um sistema que não fornece sequer o mínimo de condições dignas para a vida.

⁴¹ Tal dado refere-se ao número de pessoas presas existente em junho de 2016, referencial do Relatório do Infopen mais recentes, disponibilizado em dezembro de 2017. Inclusive, a falta de uma sistematização completa e atualizada dos dados já é um importante indicativo do gravíssimo descaso das autoridades públicas com o sistema carcerário e com a população prisional. Todos os dados atualizados sobre o sistema prisional encontram-se em: BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, DEPEN. **INFOPEN – Junho de 2016**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Brasília/DF, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf acesso em 04.05.18

⁴² São utilizados, aqui, os dados oficiais, divulgados pelo IBGE, disponíveis em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>, acesso em 04.05.18.

São incontáveis as diárias e recorrentes denúncias aos horrores do sistema carcerário brasileiro. Inclusive, como exemplo, trecho de voto de Vossa Excelência na Medida Cautelar na ADPF 347 trouxe um panorama da trágica e absurda situação:

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

(...)

Nos presídios e delegacias, por todo o país, as celas são abarrotadas de presos, que convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, “dentro” das paredes, em pé, em banheiros, corredores, pátios, barracos ou contêineres. Muitas vezes, precisam se revezar para dormir.

(...)

Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos⁴³.

Como bem assentado em referido voto, “o quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio”, uma vez que “a situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação”. Trata-se, de fato, do maior crime contra a humanidade em curso no país, a projetar sobre nós as sombras das piores lembranças do Holocausto, com seus campos de concentração e extermínio dos indesejáveis ao regime nazista.

⁴³ Supremo Tribunal Federal, ADPF 347-MC. Rel. Min, Marco Aurélio, DJe: 18.02.16

Diante dessa “*violação massiva e persistente de direitos fundamentais*”, no julgamento da referida Medida Cautelar na ADPF 347, este egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema carcerário brasileiro pode ser definido como um “*estado de coisas inconstitucional*”, de forma que seria necessária a atuação conjunta de todas as instâncias do Poder Público – incluindo, por óbvio, o Poder Judiciário – para a mitigação desse gravíssimo quadro.

Complementa o raciocínio a recente pesquisa realizada pelo jornal “O Globo”, que expõe, mais uma vez, a barbárie a que são submetidos os presos. O levantamento mostrou que, ao menos, 6.368 pessoas morreram nas cadeias do país entre 2014 e 2017, uma média de 4 cidadãos por dia, assassinados, que cometeram suicídio ou que morreram por problemas de saúde (quase sempre decorrentes do insalubre ambiente prisional).⁴⁴

A terrível realidade aponta para a responsabilidade estatal sobre essas mortes e se torna ainda mais grave se lembrarmos de que mais de um terço da população prisional é constituída de presos provisórios, sem julgamento ou na aqui discutida execução antecipada da pena.

Portanto, não apenas estamos diante de um sistema falido, degradante e homicida, mas também brutalmente seletivo, como evidenciam os dados oficiais sobre encarceramento: os inúteis, que sequer conseguem ser explorados pelo Capital. 75% das pessoas presas em 2014 tinham grau de escolaridade apenas até o Ensino Fundamental completo.

⁴⁴ O GLOBO. Cadeia de omissões, de 24 de junho de 2018. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/2018/06/24/3046-cadeia-de-omissoes>. Acesso em 28.06.18

A seletividade também se confirma em termos raciais: 64% da população carcerária é formado por pessoas pretas e pardas, apesar de representarem 53% da população total. E, ao invés de guerra contra a pobreza, o sistema endossa uma guerra contra os pobres, pois de acordo com os dados do Infopen, 73% das prisões ocorrem devido a incidências penais de crimes contra o patrimônio e de crimes previstos na Lei de Drogas – sendo que apenas os tipos penais de roubo, furto e tráfico de drogas representam 65% do total de prisões. Se incluirmos a essa soma os crimes contra a pessoa e os previstos no estatuto do desarmamento, chega-se a um total de 92% das prisões realizadas no Brasil. Em síntese, os dados evidenciam que quase a totalidade das prisões no Brasil ocorre devido a incidências penais desses cinco grupos de delitos, enquanto apenas 8% se dividem entre todos os outros tão diversos crimes previstos em nossa legislação. Todos, por certo, crimes relacionados à pauperização, desigualdade e restrição da mobilidade social, como demonstra a pesquisa criminológica.

Tais dados são coerentes com o desenvolvimento da teoria criminológico-crítica, que identifica que a seletividade, longe de mera contingência, é **condição estrutural** do sistema de justiça criminal em todo o mundo, pois decorrente dos próprios processos de criminalização primária e secundária.⁴⁵

Nesse contexto, duas conclusões são inevitáveis: (i) permitir o início do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância significa ampliar o uso dessa nefasta máquina carcerária, responsável pela “*violação massiva de direitos fundamentais*”, e aprofundar ainda mais esta terrível situação; e (ii) sendo a população pobre, negra e parda e inculta o principal alvo da criminalização no Brasil, ela será –

⁴⁵ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 51.

como vem sendo desde a inconstitucional alteração de entendimento de 2016 –, invariavelmente, a mais afetada por esta decisão.

Há, contudo, também aqueles que, mesmo sem negar tais dados, sustentam que a população pobre e negra não é significativamente atingida pelo entendimento, já que tais pessoas, via de regra, já são submetidas a custódia preventiva desde a prisão em flagrante e sequer acessariam os tribunais superiores.

A afirmação, no entanto, contraria o movimento de ampliação do acesso à justiça, decorrente da criação e, sobretudo na última década, de significativa ampliação da Defensoria Pública nos estados brasileiros. Com efeito, é notório – e louvável – que o recurso aos Tribunais superiores seja hoje um horizonte possível para as classes excluídas e, não por outra razão, nos últimos anos se registrou significativo aumento nos acervos de feitos em trâmite tanto perante este Supremo Tribunal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça.

De todo modo, para que não restem dúvidas, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em Parecer apresentado nos autos da ADC 44, mostra como *“a maioria dos presos é atendida através do sistema de Defensoria Pública estadual”*, não se tratando de uma demanda vinculada aos mais abonados acusados no âmbito das operações midiáticas que tanto comovem o imaginário dos ideólogos do punitivismo. Ademais, o órgão demonstra que a decisão do HC 126.292, gerou, apenas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entre 18.02.2016 e 04.04.2018, a **expedição de mais de 13.887 mandados de prisão**.

Diante do evidente quadro de seletividade de nosso sistema, não há como se acreditar – como pretenderam alguns dos eminentes Ministros desta egrégia Corte no julgamento do HC 152.752 – que esses quase 14.000 mandados de prisão expedidos

apenas no Tribunal Paulista com base na alteração do entendimento tivessem como alvo apenas condenados por crimes contra a administração pública, que, lembremos, representa parcela ínfima da totalidade das prisões no Brasil.

Tais efeitos deletérios, contudo, eram e são previsíveis. Como bem observam, novamente, os Profs. Drs. Nilo BATISTA e Eugenio Raúl ZAFFARONI, a história demonstra ser absolutamente falsa a ideia de que, ao suprimir os beneficiários da seletividade do sistema de justiça criminal, o aparato se desmonta; *“o poder punitivo continua funcionando do mesmo modo e, às vezes, mais violenta e seletivamente ainda”*.⁴⁶

Forçoso concluir, assim, que a restrição das garantias individuais universalizadas na Constituição chancelada pela retórica do combate à impunidade dos poderosos guarda em si o ônus de sua repercussão inevitável sobre os grupos mais vulneráveis da sociedade. A tentativa de nivelar a seletividade por meio da universalização da injustiça, além de denunciar grave erro do ponto de vista científico-criminológico, resgata o antidemocrático Direito Penal do Autor como estratégia para manipular o Direito em função da identidade do acusado – o que é simplesmente inadmissível.

VII. A FALÁCIA DA PROTEÇÃO PENAL AOS DIREITOS HUMANOS SOB PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Em julgamentos recentes sobre a questão tratada nesta ADC 54, foi apresentado o argumento de que a antecipação do cumprimento de pena teria a

⁴⁶ Ibidem, p. 49-50.

finalidade de garantir a efetiva proteção de direitos humanos por meio do Direito Penal.

E para sustentar esse apelo de verniz humanitário foram apresentados casos de graves violações de direitos humanos – ignorando-se, contudo, que tais crimes também representam parcela **ínfima** na realidade do sistema de justiça criminal brasileiro – nos quais o Brasil teria sido condenado por organismos internacionais devido, em síntese, à morosidade judicial e a ausência de respostas às vítimas.⁴⁷

Trata-se de falácia, que utiliza a exceção para produzir um argumento geral, como é fácil notar. Logo, argumento proibido pela regra lógica do debate racional. Entretanto, considerando que essa alegação foi pronunciada em espaço público para motivar decisão *erga omnes*, é prudente realizar um esforço quase que ingênuo para contestar a pretensão de encarceramento de pessoas após a condenação em segunda instância como instrumento hábil à efetivação de direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, essa pretensão parte do pressuposto de que *“a proteção eficiente dos direitos fundamentais (...) se dá, entre outros instrumentos, por meio do Direito Penal”*, e que o Brasil teria sido questionado perante organismos internacionais, *“em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos”*.⁴⁸

Ignora-se, contudo, que o sistema penal pátrio, mais especificamente, em sua expressão concreta, no sistema carcerário, é o principal vetor de sistemáticas violações de direitos humanos básicos – como, aliás, já mencionado, esta própria Corte

⁴⁷ Vide dados apresentados acima.

⁴⁸ Conforme voto do Min. Fachin no HC 152.752 (ainda não publicado), p. 7. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaSTF/anexo/HC152752VotoMinEF.pdf>, acesso em 08.05.18

reconheceu, ao enfrentar o terrível cenário punitivo brasileiro no julgamento da Medida Cautelar da ADPF 347.

Ou seja, **se** o sistema penal brasileiro, como esta egrégia Corte já reconheceu, produz a *“violação massiva de direitos fundamentais”*,⁴⁹ **então** representa **verdadeiro e afrontoso contrassenso** acreditar que encarcerar pessoas condenadas em segunda instância – não apenas violando os direitos dessas pessoas, como aprofundando um sistema em crise no qual há um *“estado de coisas inconstitucional”* – seria *“proteção eficiente dos direitos fundamentais”*. Como se eventual capacidade profilática do crime pudesse, de alguma forma, justificar sua absurda barbárie.

Vale lembrar, a propósito, a lição do célebre criminólogo italiano Alessandro BARATTA, ao apresentar *“os limites do sistema de justiça criminal como reação à violência e à defesa dos direitos humanos”*. Tais limites, segundo demonstra o autor, aparecem nos seguintes pontos:

- a) **el control penal interviene sobre los efectos y no sobre las causas de la violencia**, o sea, sobre determinados comportamientos con los que se manifiestan los conflictos, y no sobre los conflictos mismos.
- b) **El control penal interviene sobre personas y no sobre situaciones (...)**.
- c) **El control penal interviene de manera reactiva y no preventiva**. Esto quiere decir que interviene cuando las consecuencias de las infracciones se han producido, mas no para evitarla (...)
- d) Finalmente, el retraso de la intervención penal respecto de las situaciones contra las cuales reacciona el sistema trae también, como consecuencia que el individuo responsable, en el momento del juicio, sea considerado como el mismo individuo del momento de la comisión del delito; pero sabemos que ésta es una ficción, la ficción de la identidad del sujeto, que no corresponde a la realidad⁵⁰.

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal, MC na ADPF nº 347. Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 16.02.16

⁵⁰ BARATTA, Alessandro. **Derechos humanos: entre la violencia estructural y la violencia penal**. In BARATTA, Alessandro. Criminología y Sistema Penal. Compilación in memoriam. Colección Memoria Criminológica, n. 1. Montevideo (Uruguay): B de f, 2004, p. 342-343.

Em síntese, não apenas o uso do sistema penal viola direitos humanos, como o horizonte de proteção de tais direitos é bastante limitado e restrito ao campo simbólico, de modo que na perspectiva dos direitos fundamentais, a restrição de tal mandamento constitucional expresso não se sustenta. Nem mesmo na aventura de um raciocínio demagógico.

Nesse contexto, são diversos os autores que abordam o tema das violações de direitos humanos pelo Estado, e colocam o sistema penal e a ideologia punitivista como graves agentes dessas violações. Essa é a posição de Antonio ESCRIVÃO FILHO e José Geraldo de SOUZA JUNIOR, que – inclusive em obra citada pelo eminente Ministro Luiz Edson FACHIN em seu voto no HC 152.752 – mostram os perigos “*da ideologia punitivista no sistema de justiça e, conseqüentemente, dos já elevados índices de encarceramento*”.⁵¹ Da mesma forma, os autores deixam claro como o Judiciário brasileiro é, por muitas vezes, marcado por uma “*escalada de um punitivismo justiceiro ora encarcerador da pobreza, ora violador de garantias jurídico-processuais*”,⁵² sendo essas duas faces da mesma moeda.

É importante lembrar, também, que a situação do sistema carcerário brasileiro já foi objeto de sucessivos questionamentos no âmbito internacional devido, exatamente, às reiteradas e gravíssimas violações de direitos fundamentais.⁵³

⁵¹ O em. Ministro, ao citar a obra, parece ignorar as relevantes críticas que os próprios autores fazem ao sistema de carcerário e ao uso da pena restritiva de liberdade no Brasil. Não apenas o próprio livro citado deixa evidente que não se busca uma pretensa “proteção dos direitos humanos” por meio do encarceramento, como os próprios autores expressamente criticaram o uso equivocado da obra no voto. Disponível em <https://www.brasiledefato.com.br/2018/04/04/juristas-citados-por-fachin-no-julgamento-de-lula-contestam-argumentos-do-ministro/>, acesso em 04/05/18.

⁵² ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. pp. 118-119 e 169.

⁵³ No início de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos unificou quatro casos distintos, em resolução que verificou a existência de indícios da “generalização de um problema estrutural de âmbito nacional do sistema penitenciário”.

Cf. http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf, acesso em 10.05.18.

O Brasil, para vergonha de seus cidadãos e por responsabilidade de seus burocratas, foi confrontado por Organismos Internacionais diante de sua postura em alguns casos de graves violações de direitos humanos. Contudo, como apresentado, as condenações se deram, em especial, devido à morosidade judicial e a ausência de mecanismos de reparação – e não à ausência de mecanismos de repressão, que transbordam.

Nesse sentido, pontua-se que nenhum dos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos apresentados nos recentes julgamentos tinha qualquer relação com prisão após a condenação em segunda instância e não se prestam para respaldar o falacioso argumento. E para constatá-lo basta ler os Relatórios dos Casos, para verificar que (i) nenhum deles trata de supostos problemas decorrentes da possibilidade de apresentação de recursos aos Tribunais Superiores e que (ii) todos tratam de “intensa violação a direitos humanos” – com perdão da repetição, longe de ser a regra dos casos selecionados pelos processos de criminalização secundária no Brasil.⁵⁴

O caso “Sétimo Garibaldi”, por exemplo, trata de ineficiência na investigação, a qual culminou no arquivamento do Inquérito Policial referente ao assassinato do importante líder do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra.⁵⁵ O Brasil, assim,

⁵⁴ Ao analisar o processo pelo qual o estado seleciona pessoas para a imposição de uma pena, Nilo BATISTA (et. al.) mostra como tal “*processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, primária e secundária*”. A criminalização primária é “*o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas*”. A criminalização secundária, por sua vez, “*é ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, e admite um processo (...); no processo, discute-se publicamente se o acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena*”. BATISTA, Nilo. et. al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. 4a Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 43.

⁵⁵ CORTE IDH. Caso Garibaldi: exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/c5be67d768a9e6f774020ea22d4062d4.pdf> acesso em 04.05.18.

foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por não dar “*uma resposta justa e efetiva sobre o acontecido*”, pois as autoridades responsáveis não investigaram os fatos, de forma que sequer foi iniciada uma Ação Penal. Ora, se a condenação por ineficiência na investigação em nada se relaciona com o tema aqui discutido, então de que forma permitir o início do cumprimento de pena após a condenação em segunda instância poderia interferir em um caso no qual sequer foi oferecida uma denúncia? Estaríamos apenas afundando na contradição típica do estado de exceção, de violar direitos humanos a pretexto de protegê-los.

O erro de análise por mero paralelismo se repete no caso “Ximenes Lopes”, que tratou, dentre diversos outros pontos, da morosidade do Poder Judiciário antes mesmo de uma condenação em primeira instância, ou seja, de uma demora que em nada se relacionava com recursos para os Tribunais Superiores. Mais importante ainda é pontuar que, em tal caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assentou que “*a demora do processo se deveu **unicamente à conduta das autoridades judiciais***”,⁵⁶ não tendo relação, ao contrário do insinuado em julgamentos recentes, com a conduta ardilosa de defensores de acusados sobejamente ricos.

De fato, a Corte reconheceu a existência da morosidade como um problema, mas foi expressa em reconhecer que a lentidão no processo ocorreu pela conduta das autoridades judiciais, **não devido às garantias** do(s) acusado(s) no processo, nem dos procuradores contratados para, de maneira legítima, resistir com todos os instrumentos jurídicos válidos contra a possibilidade de uma condenação.

Em suma, nos dois casos – “Sétimo Garibaldi” e “Ximenes Lopes” – o Brasil foi condenado devido à ineficiência das autoridades judiciais responsáveis, muito antes

⁵⁶ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes: mérito, reparações e custas. 2006. p.66, item 199. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf acesso em 04.05.18

de a discussão chegar ao Tribunal de segunda instância. Mas, mesmo que assim não fosse, é evidente que a ineficiência estatal não pode, sob nenhuma hipótese, ser argumento para que sejam retiradas garantias individuais a partir desses dois precedentes. Tanto é verdade que a conhecida organização Terra de Direitos, que atuou no caso “Sétimo Garibaldi”, afirmou ser *“irresponsável qualquer suposição de que o combate a violações de direitos humanos, incluindo atentados à vida de ativistas, exija a flexibilização, de outro lado, de direitos e garantias fundamentais sacramentados na Constituição”*.⁵⁷

É certo que o sistema de justiça criminal brasileiro, que é extremamente lento, dispendioso e tecnicamente deficiente precisa ser corrigido com urgência. Mas essa correção de rumos não deve ser feita a partir do sacrifício de direitos humanos, mas no centro do problema, apontado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a saber, a *“conduta das autoridades judiciais”*. Eficiência é, para a Corte, obrigar que as autoridades públicas envolvidas nos processos de criminalização (policiais, promotores, juízes etc.) trabalhem mais, melhor e por menos. Suprimir direitos constitucionalmente garantidos aos acusados, além de não integrar o conceito de eficiência proposto pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, é uma contradição performática, pois o sistema precisa ser eficiente para assegurar esses direitos, não para violá-los (ainda que, paradoxalmente, a pretexto de protegê-los).

Não é distinta a conclusão em relação ao também famoso e mencionado caso dos “Emasculados do Maranhão”, que, novamente, em nada se relaciona com a questão constitucional em debate. Pois, como é importante ressaltar, a pessoa

⁵⁷ Em nota, a organização dos direitos humanos assentou que viu com “estranhamento e preocupação” a referência feita por Fachin ao caso para justificar a retirada de garantias constitucionais. Disponível em <http://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/nota-da-terra-de-direitos-sobre-a-manifestacao-do-ministro-edson-fachin-no-julgamento-do-habeas-corpus-do-expresidente-lula/22785>, acesso em 04/05/18.

apontada como responsável pelos crimes foi presa, em caráter preventivo, em 2004, e permanece encarcerada até hoje. E, no caso, o Brasil foi questionado por sua *“ineficiência de proteção penal às vítimas”*.⁵⁸ Trata-se, embora em outro sentido, de reconhecimento da ineficiência estatal, marcada pelo *“atraso injustificado por parte das autoridades locais na busca pelas crianças”*, uma vez que *“os inquéritos policiais sobre a responsabilidade pelos crimes foram demasiado morosos e ineficazes”*.⁵⁹

Mais uma vez, portanto, a morosidade estatal não tem nenhuma relação com direitos e garantias do acusado. Como se verifica do próprio “Relatório de Solução Amistosa do Caso”, o Brasil se comprometeu a *“apurar a responsabilização do réu confesso hoje preso, dentro do marco do devido processo legal e do respeito aos direitos humanos”*.⁶⁰ O que tem isso a ver com a execução da pena após julgamento colegiado? Nada.

Ademais, é de extrema importância pontuar que a Solução Amistosa focou, em especial, em medidas de prevenção de novos crimes e de reparação às famílias das vítimas, e não apenas na repressão aos responsáveis. Como se depreende da leitura do referido Relatório, apenas um breve tópico trata da responsabilização do acusado e de eventuais partícipes, enquanto **outros nove tópicos**, com diversos subitens, tratam de reparação às famílias das vítimas e de adoção de medidas de prevenção a novos crimes contra crianças e adolescentes. Ou seja, a leitura do caso deixa claro que a *“ausência de proteção da vítima”* estava relacionada muito mais com a ausência de mecanismos, por parte do Poder Público Brasileiro, de reparação econômica e social do que com a repressão aos acusados.

⁵⁸ Conforme pontuou o em. Min. Edson Fachin em seu voto no HC 152752. p. 7.

⁵⁹ CORTE IDH. Relatório nº 43/2006 - Caso Emascarados do Maranhão: Solução Amistosa. p. 2, item 10. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRSA12426PO.doc> acesso em 04.05.18.

⁶⁰ Conforme p. 3, item 6 do relatório acima citado.

De fato, a Política Criminal, que deveria tratar-se das “*políticas públicas para repressão e prevenção da criminalidade e controle de suas consequências*”,⁶¹ no Brasil, acaba, por muitas vezes, reduzida a uma “*mera política penal*”, na qual a “*a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal (...) representam a única resposta oficial para a questão criminal*”, como aponta Juarez CIRINO DOS SANTOS.⁶²

Deve-se lembrar, na sempre honrosa companhia de Alessandro BARATTA, que a aposta exclusiva em soluções de repressão apresenta uma falsa solução, uma vez que não atacam as reais causas do problema e não produzem nenhum tipo de reparação efetiva do dano.⁶³ Essa análise míope não apenas superestima a capacidade político-criminal do Poder Judiciário em termos preventivos, como também o envolve perigosamente no âmbito da segurança pública – que não lhe corresponde.

Em resumo, se a solução do Caso “Emasculados do Maranhão” apontou como principal problema a ausência de políticas de reparação e prevenção, então ele **não pode ser utilizado como exemplo** para justificar a antecipação do aparato repressivo. Perceba-se: utilizar tal caso como justificativa para ampliar a utilização da prisão significa, com o devido respeito, ignorar o real problema apontado, ou seja, a equivocada aposta de que a repressão penal traz todas as soluções para o problema da criminalidade, quando na verdade só o piora. É preciso constatá-lo já, antes que seja tarde: em relação ao horror carcerário que define o horizonte penal no Brasil, o Judiciário – esta egrégia Suprema Corte, inclusive – tem sido muito mais parte do problema do que da solução. Mas, irônica e tragicamente, a solução proposta por alguns eminentes Ministros – a execução da pena após segunda instância – agrava ainda mais o problema.

⁶¹ DIETER, Maurício Stegemann. Política Criminal Atuarial: a Criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 18.

⁶² CIRINO DOS SANTOS, Juarez., op. cit.

⁶³ BARATTA, Alessandro, op. cit., pp. 342-343.

O paradigmático caso “Maria da Penha”, por sua vez, também se relacionava com o tema da morosidade judicial, porém em um caso de violência doméstica, e que tratou, principalmente, da inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de medidas de caráter cautelar para lidar com a questão. Inclusive, como é de conhecimento geral, foi a partir da condenação nesse caso que a Lei nº 11.340/06 foi editada, tendo como principal inovação a criação das *medidas protetivas*, que merecem elogio por privilegiar um caráter não punitivo, mas protetivo. Mais uma vez, o centro da discussão não era a possibilidade ou a quantidade de recursos a Tribunais superiores; mais uma demonstração de que não merece encômio o artifício retórico trazido pelo manejo desses célebres precedentes para defesa do indefensável – isto é, a negação à literalidade de um direito constitucional de cristalina redação.

Por fim, dentro de todo o exposto, é importante lembrar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos,⁶⁴ em relatório lançado no ano de 2013, denunciou o uso extensivo da prisão provisória como um dos “*problemas mais graves e generalizados da região*” e foi categórica ao definir que “*entende por ‘prisão ou detenção preventiva’: todo o período de privação de liberdade de uma pessoa suspeita de haver cometido um delito, ordenado por uma autoridade judicial e anterior ao trânsito em julgado da sentença*”.⁶⁵

No mesmo sentido, em documento publicado em 2017, a Comissão reforçou seu entendimento, e frisou que um dos objetivos dos Estados Membros deveria ser

⁶⁴ Que, em conjunto com a Corte, compõe o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

⁶⁵ COMISSÃO IDH. Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: introdução e recomendações. 2013. p. 11. Disponível em <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>, acesso em 10.05.18

*“reverter a alta porcentagem de pessoas privadas de liberdade **sem uma condenação transitada em julgado**”.*⁶⁶

O atual entendimento deste egrégio Supremo Tribunal Federal, portanto, é frontalmente contrário às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que, por óbvio, apenas aumenta a já altíssima porcentagem de encarcerados sem condenação com trânsito em julgado.

Os trechos acima expostos não deixam dúvida sobre o entendimento e a direção proposta pelo Sistema Interamericano, apesar de não haver na Convenção Americana de Direitos Humanos norma específica que condicione o cumprimento da pena ao trânsito em julgado – o que, no entanto, é irrelevante, dada a existência de regras internas, de âmbito constitucional e infraconstitucional sobre o tema, a cumprir esse desiderato.

Ademais, como apontam os autores José Ribas VIEIRA e Ranieri Lima RESENDE, o *“vazio normativo verificado no Pacto de San José de Costa Rica”* não impede que seja aplicada a norma interna *“mais favorável ao indivíduo”*, uma vez que a própria Convenção, em seu art. 29.b, traz que *“nenhum dispositivo da Convenção deverá ser interpretado no sentido de ‘limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados’”*. Dessa forma, concluem os autores que *“a vedação ao retrocesso poderá servir de balizamento para que as **liberdades fundamentais individuais não sejam diminuídas**”*.⁶⁷

⁶⁶ COMISSÃO IDH. Medidas para reduzir a prisão preventiva. 2017, p. 28. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>, acesso em 10.05.18

⁶⁷ VIERA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. Execução Provisória – Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e->

O idôneo diagnóstico realizado pelos autores, de que *“não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa”*, foi, inclusive, citado pelo Ministro Alexandre de MORAES em seu voto no HC 152.752. Curiosamente, todavia, o eminente Ministro parece ter ignorado as conclusões dos autores, no sentido de que tal vazio normativo não justifica a aplicação de normas restritivas a direitos e garantias fundamentais.

Em síntese, tendo em vista que (i) o sistema carcerário é, por natureza, ambiente de sistemática violação de direitos humanos e, no Brasil, constitui o maior crime contra a humanidade em curso, (ii) a repressão pelo direito penal não é instrumento eficiente para proteção de tais direitos e não há qualquer evidência criminológica na história a demonstrar o contrário, mesmo que excepcionalmente, (iii) os casos em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em nada se relacionavam com a questão, reduzindo-se a apelo retórico sem validade argumentativa e (iv) que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se posicionou contrariamente à prisão antes do trânsito em julgado, fica evidente que, de fato, esta Suprema Corte, ao permitir a execução de pena após a condenação em Segunda Instância, *“sucumbiu aos anseios de uma criticável sociedade punitivista, comprimindo direitos humanos num ambiente de histeria”*.⁶⁸ E isso é, simplesmente, inaceitável.

[analise/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016](#), acesso em 05.05.18.

⁶⁸ Trecho do voto do em. Min. Fachin no HC 152.752 (p. 9) em que tentou rebater tal tese, mas, pela insuficiência dos argumentos trazidos, acabou por mostrar que a execução antecipada da pena nada tem a ver com proteção de direitos humanos, mas apenas com *“os anseios de uma criticável sociedade punitivista”*.

Se, infelizmente, estão certos Antonio ESCRIVÃO FILHO e José Geraldo de SOUSA JUNIOR, ao afirmarem que *“não faltam (...) episódios recentes em que se observa, em tempos de ascensão da ideologia punitivista no sistema criminal brasileiro, operadores do direito que, agarrados midiaticamente ao clamor da opinião publicada e escorados sobre o discurso da neutralidade, colocam-se acima da lei processual penal e das garantias individuais constitucionais”*,⁶⁹ este é precisamente o momento em que o Judiciário nacional, por meio de sua Corte Constitucional, ainda que por maioria, pode resgatar o curso histórico do país no processo civilizatório e consolidar a proteção aos direitos humanos como sua razão de ser diante da tentação autoritária.

VIII. MOROSIDADE JUDICIAL: A INEFICIÊNCIA ESTATAL NÃO PODE JUSTIFICAR A RETIRADA DE GARANTIAS INDIVIDUAIS

Os casos em que o Brasil foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como apresentado, tratam, em sua maioria, de um relevante problema de nosso sistema processual penal: a morosidade judicial. Conforme se depreende da leitura, a Corte não deixou margens para dúvidas sobre qual considera ser a origem de tal problema: *“a conduta das autoridades judiciais”*⁷⁰ e *“o atraso injustificado por parte das autoridades locais”*.⁷¹ Não custa repetir: em nenhum momento as garantias do acusado foram questionadas em tais processos.

O Prof. Dr. Aury LOPES JUNIOR, ao tratar da questão, apresenta como a demora judicial, gerada pela ineficiência estatal, representa grave problema de nosso sistema, gerando danos ao acusado, pois o *“o processo se transforma em pena prévia à*

⁶⁹ ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Para um debate... p. 160.

⁷⁰ CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes, p. 66.

⁷¹ CORTE IDH. Caso Emasculados do Maranhão, p. 6.

sentença, através da estigmatização”. Nesse sentido, o autor deixa claro, também, que considera um grave problema “*o atropelo das garantias fundamentais pelas equivocadas políticas de aceleração do tempo do direito*”.⁷² Em síntese, a ineficiência estatal gera, por si só, severos prejuízos ao acusado, mas tal quadro é agravado quando ela mesma é utilizada como justificativa para retirar direitos daquele que já se vê prejudicado e estigmatizado.

O problema da demora judicial é, portanto, uma questão de organização judiciária, que diz respeito, diretamente, à ineficiência do Estado em cumprir o seu papel e prover a prestação jurisdicional adequada. Nenhuma argumentação efetivamente baseada nos preceitos constitucionais pode aceitar a retirada de garantias individuais com base na falha estatal em realizar suas funções.

Em acréscimo, é importante pontuar, à sombra dos dados sobre a situação do sistema carcerário brasileiro antes mencionados, que **não existe o aventado paradigma da impunidade no Brasil**. Basta ver o número de presos no Brasil, em especial, dos presos provisórios e, em especial, a progressão geométrica do número de encarcerados em comparação com o aumento populacional.

Da mesma forma, não se pode sustentar que os recursos interpostos para os Tribunais Superiores tenham apenas efeitos protelatórios e que contribuam para a morosidade sistêmica. Pesquisa realizada pelo Núcleo de Prática Jurídica da Escola de Direito do Rio de Janeiro, e sistematizados em Parecer apresentado por este Instituto no âmbito das ADCs 43 e 44, trazem valiosas informações a respeito, que contrariam o argumento de que haveria baixa taxa de reversão, em matéria penal, das decisões

⁷² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 69-89

de segunda instância, como pretende o argumento praticista já invocado em julgamentos anteriores.⁷³

Em primeiro lugar, ao analisar os *Habeas Corpus* impetrados perante o Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2008 a 2012, a **pesquisa constatou que a taxa de sucesso, com concessão integral ou parcial da ordem era de 27,86%**, o que indica, por si só, uma grande reversão de decisões proferidas por tribunais de segunda instância.

No entanto, é ainda mais interessante notar que, para determinados temas específicos e determinados tribunais, a taxa de reversão é ainda mais alta. Ao analisar a combinação dos temas “crime de roubo” e “erro na fixação do regime inicial de cumprimento de pena”, que tinham como ato coator decisões do eg. TJSP, a pesquisa verificou uma taxa de **62% de decisões favoráveis** ao paciente. A conclusão é bastante simples: a pesquisa constatou que, em certos temas, o Tribunal de segunda instância deliberadamente **deixava de aplicar**, contra o acusado, a jurisprudência já pacificada dos Tribunais Superiores. Tais dados já mostram, por si só, que as decisões de segunda instância são, por um número considerável de vezes, revertidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, a análise de dados relativos aos Recursos Especiais em matéria penal indica alta taxa de reversão das decisões de segundo grau e revelam uma realidade bem distante daquela apresentada por alguns ministros nos últimos julgamentos desta Corte sobre o tema. A pesquisa verificou que, de 2010 a 2015, apenas uma pequena fração – **9,65%** – dos Recursos Especiais apresentados tratava de matéria penal. Cai por terra, portanto, o costumeiro argumento de que eles seriam

⁷³ A pesquisa, realizada com grande rigor metodológico, e todas as suas fontes foram extensamente apresentadas no referido parecer apresentado por este mesmo Instituto nas ADCs nº 43 e 44. Desse modo, apresentam-se, aqui, apenas os principais resultados obtidos.

uma causa de *congestionamento* do Superior Tribunal de Justiça, a atrasar a prestação jurisdicional.

Interessante notar, também, que no período estudado, o estudo demonstrou que os Recursos aos Tribunais Superiores foram manejados em proporções semelhantes pela Defesa (59,87%) e pela Acusação (40,13%). Ainda, verificou-se uma tendência de aumento de recursos apresentados pelo Ministério Público, uma vez que, ao considerar apenas os anos de 2014 e 2015, a proporção foi de 35,97% para a Defesa e 64,03% para a Acusação.

Portanto, o alto índice de manejo de Recursos Especiais pelo órgão de Acusação derruba o argumento de que recorrer aos Tribunais Superiores seria uma ferramenta protelatória da Defesa, patrocinada por réus tão ricos quanto corruptos, como pretende a estigmatização do argumento de ocasião. Da mesma forma, ajuda a derrubar a ideia de que a atuação defensiva estaria gerando um excesso de recursos nesses Tribunais, provocando letargia artificial em um espaço que, por boas razões, deveria se recusar ao dinamismo voluntarista. Em outras e mais simples palavras, especialmente dirigidas ao Ministério Público: se o excesso de recursos é o que causa a demora na realização da justiça, então o órgão poderia dar o exemplo e deixar de recorrer em matéria penal para não agravar essa situação.

A pesquisa verificou, ainda, no mesmo período, que cinco foram os temas mais frequentes em Recursos Especiais: (i) tráfico de drogas, (ii) roubo majorado, (iii) furto qualificado, (iv) crimes contra o Sistema Nacional de Armas e (v) execução penal. Tais dados derrubam, na linha de todo o exposto, a aventada tese de que o acesso aos Tribunais Superiores seria, na maioria, feito por acusados de crimes econômicos ou contra a administração pública, essas caricaturas desenhadas pela polícia operativa, que hoje se prestam ao papel de bode expiatório dos problemas nacionais e cujo

tempo de exposição nas mídias de massa contrasta com a real participação nos processos de criminalização, estruturalmente voltados à repressão dos homens pobres, jovens, negros e não educados da nação.

O dado mais importante, contudo, é que, nos anos de 2014 e 2015, a maior parte das decisões do Superior Tribunal de Justiça em Recursos Especiais, de 54,42% foi de procedência, total ou em parte, ou seja, para, de alguma forma, alterar o que havia sido decidido pelos Tribunais de segunda instância. Mais importante ainda, é notar que, no mesmo período, se isolados os recursos apresentados pela defesa, a taxa de decisões de procedência é de **45,99%**.

Os dados derrubam, portanto, qualquer argumento no sentido de que seria exceção a conversão em decisões favoráveis ao acusado em tribunais superiores.

De todo modo, em última análise, tal argumento não guarda respaldo algum na ordem democrática, na qual a liberdade é a regra. Com efeito, o paradigma do direito processual penal democrático - consagrado quando da promulgação da Constituição da República de 1988 - presta-se a assegurar a imunidade de todos os inocentes, antes de se dirigir à garantia de certeza da punição dos culpados,⁷⁴ a despeito do que alegam aqueles que sustentam que o sistema não pode se pautar por “exceções” e que a vida em sociedade pressupõe riscos, dentre os quais o de ser injustamente preso pelo Estado. Nas próprias palavras de Luigi FERRAJOLI, autor tão vilipendiado quanto pouco lido, na obra que erige os fundamentos do garantismo penal (uma proposta liberal e normativa que, paradoxalmente, é objeto de crítica por alguns juristas que se entendem “de direita”):

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 441.

"Basta ao corpo social que os culpados sejam geralmente punidos", escreveu Lauzé di Peret, "pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos". E sobre essa opção que Montesquieu fundou o nexos entre liberdade e segurança dos cidadãos: "a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança", e "essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas"; de modo que, "quando a inocência dos cidadãos não é garantida, tampouco o é a liberdade". Disso decorre - se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica "segurança" fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica "defesa" destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. **Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito:** o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a **falência** da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.⁷⁵

Mais não será preciso dizer.

IX. CONCLUSÃO

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, na qualidade de *Amicus Curiae*, em relação à questão jurídica identificada e destinatária de análise técnica, conclui e comunica ao Supremo Tribunal Federal sua opinião, expressa na seguinte síntese:

Nenhum dos argumentos apresentados em Plenário pelos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal para justificar a violação da regra que proíbe execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória é válido, seja do ponto

⁷⁵ Ibidem.

de vista da técnica jurídico-penal, seja da perspectiva científico-criminológica. O art. 283 do Código de Processo Penal está em plena harmonia com a ordem constitucional brasileira e, em especial, com o sintagma do artigo 5º, Inciso LVII, da Constituição da República de 1988, de forma que a presente Ação Declaratória de Constitucionalidade deve ser julgada procedente.

Nesse sentido, cumpre reafirmar a absoluta inviabilidade de decisão pela inconstitucionalidade da norma em análise. Vale lembrar, como amplamente demonstrado, que não apenas sua redação foi dada para adequar a legislação a preceitos constitucionais, como ela explicitamente **emulou e unificou**, em termos plenamente democráticos, o texto dos dois dispositivos da Constituição que positivaram a *regra* – e não *princípio* – da presunção de inocência, ou seja, o artigo 5º, incisos LVII e LXI.

A semelhança entre o texto constitucional e legal deixa evidente a adequação entre tais dispositivos. Não há margem para dúvida: as regras, em perfeita consonância, condicionam a possibilidade de se considerar alguém culpado, e, assim, de iniciar o cumprimento de sua pena, ao conceito de **trânsito em julgado**.

E, se impossível declarar inconstitucional um artigo de lei que repete, expressamente, o que afirma o artigo constitucional que tem por base, então é preciso recolocar a ordem jurídica nos trilhos, em respeito à mínima segurança jurídica que rege parte importante das relações sociais.

Na esperança de ter contribuído para o debate de maneira significativa e franca, em nome de todos os associados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e firmas no compromisso com os preceitos democráticos instituídos na Constituição da República de 1988, agradecemos a deferência da Corte.



É o Parecer,

De São Paulo para Brasília, 16 de julho de 2018,

Prof. Dr. **Mauricio Stegemann Dieter**

OAB/PR 40.855

OAB/SP 397.309

Débora Nachmanowicz de Lima

OAB/SP 389.553

Ana Carolina Cartillone

OAB/SP 406.598

Pedro de Almeida Pires Camargos

OAB/SP 406.972